

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS - FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU

**PRECISAMOS FALAR SOBRE A CRISE**  
**A Jurisprudência da Crise sob uma Perspectiva Pragmática**

ANDRÉA MAGALHÃES

RIO DE JANEIRO

2017

ANDRÉA MAGALHÃES

**PRECISAMOS FALAR SOBRE A CRISE**  
**A Jurisprudência da Crise sob uma Perspectiva Pragmática**

*We Need to Talk About Crisis: A pragmatic overlook on the Jurisprudence of Crisis*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Linha de pesquisa: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento

Coorientador: Prof. Dr. Gustavo Binimbo

RIO DE JANEIRO

2017

ANDRÉA MAGALHÃES

**PRECISAMOS FALAR SOBRE A CRISE**  
**A Jurisprudência da Crise sob uma Perspectiva Pragmática**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de mestre. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Daniel Sarmento – Orientador  
Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

---

Gustavo Binenbojm - Coorientador  
Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

---

Luiz Fux  
Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

---

André Ramos Tavares  
Professor Titular da Universidade de São Paulo (USP)

## AGRADECIMENTOS

À Universidade do Estado do Rio de Janeiro, onde finquei raízes, por expandir meu horizonte.

Ao Daniel Sarmiento, por sua generosa amizade que tanto me guia.

Ao Gustavo Binenbojm, pela confiança carinhosa que deposita em mim.

Ao Ministro Luiz Fux, pelo exemplo diário de coragem e sensibilidade.

Ao professor André Ramos Tavares, por me honrar com suas críticas.

A Carina Castro, Daniel Capecchi, Luiz F. Esteves e Renan Medeiros, pela preciosa ajuda.

Ao Ricardo, meu amor, por me fazer tão feliz.

Nada seria possível sem vocês.

## RESUMO

MAGALHÃES, Andréa. *Precisamos Falar Sobre a Crise: a jurisprudência da crise sob uma perspectiva pragmática*. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

A presente dissertação se propõe a realizar uma investigação sobre a relevância do contexto econômico na jurisdição constitucional em tempos de crise. A hipótese é que, sobretudo nesses cenários de grave escassez de recursos, as cortes constitucionais reconheçam a importância de se considerar não apenas a repercussão extraeconômica, mas também o impacto econômico de suas decisões. A partir da constatação de que as cortes constitucionais não podem ignorar o contexto de escassez, enfrentam-se três críticas específicas, a fim de propor uma estratégia mais transparente e eficiente para o enfrentamento dos casos difíceis e economicamente relevantes.

Seguindo a matriz pragmatista, o trabalho se divide em três partes: contextualismo, antifundacionalismo e consequencialismo. De início, contextualiza-se a questão, analisando as diversas formas como o argumento econômico vem influenciando a jurisdição constitucional em tempos de crise aqui e alhures. Essa primeira parte é dividida em quatro grupos, conforme a sinceridade jurisdicional e a estratégia de decisão. Na segunda parte, são enfrentados os contrapontos frequentemente opostos à consideração do argumento econômico pelos juízes constitucionais. O capítulo apresenta três críticas específicas para jurisprudência da crise, que representam algumas das fundações que um juiz pragmatista precisa superar. Destacam-se a crítica operacional, que valoriza a falta de expertise técnica do Judiciário para lidar com questões econômicas, a crítica formalista, baseada na crença de que juízes deveriam se ater a argumentos estritamente jurídicos, e a crítica política, segundo a qual a consideração de um contexto excepcional corresponderia a um Estado de Não-Direito. Por fim, a última parte revela o caráter consequencialista da própria discussão, ao se lançar sobre o tema um olhar para o futuro. Propõe-se uma metodologia mais eficiente de alocação de recursos públicos por decisão judicial, que se vale da análise do custo-benefício, da técnica consequencialista na prognose de resultados econômicos e extraeconômicos e da razoabilidade. São propostos dois parâmetros: (i) o impacto econômico das alternativas de decisão, valorado de forma sistêmica e calibrado de acordo com a intensidade da crise; e (ii) a essencialidade do interesse jurídico em jogo, valorado conforme sua relevância na construção da dignidade.

Neste ensaio, propõe-se a adoção de alguns instrumentos jurídicos e econômicos na avaliação do argumento econômico, a fim de agregar uma visão mais objetiva à jurisdição constitucional.

Palavras-chaves: jurisprudência da crise - pragmatismo jurídico - jurisdição constitucional - cortes constitucionais - tomada de decisão judicial – *Law and Economics* - consequencialismo.

## ABSTRACT

MAGALHÃES, Andréa. *We Need to Talk About Crisis: a pragmatic overlook on the jurisprudence of crisis* f. 237. Dissertation (Master in Public Law) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

This essay aims to investigate the relevance of the economic context in the judicial review in times of crisis. The hypothesis is that, especially in these moments of serious resource scarcity, the constitutional courts should recognize the importance of considering not only the extra-economic repercussions, but also the economic impact of their decisions. Based on the observation that constitutional courts can not neglect the context of scarcity, three of the specific criticisms are faced in order to propose a more transparent and efficient strategy for handling with hard cases, specially the economically relevant ones.

Following the pragmatist matrix, the work is divided into three parts: contextualism, antifundamentalism and consequentialism. First, one contextualizes the question, analyzing the various ways in which the economic argument has influenced the judicial review in times of crisis here and elsewhere. This part is divided into four groups, according to the judicial sincerity and the decision-making strategy. In the second part, one faces the objections often opposed to the consideration of the economic argument by justices. The chapter presents three specific challenges of the jurisprudence of crisis, which represent some of the foundations that pragmatic adjudication must overcome. These are the operational criticism, which emphasizes the lack of technical expertise of the judiciary to deal with economic issues; the formalist criticism, based on the belief that only strictly legal arguments count; and the political criticism, according to which an exceptional context would correspond to a space beyond the Law or a black hole. Finally, the third part reveals the consequentialist character of the discussion itself, as a forward look on the subject. Then it is proposed a more efficient methodology of allocation of public resources by judicial decision, which uses cost-benefit analysis, reasonableness and consequentialist technique in the prognosis of economic and extra-economic results. Two parameters are proposed: (i) the economic impact of the alternatives, evaluated in a systemic way and calibrated on the basis of the intensity of the crisis; and (ii) the essentiality of the legal interest at stake, valued according to its concrete relevance in the construction of dignity.

In this paper it is proposed to adopt a few Law and Economics instruments in the valuation of the economic argument, in order to add a more objective overview to the judicial review.

Keywords: jurisprudence of crisis – legal pragmatism – judicial review - constitutional courts - judicial decision-making – Law and Economics – consequentialism.

## SUMÁRIO

<b>I. INTRODUÇÃO: A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE E O PRAGMATISMO JURÍDICO .....</b>	<b>7</b>
<b>II. A INFLUÊNCIA DO ARGUMENTO ECONÔMICO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE CRISE .....</b>	<b>18</b>
<b>1. Contextualismo: As Soluções da Jurisdição Constitucional diante da Crise .....</b>	<b>18</b>
1.1. A franqueza de alguns vizinhos: a dita “Jurisprudência da Crise” .....	22
1.2. A relação dialógica entre as instituições: estrutura de incentivos .....	38
1.3. A manipulação retórica do consequencialismo malandro: criptopragmatismo .....	58
1.4. Quando não decidir é a melhor decisão: cronoterapia .....	76
1.5. Conclusão parcial .....	97
<b>2. Antifundacionalismo: as Fundações a que se contrapõe a Jurisprudência da Crise</b>	<b>100</b>
2.1. Juízes não sabem lidar com números: a crítica operacional .....	102
2.2. A verdade está nas cartas: a crítica formalista .....	111
2.3. Que se decrete, então, o estado de exceção: a crítica política .....	126
2.4. Conclusão Parcial .....	151
<b>3. Consequencialismo: Uma Proposta de Influência do Impacto Econômico na Jurisdição Constitucional durante a Crise .....</b>	<b>153</b>
3.1. Premissa: cortes constitucionais alocam recursos escassos .....	155
3.2. Ferramentas: a jurisdição constitucional sob análise econômica .....	161
3.3. Método: Consequencialismo, Custo-Benefício e Razoabilidade .....	171
3.4. Parâmetros: a gravidade da crise, o impacto econômico e a dignidade .....	195
3.5. Conclusão Parcial .....	214
<b>III. CONCLUSÕES FINAIS .....</b>	<b>216</b>
<b>IV. BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>211</b>

## I. INTRODUÇÃO: A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE E O PRAGMATISMO JURÍDICO

### *A Jurisprudência da Crise*

Há vários tipos de crise. A crise política do Republicanismo de Weimar, a crise econômica do Estado do Rio de Janeiro, a crise do Estado Social de Roosevelt, a crise financeira do *subprime*, a tempestade perfeita do Brasil atual etc. Há quem diga que crises são cíclicas, outros que respondem ao vício coletivo por maior fartura<sup>1</sup>. Em todos esses casos e seja qual for o motivo, a crise se alastra sem controle e assume proporções sistêmicas. Em comum, há a escassez de recursos e a solidariedade dos custos.

A crise produz reflexos negativos, sobretudo, em direitos econômicos e sociais. Destacam-se as restrições ao direito ao trabalho, sendo inúmeras as demissões; ao direito a um padrão de vida adequado, tendo em vista o empobrecimento generalizado; ao direito à seguridade social e à proteção social, ao direito à moradia, ao direito à educação e ao direito a bens vitais, como água, alimentação e saúde, devido a reduções de investimentos.

Direitos civis e políticos também sofrem devido à crise. O direito a participar de assuntos públicos, o direito à transparência através de prestação de contas e do acesso a informações relevantes são afetados. O Executivo adota, em nome da urgência, medidas de austeridade sem consulta ao Legislativo, desafiando o controle democrático de freios e contrapesos. Cortes são feitos de forma súbita, sem que as pessoas afetadas possam se planejar. Até mesmo o acesso à justiça é ameaçado: o orçamento do judiciário foi reduzido em países como Croácia, Hungria e Estônia; custas judiciais aumentaram em alguns países; e houve cortes na assistência judiciária na Alemanha, na Irlanda e no Reino Unido. A liberdade de imprensa também se afeta, com a diminuição da diversidade na mídia e comprometimento da liberdade de expressão e do direito a ser informado<sup>2</sup>.

Como responder a esse cenário? Há quem pregue medidas de austeridade, há quem estimule o fomento, há quem ainda procure por respostas. Nesse contexto de profunda escassez, o Judiciário se apresenta como a tábua de salvação para assegurar a restituição do *status quo*

---

<sup>1</sup> TEUBNER, Gunther. A Constitutional Moment? The logics of 'Hit the Bottom'. In: \_\_\_\_\_; KJAER, Poul (Eds). **After the Catastrophe: Economy, Law and Politics in Times of Crisis.** Oxford: Hart Oxford, 2010.

<sup>2</sup> COUNCIL OF EUROPE. **Safeguarding human rights in times of economic crisis.** Council of Europe Commissioner for Human Rights, 2013.

ou a redução dos prejuízos sofridos com a crise. Em ambos os casos, as demandas levadas ao Judiciário envolvem a alocação de recursos públicos escassos.

No que tange à jurisdição constitucional exercida pelas cortes constitucionais, recorte desta dissertação, a questão é ainda mais complexa<sup>3</sup>. Esses tribunais assumem maior protagonismo na resposta jurídica a essas demandas não apenas pela repercussão geral, mas pelos efeitos vinculantes e pela força persuasiva de precedentes. O efeito de suas decisões nas contas públicas e privadas e na promoção de direitos universalizáveis é consideravelmente mais amplo. Em razão disso, a análise dessa resposta precisa ser mais cautelosa.

Em diversos países, como Colômbia, Portugal e Grécia, o Judiciário foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade de medidas estatais de austeridade, que restringiam a tutela de direitos fundamentais e, em especial, direitos sociais. Pressionados por credores internacionais, pactos comunitários e a opinião pública, as cortes encontraram respostas variadas, mas, em todos os casos, foram muito criticadas. São esses os casos mais emblemáticos de jurisprudência da crise no cenário internacional, em que se discutiu, dentre outros temas, o fim de políticas assistencialistas, cortes de salários e demissões de servidores estáveis.

A jurisprudência da crise, contudo, vai além das demandas individuais e de grupos vulneráveis por direitos básicos. Todos os direitos envolvem custos. Diante da grave escassez, qualquer questão de grande repercussão econômica também representa um caso difícil, ao demandar a alocação de recursos pelo Judiciário. Como reconhece o Conselho Europeu, “a implementação do dever de maximizar a disponibilidade de recursos para a total realização dos direitos econômicos e sociais envolve constante monitoramento e fiscalização do gasto do dinheiro público: como ele é gasto, com o que e quem se beneficia disto”<sup>4</sup>.

Há casos de todos os tipos. Dentre tantos, podem ser citados aqueles em que empresas buscam assegurar sua preservação; entes federativos divergem sobre a remuneração de endividamento público; grupos politicamente organizados procuram desesperadamente manter suas prerrogativas; a classe média discute remuneração de poupança e expurgos inflacionários; e fazendas públicas protelam a declaração (ou os efeitos) da inconstitucionalidade de seus tributos criativos.

---

<sup>3</sup> Adota-se, por todos, o conceito de André Ramos Tavares, para quem jurisdição constitucional designa “a sindicabilidade desenvolvida judicialmente tendo por parâmetro a Constituição e por hipótese de cabimento o comportamento em geral e, principalmente, do Poder Público, contrário àquela norma paramétrica” (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 266).

<sup>4</sup> COUNCIL OF EUROPE. Op. Cit., p. 41.

Embora não seja uníssona a conceituação de casos difíceis – podendo englobar as situações que apelam a alguma noção de indeterminação, para as quais não existe uma única solução correta, ou aquelas que ensejam desacordos de qualificados juristas<sup>5</sup> –, o fato é que o ordenamento jurídico não dispõe de uma única resposta certa para tais casos e, por vezes, nem de uma.

Torna-se inevitável perceber que os casos difíceis não são pontuais, antes compõem uma crise sistêmica de precedentes interconectados, em que o Judiciário é instado a alocar, direta ou indiretamente, recursos públicos. Tais recursos, escasseados a despeito de cortes orçamentários e ajustes fiscais, são os mesmos que servirão para cobrir todos os demais gastos públicos, sejam esses mais ou menos essenciais. A responsabilidade de todos os poderes públicos, nesse contexto de grave crise econômica, é inegável e indissociável – e disso o Judiciário não pode se esquivar.

Em princípio, ao Judiciário não é facultado sonegar prestação jurisdicional, mas a resposta que apresenta a essa demanda varia bastante. Enquanto os minimalistas, responsivos a pressões internacionais de investidores supraestatais, pregam a autocontenção pura ou a inação estratégica, os ativistas maximizadores tentam realizar o milagre da multiplicação com caneta e martelo. Esse comportamento, “ainda que muito bem-intencionado, poderia, ao final, destruir a economia nacional, e nestas crises as maiores vítimas costumam ser exatamente os segmentos sociais mais vulneráveis”<sup>6</sup>.

É, então, que se completa o conceito de jurisprudência da crise. Em sentido estrito, o termo aduz ao conjunto de precedentes em que o Poder Judiciário aprecia a constitucionalidade de medidas de austeridade, enquanto em acepção ampla contempla o rearranjo jurídico necessário para responder às demandas que surgem em razão da realidade crítica. Nessa linha, adotada na presente dissertação, seria comparável a um “processo negocial entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as exigências das circunstâncias”<sup>7</sup>.

É justamente nas “exigências das circunstâncias” que se justifica a abertura pragmática da atuação jurisdicional ao contexto de grave crise econômica. Não se trata propriamente de

---

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

<sup>6</sup> SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 233.

<sup>7</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, n. 1, p. 170, jan./jun. 2014.

flexibilização, termo pejorativo que sugere certa propensão a concessões ao argumento econômico, mas da necessidade de se adotar uma postura sistemicamente mais consequente.

### *O Pragmatismo Jurídico*

Qualquer derivação do termo pragmatismo provoca reações extremadas. É comum ser confundido com mera objetividade ou amoralidade. Essa visão cotidiana não está equivocada, mas não é dela que se trata na presente dissertação. A perspectiva pragmática que ora se propõe inspirar a análise da jurisprudência da crise corresponde ao pragmatismo jurídico ou, mais especialmente, uma adjudicação pragmática, quando inspira a tomada de decisão judicial. Em arriscada síntese, a adjudicação pragmática está para a jurisprudência da crise em sentido estrito como o pragmatismo jurídico está para a jurisprudência em sentido amplo.

O pragmatismo jurídico pode ser “entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”<sup>8</sup>. Dessa forma, aplicam-se ao Direito os elementos centrais do pragmatismo – que, na síntese de Thammy Pogrebinski, compreende o contextualismo, o antifundacionalismo e o consequencialismo.

Por meio do *contextualismo*, valoriza-se a experiência prática – social, política, histórica, econômica e cultural – na investigação filosófica, como método que nos liberta de abstrações atemporais. Por ser contextual, a realidade é mutável e os resultados pretendidos em cada caso também. O empreendimento pragmatista está sempre aberto a modificações e correções. Já o *antifundacionalismo* rejeita o pensamento que toma como ponto de partida uma fundação estática, perpétua, imutável, abstrata e atemporal. Por sua vez, o *consequencialismo* conduz qualquer investigação com os olhos voltados para o futuro, por meio de uma antecipação prognóstica.

Esses três elementos podem ser identificados também na síntese de José Vicente de Mendonça de que “se não existem fundações que justifiquem ou validem conceitos ou teorias, deve-se apreciá-las a partir de suas consequências, as quais só adquirem sentido dentro do contexto no qual estão inseridas”<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 357-358.

<sup>9</sup> MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico: A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 38.

O pragmatismo jurídico de Posner, matriz teórica que orienta essa dissertação, contempla, ainda, outros tantos elementos específicos da ciência jurídica, como o instrumentalismo, o antiformalismo, a empiria e a retórica<sup>10</sup>. Em suas palavras, o autor sintetiza:

[O] pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do ‘caráter local’ do conhecimento humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da intangibilidade da ‘verdade’, da conseqüente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última 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<sup>11</sup>.

No que mais pertine à jurisprudência da crise, merece destaque o instrumentalismo<sup>12</sup>, pelo qual “o próprio Direito não deve ser visto como um fim em si, mas como ferramenta possivelmente útil para resolver os conflitos entre os cidadãos e fornecer pautas de conduta para a atuação privada estatal”<sup>13</sup>. Por tal razão, as decisões judiciais não devem ser tomadas com base apenas no caso específico em exame. Diante da crise econômica de grandes proporções, o juiz constitucional pragmático deve estar atento às *consequências sistêmicas* de sua atuação.

Sobre o papel conformador da jurisprudência, ao se abrir ao contexto, por meio da hermenêutica, confira-se Carlos Maximiliano:

Se as normas positivas se não alteram à proporção que evolue a coletividade, consciente ou inconscientemente, a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas. A jurisprudência constitui, ela própria, um fator de processo de desenvolvimento geral: por isso a Hermenêutica se não pode furtar à influência do meio no sentido estrito e na acepção lata, ater-se às conseqüências de determinada exegese quanto possível a evita, se vai causar dano econômico ou moral à comunidade. O intuito de imprimir efetividade jurídica às aspirações, tendências e necessidades da vida de relação constitui um caminho mais seguro para atingir a interpretação correta do que o tradicional apego às palavras, o sistema silogístico da exegese<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>11</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 621-622.

<sup>12</sup> Os demais elementos serão abordados como subespécie do gênero antifundacionalismo, vez que, grosso modo, contrapõem-se a institutos jurídicos que dogmaticamente a doutrina tradicional considera fundamentos.

<sup>13</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como meta teoria normativa da decisão judicial. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 185-187.

<sup>14</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 157 *apud* ARGUELHES; LEAL. Op. Cit., p. 173.

Uma curiosa corrente, à qual não se adere, identifica um movimento pendular no pragmatismo de Posner. No “Pêndulo de Posner”, o que originalmente seria o pragmatismo jurídico, confundido com o ceticismo do realismo jurídico, teria sido substituído pelo pragmatismo eficientista. Esse pragmatismo, sob inspiração do eficientismo da Escola de Chicago, corresponde à utilização do critério de eficiência como a fundação ética para o direito<sup>15</sup>, alcançando a obtenção de ganhos de eficiência econômica à meta a ser perseguida. No entanto, com isso, superestima-se o cientificismo econômico, elevando-o a uma verdade estática e apriorística. Dessa forma, Posner teria retirado do pragmatismo uma de suas principais características, o antifundacionalismo. Ao identificar isso, o autor teria, então, voltado para uma posição contida, limitando-se atualmente ao pragmatismo cotidiano (*everyday pragmatism*)<sup>16</sup>.

A conjectura teria o respaldo do próprio Posner, que, em *Problemas de Filosofia do Direito*, declara: “cabe afirmar que os alicerces de um princípio abrangente para a solução das disputas jurídicas estão podres, o que nos faz voltar para a solidez dos abrigos pragmáticos”<sup>17</sup>. Todavia, parece razoável supor que por “abrigos pragmáticos” o autor não se referia ao pragmatismo cotidiano.

É o que se verifica a partir da definição do instituto: “o pragmatismo cotidiano é a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra ‘pragmático’, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos”<sup>18</sup>. A superficialidade desse tipo de pragmatismo impede que seja utilizado como matriz teórica para qualquer estudo jurídico.

Em vez disso, propõe-se seja considerada a adjudicação pragmática do pragmatismo legal, compreendida como subespécie do gênero pragmatismo jurídico e que retoma as premissas básicas apresentadas por Posner. Em síntese, é possível apontar os seguintes

---

<sup>15</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*, Ano 1 (2012), nº 1, p. 436.

<sup>16</sup> FREIRE, Alonso. O Pêndulo de Posner. *Revista Pensamento Jurídico da FADISP*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 243-246, 2015.

<sup>17</sup> POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 526.

<sup>18</sup> POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 38-43. O autor complementa: “O pragmatismo parece se reduzir ao ‘atenha-se aos fatos, senhora’ (...). O pragmatismo nos ajuda a ver que o sonho de usar a teoria para guiar e restringir a ação política, inclusive judicial, é só isso – um sonho.”

aforismos: (i) utiliza considerações sistêmicas, e não apenas específicas ao caso; (ii) o critério definitivo é a razoabilidade; (iii) não se exige que o juiz leve em conta todas as possíveis consequências de sua decisão; (iv) considera que a aceitação de decisões passadas (precedentes) é uma necessidade e não um dever ético; (v) é simpático a teorias que guiam a investigação empírica; (vi) é hostil à utilização da teoria moral e política abstrata como critério de decisão judicial<sup>19</sup>. Tais elementos serão vistos mais detidamente ao longo desta dissertação.

Por considerar que a jurisdição constitucional também vivencia um giro pragmático, sustenta-se que as cortes constitucionais devam “basear conceitos, proposições e decisões no exame de consequências práticas, em um determinado contexto concreto, sem prestar necessária reverência a premissas teóricas inquestionáveis”<sup>20</sup>, ao contrário do que assevera o positivismo formalista. Isso não significa, à toda a evidência, que a interpretação constitucional possa ser puramente consequencialista ou que possa fazer tábula rasa do texto de lei, da doutrina ou de precedente. Como se verá ao longo da dissertação, e, sobretudo, na última parte, a análise de consequências é bastante complexa, compreende aspectos econômicos e extrapatrimoniais, além dos efeitos da decisão na segurança jurídica, previsibilidade e *accountability*. Em outros termos, o Direito deve ser cuidadosamente respeitado e valorado pelo juiz constitucional – não por se traduzir em fundação, mas por sua própria valia.

Se até então não se conceituou pragmatismo foi por impotência. Há diversos pragmatismos – filosófico, jurídico, cotidiano, legal, adjudicativo, metateórico. Alguns autores ainda o equiparam a outros institutos como consequencialismo ou utilitarismo. Diante da necessidade de se apresentar uma definição útil para a presente dissertação, sugere-se que o pragmatismo seja compreendido como uma aptidão para abordar questões complexas com base nos três elementos acima mencionados – contextualismo, antifundacionalismo e consequencialismo.

Logo se percebe que o pragmatismo que ora inspira a análise da jurisprudência da crise não se confunde com consequencialismo, senão o abrange. O consequencialismo é uma ferramenta de análise das alternativas que se descortinam ao intérprete pragmatista, sem,

---

<sup>19</sup> POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo...**, p. 47. O autor apresenta, ainda, um sétimo aspecto, “(vii) o juiz deve prestigiar bases de decisão estreitas nos estágios iniciais de evolução de uma doutrina legal”, que foge ao escopo desta dissertação e, portanto, não será analisado.

<sup>20</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Transformações do Poder de Polícia: Aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais**. Tese (Concurso de Titularidade de Direito Administrativo) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 52.

contudo, impor qualquer critério apriorístico de valoração. O utilitarismo, por sua vez, embute em si a maximização de bem-estar, como critério de escolha. Para diferenciar os institutos é perfeita a alegoria de Noel Struchiner da partida de futebol em que a plateia se divide em alguns *hooligans* e muitos pacatos torcedores. Em um pênalti duvidoso, o árbitro consequencialista favoreceria o time cuja torcida é violenta, tentando evitar desdobramentos catastróficos, enquanto o árbitro utilitarista prestigiaria o time que tem a maior torcida, para maximizar o prazer da maior quantidade de pessoas<sup>21</sup>.

Complementando a imagem, de acordo com a definição proposta, o árbitro pragmatista tenderia a evitar o conflito, considerando, no entanto, outras consequências contextuais, como a relevância desse jogo na definição do campeonato, a possibilidade de convocar o tira-teima ou até mesmo a probabilidade de isso afetar sua carreira. São também consequências da decisão, mas o consequencialismo é apenas um dos componentes do pragmatismo.

### *A Estrutura da Dissertação*

A presente dissertação analisa a relevância do contexto econômico na jurisdição constitucional em tempos de crise. A hipótese é que, sobretudo nesses cenários de grave escassez de recursos, as cortes constitucionais reconheçam a importância de se considerar não apenas a repercussão extraeconômica, mas também o impacto econômico de suas decisões.

A partir da demonstração de que as cortes constitucionais não ignoram o contexto de escassez, são enfrentadas três críticas específicas à jurisprudência da crise, para, então, propor-se uma estratégia mais transparente e eficiente para o enfrentamento dos casos difíceis e economicamente relevantes. Assim, seguindo a matriz pragmatista, o trabalho se divide em três partes.

Na primeira parte, *contextualismo*, analisa-se as diversas formas como a crise econômica vem influenciando a jurisdição constitucional aqui e alhures. É dividida em quatro capítulos, a partir de uma graduação de sinceridade jurisdicional. Inicialmente, é abordada a

---

<sup>21</sup> STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 162-163. No exemplo de Struchiner, não há dúvida razoável sobre o lance, o que foi acrescido para afastar o contraponto formalista sobre a inafastabilidade das “regras do jogo”. O autor complementa que as regras do futebol afastam “outras razões que seriam consideradas boas razões em contextos diferentes” e que, “para os formalistas, as regras jurídicas desempenham a mesma função, ao mesmo tempo estabelecendo soluções e fechando as portas para a consideração de outras razões que em outras circunstâncias seriam bem-vindas”.

forma como a crise tem sido encarada com franqueza pelos tribunais europeus, que estabelecem parâmetros específicos e reconhecem as múltiplas influências externas. Essa estratégia de enfrentamento tem sido chamada por autores internacionais de *jurisprudência da crise* e corresponde à acepção estrita mencionada acima. Em seguida, passa-se a modelos que, embora não estabeleçam tão claramente uma estratégia conjuntural, também refletem a crise. É quando se analisa a *estrutura de incentivos*, soluções dialógicas que repartem os custos de decisão e de erro entre os poderes políticos, mitigando a dificuldade de se valorar os aspectos econômicos subjacentes aos casos difíceis. Como se verá no segundo capítulo, essa transferência pode ser feita de diversas formas, como por meio da fixação de prazos, concessão de liminares ou delimitação dos efeitos. No terceiro tipo, analisam-se as estratégias decisórias que, embora não admitam a influência da crise na jurisdição constitucional, traçam objetivos macros e redimensionam a norma constitucional para que se adapte aos limites fáticos e contextuais. Por se ocultar o propósito e a motivação desse comportamento judicial, apelidou-se o modelo de *criptopragmatismo*. Por fim, consideram-se as estratégias judiciais que driblam a inafastabilidade do controle jurisdicional, utilizando o tempo como um aliado na definição das controvérsias de grave repercussão econômica. A inércia se transforma em modelo decisório, que se vale da definição de pauta, de pedidos de vista e do dogma do legislador negativo, para adiar o enfrentamento. Essa virtude passiva, exposta no quarto capítulo, chamou-se de *cronoterapia*.

Na segunda parte da dissertação, *antifundacionalismo*, são enfrentados os contrapontos frequentemente opostos à consideração do argumento econômico pelos juízes constitucionais. Representa-se, assim, algumas das fundações que um juiz pragmatista precisa superar. O item se subdivide em três capítulos, que correspondem a críticas à jurisprudência da crise. No primeiro capítulo, é abordada a crítica operacional, segundo a qual falta expertise técnica ao Judiciário para lidar com questões econômicas. No segundo, expõe-se a crítica formalista, que considera que os juízes constitucionais deveriam se ater a argumentos estritamente jurídicos e operar por subsunção, atribuindo a pecha de ativistas às decisões sensíveis a influências externas, contextuais, econômicas ou políticas. Por fim, no terceiro capítulo, aponta-se a crítica política, segundo a qual a consideração de um contexto excepcional levaria a uma ruptura no Estado de Direito, marcada pela dicotomia faticidade/normatividade, a transmudar-se em um estado de exceção.

A última parte, *consequencialismo*, revela o caráter prospectivo da própria discussão, que pretende atribuir um propósito em se debruçar sobre o tema. A partir da premissa de que a

jurisdição constitucional assume um importante papel alocativo nesse contexto de escassez, sugere-se, nesse primeiro capítulo, a adoção de algumas ferramentas da economia, a fim de estabelecer um raciocínio econômico. No segundo capítulo, propõe-se uma metodologia mais eficiente de alocação de recursos públicos por decisão judicial, que se vale da análise do custo-benefício, da técnica consequencialista na prognose de resultados e da razoabilidade. Nesse capítulo, destaca-se a importância de o intérprete valorar as consequências econômicas e as extraeconômicas, assim incluídos os interesses de natureza existencial não-quantificáveis, como a equidade, dignidade e impactos distributivos. No quarto capítulo, são apresentados dois parâmetros: (i) o impacto econômico das alternativas de decisão, valorado de forma sistêmica e universalista e calibrado de acordo com a intensidade da crise; e (ii) a essencialidade do bem jurídico em jogo, valorado consoante sua relevância concreta na construção da dignidade.

Neste ensaio propõe-se a adoção de alguns instrumentos jurídicos e econômicos na avaliação do argumento econômico, a fim de agregar uma visão mais objetiva à jurisdição constitucional. Sem a pretensão de realizar uma Análise Econômica do Direito, propõe-se tão-somente um raciocínio econômico que se vale de instrumentos do *Law and Economics*. Por essa razão, todo o estudo se beneficia de contribuições desse ramo, a que se pretende atribuir cunho prático voltado para a atividade judicial. São mencionados institutos e teorias, como os custos de transferência e de oportunidade, a teoria da escassez, o efficientismo, a teoria do custo-benefício, a *public choice*, o teorema de Coase, a teoria progressista da Escola de New Haven e, com especial destaque, o pragmatismo jurídico.

Dada a impossibilidade fática de se exaurir um tema tão complexo e interdisciplinar, foram feitos alguns recortes. Não se aprofundam discussões de filosofia jurídica ou demonstrações econométricas. Ademais, será propositalmente desconsiderado o exercício da jurisdição constitucional por juízes singulares e tribunais inferiores.

Além disso, este trabalho não se restringe ao papel do Supremo Tribunal Federal. Como as referências específicas sobre jurisprudência da crise floresceram em outros ordenamentos, serão analisados precedentes de cortes constitucionais estrangeiras. Como aponta Robert Cooter, a observação de outros ordenamentos conta como evidência e ajuda a minimizar o prejuízo decorrente de haver poucas pesquisas estatísticas em matéria constitucional<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> “Uma vez que a pesquisa estatística em direito constitucional é limitada, muitas vezes uso observações como evidência. Observar diferentes constituições em diferentes países fornece melhores evidências do que observar um único país.” Lê-se no original: “Since statistical research on constitutional law is so limited, I often use observations as evidence. Observing different constitutions in different countries provides better evidence than observing a single country.”. COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 30.

Foram, então, selecionados precedentes da Corte Constitucional da Colômbia, do Tribunal Constitucional Português, da Corte Constitucional da Lituânia, da Suprema Corte da Argentina, da Corte Constitucional do Peru e do Supremo Tribunal Federal. Em comum, tais países se inserem na cultura geopolítica ocidental, possuem instituições democráticas, estruturaram um poder judiciário com razoável nível de transparência e imparcialidade e, em diferentes contextos, enfrentaram graves crises econômicas de proporções nacionais.

Uma alternativa seria restringir a análise aos países reunidos na sigla PIGS – Portugal, Itália, Grécia e Espanha –, que apresentam em comum as características de situação financeira instável; volume elevado de dívida pública; aumento conjuntural dos custos de seus empréstimos públicos; instauração de medidas de austeridade, como a redução de despesa pública com saúde, educação, salários, pensões e benefícios; e aumento da carga tributária<sup>23</sup>. No entanto, há outras crises econômicas cujos efeitos se assemelham aos da recente recessão da Eurozona, a exemplo das crises da América Latina nas últimas décadas e da atual crise que acomete o Brasil. Em todos os casos, a adoção de medidas de austeridade e revisão de políticas públicas foram apresentadas como respostas à necessidade de ajuste fiscal, embora de questionável constitucionalidade.

Não se trata de uma análise da jurisprudência da crise no direito comparado, o que, embora fosse inegavelmente interessante, exigiria rigor e complexidade incompatíveis com o escopo desta dissertação. Os precedentes foram selecionados estritamente para ilustrar os modelos que se identificou, mas, sempre que possível, serão discriminadas as peculiaridades sociopolíticas e institucionais de cada país. Ciente da importância do contexto e da pluralidade de influências, fuge-se da exaltação acrítica de modelos estrangeiros.

Aliás, cabe uma última ressalva. Em todo o momento, destaca-se a complexidade e a dificuldade dos casos, que ensejam o delicado equilíbrio de riscos, interesses e possibilidades. Dessa forma, embora busque se afastar da crítica ácida e estéril, esta dissertação não se arvora em conclusões peremptórias – senão aquela que considera a importância de a jurisdição constitucional *também* considerar a repercussão econômica de suas decisões em contextos de grave crise.

---

<sup>23</sup> Lê-se no original: “Ridden with staggering amounts of public debt, at a time of a global economic crisis, PIGS’ unstable financial situation led to a sharp increase in their public borrowing costs.” DIMOPOULOS, Andreas. **PIGS and Pearls: State of Economic Emergency, Right to Resistance and Constitutional Review in the Context of the Eurozone Crisis**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2333462>>. Acesso em: 04 fev 2016.

## II. A INFLUÊNCIA DO ARGUMENTO ECONÔMICO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE CRISE

### 1. CONTEXTUALISMO: AS SOLUÇÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIANTE DA CRISE

“O Supremo não é o Ministério da Fazenda ou o Banco Central do Brasil. Não compete ao Tribunal fazer contas quando está em jogo o Direito, mais ainda quando se trata do direito constitucional”. Essa frase do Ministro Marco Aurélio, destacada em capítulo específico denominado “Da Doutrina Consequencialista na Interpretação da Constituição”, foi proferida no julgamento do Recurso Extraordinário 565.089, em que se discutiu o direito à indenização de servidores públicos pelo descumprimento do dever estatal de realizar revisão geral anual, tal qual prevista no artigo 37, X, da Constituição Federal.

Na ocasião, o relator ainda complementou: “os juízes possuem formação estritamente jurídica. A eles não é dado fazer prognósticos econômicos ou sociais para que sirvam de fundamento decisório”, e concluiu que “não incumbe ao Poder Judiciário analisar a conveniência dessa ou daquela norma, mas apenas assentar se determinada pretensão é ou não compatível com o ordenamento jurídico”.

Em pesquisa realizada em 2015, a Associação dos Magistrados do Brasil comprovou que, cada vez mais, o depoimento do ministro Marco Aurélio se afasta da realidade. A pesquisa compreendia a pergunta “O (a) Sr. (a) considera que a maioria das decisões judiciais no 1º grau, no 2º grau e nos Tribunais Superiores leva em conta a repercussão econômica?”<sup>24</sup>.

A comparação entre os resultados obtidos dez anos antes demonstrou que a preocupação com a repercussão econômica de todos juízes aumentou. O aumento foi muito maior, entretanto, nos juízes de 2º grau: enquanto 34,1% responderam positivamente em 2005, 58% demonstrou preocupação com repercussão econômica de suas decisões em 2015.

É razoável inferir que o percentual reflete o contexto de escassez de recursos que se acirrou nos últimos anos. O contexto é o mesmo – ou quase – para todo o Poder Judiciário, mas, diante da fala contundente transcrita acima, parece que os tribunais superiores reagem diferentemente às restrições econômicas conjunturais. Até que ponto esse cenário tem

---

<sup>24</sup> Pesquisa interna “A AMB quer ouvir você”, realizada entre os magistrados filiados à entidade no ano de 2015. Foram 3.663 respostas — o que corresponde a aproximadamente 30% dos associados à AMB. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/novo/?p=25829>>. Acesso em: 11 set 2016.

sensibilizado aqueles julgadores que possuem maior ingerência na distribuição de direitos e recursos, notadamente os juízes constitucionais?

Se não há pontes entre as onze ilhas, menos ainda entre os países. As considerações do argumento econômico podem ocorrer de diversas formas. A partir de precedentes extraídos em contextos de crise econômica, é possível classificar a jurisprudência da crise conforme o tipo de abordagem adotado pelas cortes constitucionais.

Algumas cortes têm considerado francamente a crise como justificativa de decisões que em outros tempos não prolatariam. E o fazem de forma expressa e fundamentada. Outras revisitam seus institutos jurídicos, de modo a flexibilizar o campo de proteção dos direitos previstos nas Constituições, sem, contudo, admitir que o fazem em razão do contexto de crise. Há, ainda, quem adote o consequencialismo jurídico como um argumento de reforço, embora busque outras razões fundamentais. Quando condicionada à possibilidade de superação por iniciativa de outros poderes ou tribunais, a consideração de ordem econômica pode também ensejar a criação de incentivos institucionais para a criação de solução conjunta ou dialógica. Incentivos esses que muitas vezes recaem sobre a própria corte, nos casos em que a valorização do argumento econômico é estimulada por forças externas, como pressão de organismos internacionais, imprensa ou opinião pública. Por fim, há os que se valem do transcurso do tempo como forma sub-reptícia de manutenção do *status quo*.

A fim de organizar a exposição, as estratégias decisórias ora analisadas são agrupadas em quatro tipos, conforme o grau de sinceridade judicial com que a corte se abre aos influxos econômicos da crise. Assim, em um extremo se situa a jurisprudência da crise propriamente dita, em que os tribunais se valem de institutos hermenêuticos especificamente talhados para a crise, como a temporariedade e a excepcionalidade da decisão, ao lado de outros tantos institutos ordinários, como a proporcionalidade e a igualdade. Essa estratégia ensejou calorosos debates na doutrina de países europeus, em que se destacam Portugal, Grécia e Lituânia.

No extremo oposto, situa-se a adoção das virtudes passivas como técnica de (não) decisão. Diante da crise, os tribunais preferem adiar a prestação jurisdicional nos casos economicamente mais sensíveis e relevantes, valendo-se de possíveis vantagens provocadas pelo decurso do tempo, como o arrefecimento da crise econômica, a emergência de novas soluções ou a ampliação do apoio difuso. Essa estratégia, que mantém o *status quo*, corresponde ao modelo menos sincero de influência do contexto econômico na jurisdição constitucional.

Dentre tais opostos, identificam-se outros dois tipos de abordagem: a estrutura de incentivos e o criptopragmatismo. Por meio da estrutura de incentivos, as cortes constitucionais

admitem as consequências sistêmicas de suas decisões e a interconexão com os demais poderes e agentes interessados. No entanto, em vez do enfrentamento direto, prefere-se a distribuição dos custos de decisão, criando incentivos para soluções negociais, legislativas ou para que atores com maior expertise técnica colaborem na solução dos conflitos.

O criptopragmatismo, por sua vez, que se analisa no terceiro capítulo, também corresponde a um comportamento consequente, embora furtivo. As cortes constitucionais traçam diretrizes de largo alcance e valem-se do redimensionamento de institutos jurídicos já consagrados para obter os resultados pretendidos, adaptando-os ao contexto. A estratégia coletiva não é admitida, nem muitas vezes acordada, o que dificulta sua identificação no caso concreto.

Essas diversas formas de consideração do argumento econômico não são estanques, nem exaustivas. Assim como a realidade é mutável, os resultados pretendidos em cada caso também o são. É possível que um tribunal constitucional adote uma ou mais estratégias em uma mesma decisão ou alterne a de maior clareza a depender da composição da corte ou das circunstâncias do caso concreto. Não há nada de *errado* nisso, tampouco na adoção de qualquer das estratégias. O empreendimento pragmatista está sempre aberto a modificações, diferentemente daqueles que valorizam a coerência no comportamento judicial com a escolha retilínea de um ou outro modelo de constitucionalismo<sup>25</sup>. Procura-se, no entanto, questionar o que leva os tribunais a circunstancialmente variar entre um ou outro tipo de abordagem, assim como esboçar algumas vantagens decorrentes de uma postura mais transparente.

Dessa forma, a partir do enfoque pragmatista já delineado, passa-se doravante ao *contextualismo*, elemento que valoriza a experiência prática na investigação filosófica, como método que liberta de abstrações atemporais<sup>26</sup>. Essa experiência se verifica neste capítulo por meio dos diversos precedentes mencionados e da exposição das diferentes soluções cabíveis.

Por outro lado, é sabido que o contextualismo pragmático considera a intersubjetividade da relação pontualmente colocada, assim como influências diversas como a social, política, histórica, econômica e cultural. À luz desse casuísmo, qual a contribuição que precedentes do direito comparado ou mesmo do Supremo Tribunal podem trazer à discussão? O papel desses

---

<sup>25</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira Duarte. **Além do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 4-5.

<sup>26</sup> BINENBOJM. Op. Cit., p. 47.

precedentes é retórico e persuasivo. A afirmação decorre de uma reflexão interessante sobre o papel da retórica na valoração dos precedentes por juízes pragmáticos.

Segundo Posner, os pragmatistas são simpáticos à retórica aristotélica, como “um método razoável, e de fato inescapável, de persuasão em áreas que o raciocínio exato não podia alcançar”<sup>27</sup>. Nessa seara se inserem os casos difíceis, as questões legais que tendem a não ter respostas únicas. Justamente nessas hipóteses críticas e descontínuas, “uma percepção penetrante, aforisticamente expressada, apesar de refletir uma verdade meramente parcial – apesar de talvez ser só um tiro no escuro – talvez desempenhe um papel influente no desenvolvimento do direito”<sup>28</sup>.

É esse o papel relevante que assumem os precedentes na visão pragmatista. Longe de configurarem um fundamento ou uma preconcepção inarredável, servem de inspiração para a reflexão, sobretudo em casos difíceis. Sem dúvida, a argumentação jurídica, informada pela pluralidade de argumentos contrapostos, contribui para a elucidação de questões, ainda que se situem em outros ordenamentos ou se refiram a outros contextos fáticos<sup>29</sup>.

Em comum, tratam da jurisprudência da crise. O elemento crise, nitidamente contextual, não é meramente econômico, mas se traduz também em reflexos institucionais, sociais e políticos. A crise econômica, quando enseja a jurisprudência da crise, transfere ao Judiciário a delimitação e validação de seus contornos sociais e inaugura uma delicada repartição de ônus políticos entre os poderes públicos. A influência da cultura de cada ordenamento, em diferentes momentos históricos, singulariza os precedentes e inviabiliza a importação crua de modelos.

É desnecessário repisar aqui a ressalva já puída de que não se deve importar institutos jurídicos desenvolvidos em contextos diversos sem realizar um exaustivo estudo dos pontos de contato entre ambos<sup>30</sup>. Levado ao extremo, sequer se deveria “importar” precedentes de nossa própria corte, visto que erigidos sob influxos diversos e irrepetíveis. A ressalva que cabe é a de

---

<sup>27</sup> POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. p. 64.

<sup>28</sup> POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. p. 64.

<sup>29</sup> Sobre parâmetros para comparabilidade de interpretações constitucionais de diferentes ordenamentos, sobretudo, quando meramente voluntárias, a fim de evitar conclusões enviesadas, vide FREIRE, Alonso. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. **Revista Publicum**, v. 2, n. 2, p. 45-73, 2016. O autor conclui que “em alguns casos, a consideração de experiências estrangeiras será um dever moral” e que os ganhos de aprendizagem se verificam ainda que a experiência estrangeira não represente um consenso (p. 71).

<sup>30</sup> Sobre o tema, v. RAMIRES, Mauricio. **Diálogo Judicial Internacional: O Uso da Jurisprudência Estrangeira pela Justiça Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

que os precedentes evocados *ilustram*. E da ilustração surgem ideias a serem desenvolvidas – ou não – já em clima tropical. É como, assim, se propõe.

### **1.1. A franqueza de alguns vizinhos: a dita “jurisprudência da crise”**

Dentre as diversas formas de lidar com o argumento econômico, há aquela que enfrenta abertamente as restrições do contexto e a necessidade de alocação de recursos. Com base nesta lógica, a jurisprudência de alguns países tem adotado parâmetros de decisão que destacam a intensidade da crise e os efeitos excepcionais e sistêmicos na fruição dos direitos humanos. Geralmente tendo por objeto a constitucionalidade de medidas de austeridade, como o corte na remuneração de servidores ou a redução de benefícios assistenciais, as cortes constitucionais avaliam a razoabilidade do sacrifício social em cada caso.

Não se trata tão somente de mencionar a existência de uma crise econômica como razão de decidir ou de flexibilizar direitos fundamentais em nome da higidez econômica dos entes públicos. Por meio dessa estratégia, que corresponde a uma acepção restrita do termo jurisprudência da crise, difundida pela doutrina de diversos países, as cortes se valem de estudos e dados econômicos, bem como da avaliação de custo-benefício.

A criação de mecanismos de avaliação dos impactos das políticas econômicas sobre os direitos humanos e sobre a igualdade permite a tomadores de decisões sobre política econômica aprender com erros anteriores e antecipar as consequências de suas condutas. Além disso, as cortes constitucionais, assim, viabilizam o controle social de suas decisões. Como destaca o Conselho Europeu, ao institucionalizar e reforçar a transparência, o acesso à informação e a participação, sobretudo na arena de políticas econômicas, o poder público permite que cidadãos, comissões parlamentares, estruturas de direitos humanos fiscalizem as respostas à crise<sup>31</sup>.

O Conselho Europeu destaca, dentre todas, a recente jurisprudência doméstica tanto da Lituânia quanto de Portugal. Isso porque o Tribunal Constitucional da Lituânia tem articulado critérios específicos e rigorosos para avaliar quando os direitos sociais podem ser limitados durante uma crise econômica, enquanto Portugal vem enfrentando diretamente a

---

<sup>31</sup> COUNCIL OF EUROPE. **Safeguarding human rights in times of economic crisis**. Council of Europe Commissioner for Human Rights, 2013.

constitucionalidade das restrições orçamentárias impostas em razão de empréstimos com organismos internacionais<sup>32</sup>.

A postura organizada e transparente da Corte Constitucional da Lituânia se verifica em diversos precedentes, dentre os quais se destacam as decisões proferidas em 20 de abril de 2010<sup>33</sup> e em 06 de fevereiro de 2012<sup>34</sup>.

Na julgamento de 2010, a Corte da Lituânia estabeleceu, em inegável postura ativista, critérios específicos para avaliação da intensidade com que direitos sociais podem ser restringidos durante uma crise econômica. A ação foi proposta pelo Parlamento Lituano, que requereu que a Corte se manifestasse sobre a aplicação de inúmeras regras constitucionais e precedentes judiciais sob condições econômicas extremas, como crise econômica e desastres naturais.

Por meio de uma interpretação sistemática das previsões constitucionais, a Corte foi instada a se manifestar em abstrato sobre diversas regras, dentre as quais se destacam a redução dos proventos (*state social security old-age pensions and the state social security work incapacity pensions*) em coordenação com outras medidas, como preservação e criação de empregos; o pagamento de proventos em valor correspondente às contribuições pagas; o orçamento estatal alocado de modo a contemplar todas as obrigações do Estado ou ao menos a assistência social assegurada à toda a população; e a necessidade de um mecanismo de justa compensação para os indivíduos cujas garantias sociais, constitucionalmente asseguradas,

---

<sup>32</sup> COUNCIL OF EUROPE. **Safeguarding human rights in times of economic crisis**. Council of Europe Commissioner for Human Rights, 2013, p. 28. Lê-se no original: “Recent domestic jurisprudence in Latvia, Portugal and Lithuania illustrates the normative superiority of constitutionally protected human rights principles over unjustified budgetary measures. (...) In Portugal, the Constitutional Court declared reduced budget allocations for social rights as unconstitutional and ordered restitution. The Lithuanian Constitutional Court has articulated specific, strict criteria for assessing when social rights can be limited during an economic crisis”.

<sup>33</sup> DECISION ON THE CONSTRUCTION OF THE PROVISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT RULINGS OF 25 NOVEMBER 2002, 3 DECEMBER 2003, 16 JANUARY 2006, 26 SEPTEMBER 2007, 22 OCTOBER 2007, 22 NOVEMBER 2007, 24 DECEMBER 2008, AND OF THE DECISION OF 15 JANUARY 2009. Cases N. 41/2000, 47/2001-08/2003-20/2003-32/2003-38/2003, 7/03-41/03-40/04-46/04-5/05-7/05-17/05, 35/04-37/04-72/06, 38/04-39/04, 06/05-08/05, 09/06-30/06-01/07-30/08, 15/98, 33/03.

<sup>34</sup> RULING ON THE COMPLIANCE OF THE PROVISIONS OF THE LEGAL ACTS OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA REGULATING THE RECALCULATION AND PAYMENT OF PENSIONS IN AN EXTREMELY DIFFICULT ECONOMIC AND FINANCIAL SITUATION IN THE STATE WITH THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA Case No. 46/2010-47/2010-48/2010-49/2010-51/2010-52/2010-70/2010-77/2010-82/2010-83/2010-84/2010-85/2010-86/2010-87/2010-94/2010-100/2010-101/2010-109/2010-114/2010-123/2010-124/2010-128/2010-129/2010-133/2010-134/2010-142/2010-143/2010-1/2011-2/2011-5/2011-8/2011-16/2011-21/2011-23/2011-25/2011-29/2011-32/2011-37/2011-39/2011.

sejam reduzidas ou suprimidas. Como se percebe, trata-se, em linhas gerais, das mesmas questões enfrentadas por outros tantos ordenamentos.

No que tange a remunerações que derivam do orçamento público, a Corte acenou com a possibilidade de redução, mas estabeleceu critérios para tanto. Expressamente aduziu à necessidade de observar os princípios da proporcionalidade, da solidariedade, da harmonia social e da justiça; a possibilidade de redução temporária para atingir importantes interesses da sociedade e do Estado; e, ainda, a necessidade de proteger outros valores constitucionais. Destacou, ainda, a necessária observância do princípio da igualdade, de modo que não se possa reduzir a remuneração de pessoas pertencentes a um mesmo grupo social com base em diferentes coeficientes.

Densificando o que entende por observância do princípio da proporcionalidade para a redução de pensões e de remunerações em tempos de crise, a Corte explicou que: (i) a redução deve estar de acordo com os legítimos objetivos da sociedade e deve servir para alcançá-los, sem restringir os direitos e liberdades mais do que o necessário para alcançar ditos objetivos; (ii) o legislador deve estabelecer uma escala de redução uniforme e não-discriminatória, assim como deve ser feito em relação àqueles que recebem remunerações derivadas do orçamento municipal ou estatal, como agentes políticos e servidores públicos; (iii) é permitido prever um limite abaixo do qual as remunerações que derivam do orçamento público não podem ser reduzidas, mesmo em caso de particular dificuldade econômica e financeira do Estado, respeitando níveis mínimos socialmente aceitos e a dignidade humana.

Em caráter bastante inovador, a Corte da Lituânia estabeleceu parâmetros objetivos. A redução temporária e proporcional do valor pago a título de proventos devido a uma situação estatal extrema deve levar em conta o valor com o qual a pessoa contribuía, a extensão do seu pagamento e como ela contribuía para a acumulação de fundos da Seguridade Social do Estado. Mesmo quando a pensão for reduzida, o legislador deve observar o princípio da proteção do direito adquirido e, destaque-se, mecanismos de compensação de perdas.

Um importante aspecto analisado se refere ao caráter provisório da jurisprudência da crise. Consoante aduzido na decisão, superadas as circunstâncias especiais que levaram à redução da pensão, é preciso adotar novamente medidas de compensação, e, se após o fim da crise econômica forem acumulados fundos suficientes para o pagamento das pensões no montante devido antes da redução, a legislação que reduziu os valores deve ser abolida.

No que tange à redução da remuneração de agentes e servidores públicos, a Corte lituana estabeleceu requisitos extras: (i) é preciso que haja uma declaração oficial atestando a grave

situação econômico-financeira e a legislação de redução deve ser temporária; (ii) a redução é temporária e está vinculada à existência da crise; (iii) a redução só é permitida dentro do ano orçamentário; (iv) terminada a situação grave, as remunerações devem voltar ao que eram antes; (v) se, antes de finalizado o prazo temporário da lei de redução, houver a possibilidade de retornar ao pagamento do valor anterior, a legislação deve ser abolida.

Em 2012, a Corte Constitucional da Lituânia foi novamente instada a se manifestar sobre medidas de austeridade. Dessa vez não se tratava de análise hipotética, mas de diversos dispositivos da Lei Provisória sobre Recálculo e Pagamento de Verbas Sociais (*Provisional Law on Recalculation and Payment of Social Payments*), de 2009. Embora guarde similaridade com o caso anterior, neste o escopo é mais restrito.

O preâmbulo da lei impugnada destacava o constante aumento de déficit orçamentário, o objetivo de combater este aumento e ressaltava decisões anteriores da Corte Constitucional no sentido da possibilidade de reduzir pagamentos de forma temporária numa situação extraordinária, como a mencionada acima. Algumas previsões legais traziam, por exemplo, escalas diferenciadas de redução das pensões e não dispunham sobre compensações pela redução, o que conflitaria com os princípios da igualdade e do Estado de Direito.

Dentre os peticionários, estavam a Suprema Corte Administrativa da Lituânia, a Corte Administrativa Regional de Kaunas e outras Cortes Regionais. Para o Parlamento Lituano, aqueles que têm o direito de receber pagamentos do Estado possuem a legítima expectativa de exigir que a obrigação seja cumprida, mas, levando em consideração a situação econômica do Estado, seria preciso haver uma regulação legal que protegesse outros valores constitucionais, mantendo o equilíbrio entre interesses privados e públicos. Com isso, seria possível recalculer o pagamento de pensões, anuidades, benefícios sociais, maternidade, paternidade, dentre outros gastos públicos.

A Corte reafirmou que o Estado tem o dever de cumprir com as obrigações de manutenção dos pagamentos de pensão – dever previsto na Constituição e regulado por leis, que devem observar os princípios constitucionais já referidos. Somente seria admissível a redução de pensões em caráter extraordinário e temporário – enquanto existente uma situação extrema, como crise econômica ou desastre natural, ou, ainda, enquanto perdurar a falta de fundos – e só poderiam ser reduzidas na extensão necessária para garantir interesses sociais vitais e proteger outros valores. Em todos os casos, a redução não poderia deixar de atender ao equilíbrio constitucionalmente previsto entre interesses privados e sociais: assim se prestigia o princípio da proporcionalidade.

No caso, então, foram estabelecidas premissas bem definidas para a restrição do direito à seguridade social durante a crise. Confira-se:

Neste contexto, deve-se mencionar as seguintes disposições de direito constitucional, que foram formuladas pelo Tribunal Constitucional no contexto dos artigos 23, 29 e 52 da Constituição e o princípio constitucional do Estado de Direito, ao interpretar o poder discricionário de o legislador, na ocorrência de uma situação extraordinária (nomeadamente devido a uma crise econômica), reduzir as pensões do Estado:

- Mesmo quando, devido a circunstâncias especiais (crise econômica, etc), verifica-se uma situação econômica e financeira especialmente grave no Estado, é necessário respeitar o princípio da proteção do direito adquirido ao abrigo do artigo 23 da Constituição;
- O legislador tem a obrigação de prever um mecanismo de compensação das perdas incorridas para as pessoas a quem cabia receber uma pensão estatal, pelo que, depois de terminada a referida situação extrema, o Estado assumiria uma obrigação perante essas pessoas de compensar as perdas sofridas devido à redução da pensão estatal em grande medida, num prazo razoável e de forma equitativa; as perdas incorridas devido à redução das pensões do Estado podem ser compensadas em menor grau do que as perdas decorrentes da redução das pensões de velhice ou de invalidez;
- Mesmo em casos excepcionais (por exemplo, quando devido a uma crise econômica, a uma catástrofe natural, etc., existe uma falta objetiva de fundos necessários para o pagamento das pensões), a redução (embora respeitando o princípio constitucional da proporcionalidade) de pensões deve ser paga apenas numa base temporária (ou seja, apenas quando existe uma situação extraordinária no estado);
- O legislador pode corrigir a regulamentação legal das pensões do Estado, que, pela sua natureza e caráter, diferem das pensões por idade e das pensões de invalidez, reduzindo estas pensões em maior medida do que as pensões por idade e por invalidez; o legislador está obrigado a estabelecer uma escala uniforme e não discriminatória de redução das pensões atribuídas e pagas, de modo que as pensões sejam reduzidas de forma a não violar as proporções dos montantes das pensões estabelecidas antes da ocorrência da situação econômica e financeira particularmente difícil no estado<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> RULING ON THE COMPLIANCE OF THE PROVISIONS OF THE LEGAL ACTS OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA REGULATING THE RECALCULATION AND PAYMENT OF PENSIONS IN AN EXTREMELY DIFFICULT ECONOMIC AND FINANCIAL SITUATION IN THE STATE WITH THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA (6 February 2012), p. 93-94. Lê-se no original: “8. In this context, one is to mention the following provisions of the official constitutional doctrine, which were formulated by the Constitutional Court in the context of Articles 23, 29 and 52 of the Constitution and the constitutional principle of a state under the rule of law, while construing the discretion of the legislator, upon the occurrence of an extraordinary situation (*inter alia* due to an economic crisis), to reduce the state pensions:

- even when due to special circumstances (economic crisis etc.) there occurs an especially grave economic and financial situation in the state, one must heed the principle of protection of the acquired right under Article 23 of the Constitution;
- the legislator is under obligation to provide for a mechanism of compensation of incurred losses to the persons to whom a state pension was awarded and paid, whereby, after the said extreme situation is over, the state would undertake an obligation before such persons to compensate them, within a reasonable time and in a fair manner, the losses incurred by them due to the reduction of the state pension to a great extent; the losses incurred due to the reduction of state pensions may be compensated to a smaller extent than the losses incurred due to the reduction of old age or disability pensions;
- even in exceptional cases (for example, when due to an economic crisis, natural disaster etc., there is objective lack of funds which are necessary for the payment of pensions) the reduced (while paying heed to the constitutional

A Corte reconheceu que o estabelecimento de recálculo de pensões estatais não estava em desacordo com a Constituição. Todavia, diversas disposições da lei foram consideradas inconstitucionais, como a que previa a possibilidade de redução de pensão estatal após esta ter sido adjudicada ao destinatário.

Embora sem estabelecer critérios e metodologias tão definidas<sup>36</sup>, também o Tribunal Constitucional Português tem sido marcado pela transparência na análise da repercussão econômica de suas decisões, especificamente no contexto de crise econômica. Como exemplo, mencione-se o Acórdão 396/2011.

O Tribunal Constitucional pronunciou-se, em 2011, sobre a constitucionalidade das reduções remuneratórias constantes da Lei 55-A/2010, de 31 de dezembro (Orçamento de Estado para 2011). Dentre as medidas de austeridade, o normativo instituía que os salários dos funcionários públicos que ultrapassassem os 1.500 euros seriam reduzidos de 3,5% para 10%, de acordo com o seu valor e que seriam feitas reduções específicas nos salários e benefícios do Poder Judiciário.

Os autores da ação, membros do Parlamento, fundamentaram a alegação de inconstitucionalidade nos seguintes pontos: (i) as medidas não eram temporárias; (ii) a confiança legítima de que as remunerações de servidores não seriam reduzidas reforçava a violação à segurança jurídica; (iii) as medidas violavam o princípio da igualdade, porque os cortes foram impostos apenas aos funcionários do setor público; (iv) as reduções violavam a irredutibilidade dos salários, vedada pela Constituição Portuguesa; e (v) não houve consulta com os sindicatos de trabalhadores, o que a Constituição Portuguesa exige previamente à edição de legislação laboral<sup>37</sup>.

---

principle of proportionality) pensions can be paid only on a temporary basis (i.e. only when there is an extraordinary situation in the state);

– the legislator may correct the legal regulation of state pensions, which in their nature and character are different from old age pensions as well as from disability pensions, by reducing these pensions to greater extent than old age and disability pensions; the legislator is under obligation to establish a uniform and non-discriminatory scale of reduction of awarded and paid pensions whereby the pensions would be reduced in a manner not violating the proportions of the amounts of the pensions established prior to the occurrence of the particularly difficult economic and financial situation in the state”.

<sup>36</sup> Nesse sentido, URBANO, Maria Benedita. A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnostico: Bipolaridade? In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira. **O Tribunal Constitucional e a Crise: ensaios críticos**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 9-48.

<sup>37</sup> DIMOPOULOS. Op. Cit., p. 31.

Na linha invocada pelos Requerentes, o Tribunal adotou uma postura fundamentada em princípios, tendo concluído por um juízo de não inconstitucionalidade. Confira-se trecho do voto condutor:

O não se prescindir de uma redução de vencimentos, no quadro de distintas medidas articuladas de consolidação orçamental, que incluem também aumentos fiscais e outros cortes de despesas públicas, apoia-se numa racionalidade coerente com uma estratégia de atuação cuja definição cabe ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador. Intentando-se, até por força de compromissos com instâncias europeias e internacionais, conseguir resultados a curto prazo, foi entendido que, pelo lado da despesa, só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata, sendo, nessa medida, indispensável. Não havendo razões de evidência em sentido contrário, e dentro de “limites do sacrifício”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam, é de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental. Em vista deste fim, quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas – vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público - não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual.

Como se percebe, o Tribunal expressamente fundamentou sua decisão em algumas balizas, dentre as quais se destacam a temporariedade da medida, a urgência da necessidade de se sanear as contas públicas, a existência de tratados internacionais, a competência legislativa para prever medidas, bem como em princípios jurídicos, como igualdade, proporcionalidade e confiança legítima.

Ao destacar a transitoriedade das medidas instituídas em leis orçamentárias, a corte mitiga as preocupações com relação à vedação ao retrocesso e reduz o ônus político de avalizar restrições a direitos constitucionais<sup>38</sup>. A limitação no tempo se coaduna também com o caráter conjuntural da jurisprudência, conforme o tribunal aduziu expressamente. Por essa mesma razão, a corte reconheceu que a medida se inseria em um programa de recuperação financeira muito maior, instituído por influência dos credores externos e cujos efeitos e desdobramentos tenderiam a se estender “por um horizonte temporal mais alargado”. Ao antecipar essa prognose, sutilmente aumenta a previsibilidade de seu comportamento, contribuindo para a segurança jurídica<sup>39</sup>. Confira-se outro trecho do Acórdão 396/2011:

---

<sup>38</sup> DIMOPOULUS. Op. Cit., p. 32.

<sup>39</sup> DIMOPOULUS. Op. Cit., p. 33.

Tudo o que atrás se disse, quanto às reduções das remunerações, releva de uma análise estritamente jurídica da situação normativa actual. Mas não pode ignorar-se que as reduções remuneratórias estabelecidas na lei do Orçamento do Estado de 2011 têm como objetivo final a diminuição do défice orçamental para um valor precisamente quantificado, respeitador do limite estabelecido pela União Europeia, no quadro das regras da união económica e monetária. Para o efeito, foi estabelecida uma calendarização por etapas anuais, sendo que a satisfação plena de tal objectivo só se atingirá, de acordo com o programado, em 2013.

Programa que, note-se, não traça metas de consecução desejável mas de cumprimento incerto, responsabilizadoras apenas internamente, em termos político-eleitorais, antes estabelece compromissos firmes do Estado português perante instâncias internacionais, compromissos constantes, num primeiro momento, do Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC) e, no presente, em moldes formalmente mais vinculativos, do “Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica”, acordado com a Comissão Europeia, e do Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, assinado com o FMI.

Em sua fundamentação, o Tribunal destacou que os subsídios de férias e de Natal teriam a natureza de retribuição, de contrapartida ligada ao trabalho prestado, integrando a remuneração anual, de modo que sua diminuição em anos consecutivos representaria uma diminuição dos meios de subsistência das pessoas afetadas. Mencionou, no entanto, a necessidade de se adotar medidas excepcionais durante a vigência do Pacto de Estabilidade e Crescimento, constituído por um conjunto de instrumentos jurídicos, como memorandos de política econômica.

Outra consideração interessante diz respeito à violação à expectativa legítima causada pelo corte de remuneração. O tribunal reconheceu que as reduções efetivamente frustram as expectativas legítimas, mas admite que “o legislador possa defraudar a confiança que os cidadãos depositaram na estabilidade de um determinado regime jurídico quando haja um interesse público que o justifique”.

Com base no teste da proporcionalidade, o tribunal entendeu que o sacrifício era adequado, necessário e proporcional. A adequação decorreria de Portugal enfrentar a “pior crise das últimas décadas nos domínios económico, financeiro e social, encontrando-se a economia portuguesa numa trajetória insustentável”. A necessidade foi postergada para quando da verificação de observância do princípio da igualdade, mas ensejou a divergência. O juiz João Cura Mariano vislumbrava meios menos onerosos de fazer frente à necessidade de sanear as

contas públicas, a exemplo do aumento da carga tributária<sup>40</sup>. Já a proporcionalidade foi justificada com base em “seu carácter transitório” e no fato de que, “para além da isenção de que gozam as remunerações inferiores a 1500 euros, as taxas aplicáveis são progressivas, nunca ultrapassando, em todo o caso, o limite de 10%” sendo, portanto, “inferior ao aplicado em países da União Europeia com problemas financeiros idênticos”.

Por fim, no que pertine ao princípio da igualdade, os Requerentes mencionam que outras categorias de trabalhadores igualmente pagos com dinheiros públicos não foram afetadas pela medida restritiva. Tendo realizado uma análise do universo de destinatários da norma, o Tribunal identificou como excetuados aqueles que, embora recebam verbas públicas, não mantêm com o Estado ou outras entidades da Administração Pública uma relação jurídica de emprego com vínculo de subordinação. Nesses casos, o piso remuneratório para aplicação da medida se estabeleceu em 4.165 euros. O Tribunal justificou a diferenciação “na própria inexistência de uma relação jurídica de emprego público”, considerando dispensáveis maiores esclarecimentos. Quanto à excepcionalização daqueles que recebam remuneração inferior a 1.500 euros, tampouco haveria violação ao princípio da igualdade, dado que a diferenciação se basearia em “justiça distributiva”.

Como se percebe, a fundamentação do Acórdão 396 foi essencialmente principiológica, valendo-se o Tribunal Constitucional de instrumentos hermenêuticos ordinariamente caros à jurisdição constitucional. A peculiaridade, no entanto, como já referido, situa-se na menção ao carácter transitório das medidas restritivas, à intensidade da crise e aos fatores externos de influência.

No ano seguinte, o Tribunal foi novamente instado a se manifestar sobre a constitucionalidade de norma com semelhante previsão. Trata-se da Lei do Orçamento de Estado para 2012, cujos artigos 21º e 25º previam a suspensão total ou parcial do pagamento dos subsídios de férias e Natal, assim como quaisquer prestações correspondentes aos 13º e/ou 14º meses. As disposições da Lei nº 64-B/2011 se destinavam às pessoas que auferiam remunerações salariais de entidades públicas e às que auferiam pensões de reforma ou aposentadoria pelo sistema público de seguridade social. Qualificada como excepcional, a

---

<sup>40</sup> Nos termos da declaração de voto: “Não está demonstrado que exista uma diferença significativa nos efeitos da opção da redução dos vencimentos dos funcionários públicos, relativamente a uma tributação acrescida dos rendimentos de todos os cidadãos, sendo certo que ambas alcançariam o objectivo de redução do défice público, com menores encargos para os funcionários públicos, uma vez que a distribuição do sacrifício recairia sobre um universo substancialmente mais alargado”.

medida teria a duração do período de vigência do Programa de Assistência Econômica e Financeira (PAEF).

No Acórdão 353/2012, no entanto, o Tribunal considerou que as normas violavam o princípio da igualdade, ao recair apenas sobre as pessoas que auferem remunerações e pensões por verbas públicas, de modo que “a repartição de sacrifícios, visando a redução do déficit público, não se faz de igual forma entre todos os cidadãos, na proporção das suas capacidades financeiras”. Por tal razão, declarou a inconstitucionalidade das normas impugnadas, embora tenha modulado os efeitos da declaração, de modo a ressaltar a aplicação da regra impugnada para o exercício então corrente de 2012.

O contrapeso dos argumentos principiológicos e contextuais, enfrentados no precedente anterior, foi normalmente abordado. No Acórdão 353/2012, entretanto, o Tribunal estabeleceu uma importante distinção em relação ao caso anterior, baseando-se em considerações econômicas. A Lei de Orçamento de 2012 impunha um prejuízo, em média, três vezes superior ao objeto do precedente anterior, o que se identifica tanto pelo percentual a ser reduzido das verbas remuneratórias quanto pelo período de vigência da regra. O sacrifício já não seria razoável. Nos termos do referido acórdão:

Para este juízo é necessário lembrar e pesar os sacrifícios impostos pelas normas sob fiscalização a quem auferem remunerações ou pensões por verbas públicas.

(...) Ora, se o Tribunal Constitucional, no referido Acórdão n.º 396/11, neste mesmo universo, perante a redução salarial ocorrida no ano de 2011, determinada pelo artigo 19.º, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, que se situou entre 3,5% e 10% do rendimento anual, entendeu que a transitoriedade e os montantes das reduções efetuadas nos rendimentos dos funcionários públicos se continham ainda dentro dos limites do sacrifício adicional exigível, o acréscimo de nova redução, agora de 14,3% do rendimento anual, mais do que triplicando, em média, o valor das reduções iniciais, atinge um valor percentual de tal modo elevado que o juízo sobre a ultrapassagem daquele limite se revela agora evidente.

Estas medidas terão uma duração de três anos (2012 a 2014), o que determinará a produção de efeitos cumulativos e continuados dos sacrifícios ao longo deste período, a que acresce o congelamento dos salários e pensões do setor público, verificado nos anos de 2010, 2011 e 2012, e cuja manutenção nos anos seguintes se encontra prevista nos memorandos que consubstanciam o PAEF, o que, conjugado com o fenómeno da inflação, resulta numa redução real desses salários e pensões equivalente às taxas de inflação verificadas em todos esses anos.

Ora chancelando medidas de austeridade, ora considerando os sacrifícios excessivos, o Tribunal Constitucional Português se apresenta como um bom representante da postura de enfrentamento da crise. Como destaca Andreas Dimopoulos, trata-se de um exercício bem-

sucedido de controle de constitucionalidade, pois se justifica na “persuasão das razões dadas em apoio do resultado do exercício de equilíbrio”<sup>41</sup>.

Em todos os casos examinados, foi possível notar que a estratégia de enfrentamento também prima por admitir as influências externas. Adotando a concepção de Barry Friedman, são consideradas forças políticas externas “qualquer influência exercida por instituições legítimas e atores políticos em uma democracia que impõe um resultado diverso daquele que decorreria da melhor interpretação que um juiz individualmente extrairia da norma”<sup>42</sup>. No caso da jurisprudência da crise, destaca-se o poder exercido pelos credores internacionais e organismos de defesa dos direitos fundamentais, que polarizam o debate, impondo aos tribunais internacionais considerações acerca das repercussões econômicas e sociais de seus julgados de relevo.

Como destaca Aoife Nolan, no contexto pós-2007 evidenciou-se fortemente o papel do Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu no que diz respeito aos empréstimos tomados por um (crescente) número de países da Zona do Euro<sup>43</sup>.

Em 2011, Portugal celebrou o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Econômica (MOU), que descreve as condições gerais da política econômica sobre a concessão de assistência financeira da União Europeia a Portugal. Estabelece o MOU que as autoridades portuguesas comprometem-se a consultar a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional quanto à adoção de políticas que não sejam consistentes com o Memorando, devendo prestar-lhes toda a informação solicitada para o acompanhamento da situação econômica e financeira.

O documento em si já revela a subordinação do país às exigências dos credores internacionais, mas os eventuais reflexos disso na jurisdição constitucional se verificam nos precedentes do Tribunal Constitucional Português. Dentre todos, merece ser acrescido o

---

<sup>41</sup> DIMOPOULOS. Op. Cit., p. 42-43. O autor cita Alexy (ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation, *Int J Constitutional Law*, v. 3, n. 4, p. 576, 2005).

<sup>42</sup> FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review, *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, p. 271, 2005. Lê-se no original: “Political is used here in a broadly encompassing manner, referring to any influence brought to bear by legitimate institutions and actors of democratic government that reflects something other than the individual judge's best judgment of the way the law determines a case's merits”.

<sup>43</sup> NOLAN, Aoife. *Economic and Social Rights After the Global Financial Crisis*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014, p. 18.

Acórdão n.º 862/2013<sup>44</sup>, em que se mencionou expressamente a celebração do Memorando e seus termos, assim como experiências do direito comparado. À ocasião, o tribunal analisou a constitucionalidade de normas que determinavam a redução da pensão de aposentadoria, reforma e invalidez e redução no valor global líquido das pensões por morte, por meio da fixação de um percentual sobre o respetivo valor. Confira-se trecho da fundamentação:

4.3. Acresce referir que ainda que se possa admitir que o valor da percentagem, em absoluto, da redução do montante das pensões que as medidas preveem (10%, pelos motivos referidos) não se afigura muito elevado, quer os elementos de direito comparado apresentados pelo proponente das normas, quer a versão originária do *Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica* (datado de maio de 2011) no que respeita à redução de pensões, apontam para patamares de aplicação das medidas em causa superiores.

Com efeito, naquele *Memorando*, o n.º 1.11., ainda que no âmbito da Política Orçamental, previa uma medida de redução de pensões, mas apenas «acima de 1.500 euros» e nos moldes aplicáveis à redução das remunerações do setor público. Além disso, dos elementos de direito comparado apresentados pelo proponente da norma, com origem em documentos da União Europeia e do Governo da Irlanda, decorre que no caso da Grécia as medidas de redução de pensões mais exigentes (2013) deixam intocadas as pensões de valor inferior a € 1000 /mês e, no caso da Irlanda, as medidas de redução de pensões pagas aos funcionários públicos apenas se aplicam a pensões mensais superiores a € 1000.

Outro caso interessante é o que se verifica na Grécia<sup>45</sup>. A jurisprudência da crise na Grécia tem admitido diretamente a influência do argumento econômico em suas decisões, sobretudo ao apreciar medidas de austeridade. Embora receba severas críticas de organismos internacionais por não comparar alternativas e prognoses<sup>46</sup>, o Judiciário grego não tem tido melindres em fundamentar a adoção de solução excepcional no contexto econômico.

---

<sup>44</sup> ACÓRDÃO N.º 862/2013, Processo n.º 1260/13, Plenário, Relator: Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro (p. 45) Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html?impressao=1>>. Acesso em: 11 set 2016.

<sup>45</sup> Em breve síntese, apenas para contextualizar a crise financeira grega mencionada, note-se que, em outubro de 2009, o governo grego revelou um grande rombo nas contas do Estado, o que provocou o rebaixamento da classificação de crédito da Grécia para BBB em dezembro de 2009, com o subsequente aumento dos custos de empréstimos. Em março de 2010, a Grécia adotou medidas de austeridade importantes, como as veiculadas pelas leis 3833/2010 e 3845/2010, que introduzem cortes nos salários e pensões no setor público e o aumento dos impostos. Os normativos traduzem o Memorando de Entendimento firmado com o FMI.

<sup>46</sup> ECSR. Decisão de Mérito (07/12/2012) Panhellenic Federation of pensioners of the Public Electricity Corporation (POS-DEI) v. Greece. Complaint No. 79/2012.

Dentre os casos que merecem destaque há os Acórdãos 1/2012 e 2/2012. Por maioria, foi considerada constitucional a disposição que estabelece prazo de prescrição de dois anos para reivindicações de servidores públicos em face do Governo, relativas a vencimentos, outras formas de remuneração ou compensações. Nos termos da ementa do Acórdão nº 2/2012:

Não é contrária ao princípio constitucional da igualdade a disposição do artigo 91, §3 do Decreto 321/1969, ‘Código de Contabilidade Pública’, por ter sido estabelecido por razões de interesse público, notadamente, a necessidade de uma resposta rápida à liquidação decorrente de anuidades e as obrigações correspondentes do governo grego, necessária para a proteção da propriedade nesta situação econômica, e para evitar o desabamento dos dados econômicos, razão pela qual cabe ao Estado desenhar a organização e o *modus operandi* da Administração Pública e a elaboração do orçamento público<sup>47</sup>.

A decisão foi tomada pela Mais Alta Corte Especial grega, apelidada de corte “quase” constitucional, que se caracteriza por ser autorrestritiva<sup>48</sup>. Pela organização do Judiciário grego, a probabilidade de uma questão constitucional ser submetida a esse tribunal é bastante reduzida<sup>49</sup>, menos ainda é a de haver declarações de inconstitucionalidade<sup>50</sup>.

Já o Conselho de Estado possui alguns precedentes em que discute a constitucionalidade de medidas de austeridade. Restringindo-se a questões administrativas, esse órgão de cúpula realiza o controle difuso de constitucionalidade e suas decisões possuem “eficácia moral”, que não se confunde com os efeitos da Mais Alta Corte Especial<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> Tradução livre a partir do grego. KARASARIDIS, Crisóstomo. **Supremo Tribunal Especial**. Tese – Escola de Economia e Gestão, Departamento de Administração de Empresas, Creta, Heraklion, 2013.

<sup>48</sup> A norma é tida por “legalmente expirada” perante todos os atores do sistema jurídico, mas a decisão do Conselho de Estado não produz efeitos vinculantes nem erga omnes, nem equivale a uma declaração de nulidade. SPYROPOULOS, Philippos; FORTSAKIS, Theodore P. **Constitutional Law in Greece**. Holanda: Ed. Kluwer Law International, 2009, p. 207. No mesmo sentido, KAI DATZIS, Akritas. Greece’s third way in prof. Tushnet’s distinction between strong-form and weak-form judicial review, and what we may learn from it. **Jus politicum**, n. 13, p. 18, 2014: “the Council is very reluctant to deem laws unconstitutional as well”.

<sup>49</sup> A Mais Alta Corte Especial é o órgão de cúpula do Poder Judiciário grego a quem incumbe o controle de constitucionalidade de normas em casos de conflito entre as decisões dos demais tribunais superiores – sabidamente o Conselho de Estado, o Supremo Tribunal Civil e Penal e o Tribunal de Contas.

<sup>50</sup> Kaidatzis aponta que, desde sua criação, em 1976, até 2012, a Corte realizou controle de constitucionalidade em 21 casos, tendo efetivamente declarado a norma inconstitucional em dez deles. (KAI DATZIS. Op. Cit., p. 13)

<sup>51</sup> SPYROPOULOS. Op. Cit., p. 206.

Um dos precedentes relevantes adotados pelo Conselho de Estado consiste no Acórdão 668/2012, em que o tribunal confirmou a constitucionalidade das medidas de austeridade instituídas pela Lei 3845/2010<sup>52</sup>. Essa lei, assim como a Lei 3833/2010, estabeleceu cortes nos salários e benefícios para servidores e pensionistas. O Conselho de Estado grego considerou estes cortes como parte integrante de um programa mais amplo de saneamento financeiro da economia grega, definido pelo Poder Legislativo, além de contribuir para a recuperação orçamentária e financeira do país. Esse objetivo maior não se confundiria com o mero interesse orçamentário, o que obstaria seu afastamento em nome do princípio da proporcionalidade, como em termos habituais<sup>53</sup>.

Complementou que as medidas financeiras não violavam o direito à propriedade nem o princípio da proporcionalidade. Especificamente no que diz respeito ao direito de propriedade, o Conselho de Estado sublinhou que não existe nenhuma disposição constitucional que garanta um direito a salário ou pensão dentro de um suporte financeiro específico<sup>54</sup>.

O Poder Judiciário grego, em todas as instâncias, é composto por juízes de carreira, vitalícios, admitidos por provas e promovidos por antiguidade<sup>55</sup>. Além disso, são assistidos por professores de universidades públicas, aliando critérios objetivos e conteúdo teórico, seguem procedimentos legais bem definidos, há supremacia judicial e forte tradição. A jurisdição constitucional vem sendo exercida pelos tribunais gregos muito antes de o texto constitucional lhes atribuir tal competência<sup>56</sup>. Contudo, a composição imparcial não foi capaz de afastar a

---

<sup>52</sup> O Conselho de Estado invalidou apenas três das medidas de austeridade: a redução dos vencimentos dos funcionários públicos que trabalham na segurança pública e na defesa nacional (2192-2196/2014); a disposição de que o inadimplemento de impostos resultaria em corte de energia elétrica (decisão 1972/2012); e a privatização da empresa estatal de água (1906/2014). Sobre o tema ver VENICE COMMISSION (EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW). **Conference on “Protecting Economic and Social Rights in Times of Economic Crisis: What Role for the Judges?”** Ouro Preto, Brasil, mai. 2014, p. 9. Disponível em: <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-LA\(2014\)002-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-LA(2014)002-e)>. Acesso em: 26 dez. 2016.

<sup>53</sup> VENICE COMMISSION. Op. Cit., p. 9.

<sup>54</sup> DIMOPOULOS. Op. Cit., p. 17.

<sup>55</sup> PANEZI, Maria. A Description of the Structure of the Hellenic Republic, the Greek Legal System and Legal Research. **Globalex**, p. p. 11-12, 2006. Para o controle de constitucionalidade, a composição da Mais Alta Corte Especial da Grécia é complementada por dois professores universitários.’

<sup>56</sup> KAIDATZIS, Akritas. Op. Cit., p.12.

influência política. Por possuir uma jurisprudência notadamente autorrestritiva<sup>57</sup>. Esse cenário assume maior relevo diante das famosas medidas de austeridade instituídas na Grécia.

O aparente enigma grego permite as mais variadas interpretações. Enquanto alguns atribuem ao isolamento político a falta de legitimidade para uma atuação mais contundente, outros identificam nas brechas do sistema a justificativa para a deferência política do Judiciário, que, na prática, não seria tão isolado assim. Como exemplo, cite-se a influência política do Poder Executivo na indicação dos presidentes e vice-presidentes dos altos tribunais e a não aplicação de sanções disciplinares a juízes condenados por falhas disciplinares<sup>58</sup>.

É possível vislumbrar razões pragmáticas também na deferência das cortes constitucionais às decisões do Poder Executivo, ainda que submetida a complexo escrutínio como no caso grego. A deferência pode ser justificada, consoante o pragmatismo cotidiano, por diversas razões: o Judiciário tende a supor, não sem certa razão, que o Executivo e o Legislativo detêm maiores condições técnicas de avaliar os impactos econômicos e sistêmicos das medidas de austeridade; ainda que não acredite realmente nisso, a corte teme que suas decisões acirrem a situação econômica pelo engessamento econômico; ou, por fim, talvez não seja absurdo imaginar que a corte constitucional não queria tomar para si o ônus político da deflagração de uma crise de proporções ainda maiores.

Em algum sentido, são esses os apontamentos levantados por Adrian Vermeule em obra seminal sobre estado de necessidade administrativo. Confira-se:

Novamente, os mecanismos que criam essa deferência judicial em situações de emergência são pragmáticos e não conceituais. É logicamente possível que os juízes possam exercer vigorosa revisão durante emergências, mas é institucionalmente impossível para eles fazê-lo. Os juízes adiam porque acham que o executivo tem melhores informações do que eles e porque essa

---

<sup>57</sup> KAI DATZIS. Op. Cit., p. 13: “the HSC itself takes good care to circumscribe its jurisdiction very narrowly.” O autor aponta que, desde sua criação, em 1976, até 2012, a Corte realizou controle de constitucionalidade em 21 casos, tendo efetivamente declarado a norma inconstitucional em dez deles. Ressaltando que esta característica se aplica a todo o Judiciário grego: PYKRAMENOS, M. Judicial Independence and Judicial Review of the Constitutionality of laws: constitutional guarantees and public practice in Greece. **ConCourt**, 2001. Disponível em: <[http://www.concourt.am/armenian/con\\_right/3.13-2001/pikram.htm](http://www.concourt.am/armenian/con_right/3.13-2001/pikram.htm)>. Acesso: 01 jan 2016.

<sup>58</sup> MAK, Elaine. Living with a French Heritage; A Comparative Analysis of the Greek and Dutch Highest Courts’ Quest for Legitimacy in a Changing Context. **Applications of Public Law**, v. III, 2008: “Argumentou-se que a corte constitucional poderia revelar-se um órgão muito politizado, e que poderia ser difícil garantir a independência dos juízes no tribunal”. Lê-se no original: “*It was argued that the constitutional court might turn out to be a far politicized body, and that it might be difficult to guarantee the independence of the judges on the court.*”

assimetria ou lacuna informacional aumenta durante as emergências. Mesmo que os juízes estejam céticos de que a informação do executivo é realmente superior ou se eles são céticos em relação às motivações executivas, eles estão cientes de sua própria falibilidade e temem os danos à segurança nacional que possam surgir se anularem erroneamente as políticas executivas. Eles também temem o atraso e o engessamento que podem surgir da revisão judicial, e que pode ser especialmente prejudicial quando o tempo é essencial<sup>59</sup>.

Há autores que identificam na estratégia um direito especial, específico para a situação aguda. Maria Benedito Urbano identifica três características habituais desse “direito de crise”: (i) a conveniente fundamentação das medidas anti- crise; (ii) o carácter temporário ou provisório das medidas anti- crise; e (iii) a adequação das medidas ao objetivo de combate à crise. A autora destaca que esta última característica deve ser medida de forma restritiva, sob pena de descambar para a avaliação política. A contrário senso, as demais medidas, mesmo em tempo de severas restrições econômicas, deverão ser apreciadas pelo juiz constitucional de acordo com os padrões típicos dos “estados de normalidade constitucional”<sup>60</sup>.

Rui Medeiros, por sua vez, atribui a virada jurisprudencial a outros fatores de ordem política. Destaca a ruptura política do maior partido de oposição, isolando politicamente o Executivo, e o acirramento da crise e da gravidade das medidas de austeridade, inspirando na sociedade o descrédito de que o sacrifício seria suficiente e excepcional<sup>61</sup>. O contraponto é interessante por ressaltar a pluralidade de influxos sobrepostos, mas, por traduzir conjecturas não falseáveis da ciência política, pouco contribui para a análise das estratégias decisórias que compõem a jurisprudência da crise.

---

<sup>59</sup> VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, v. 122, p. 1135, 2009. Lê-se no original: “Again, the mechanisms that create this judicial deference in emergencies are pragmatic rather than conceptual. It is logically possible that judges might exercise vigorous review during perceived emergencies, but it is institutionally impossible for them to do so. Judges defer because they think the executive has better information than they do, and because this informational asymmetry or gap increases during emergencies. Even if the judges are skeptical that the executive’s information really is superior, or if they are skeptical of executive motivations, they are aware of their own fallibility and fear the harms to national security that might arise if they erroneously override executive policies. They also fear the delay and ossification that may arise from judicial review, and that might be especially harmful where time is of the essence”.

<sup>60</sup> URBANO, Maria Benedita. Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional. In: GONÇALVES, Pedro. Et al. (Coords). **A Crise e o Direito Público**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013, p. 28. O aparente conflito entre normatividade e excepcionalidade será analisado oportunamente adiante.

<sup>61</sup> MEDEIROS, Rui. A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a crise: entre a ilusão de um problema estrutural e a tentação de um novo dirigismo constitucional. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Orgs.). **O Tribunal Constitucional e a Crise**- ensaios críticos. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 271-272.

É curioso notar que, mesmo com referências claras ao contexto de grave crise econômico-financeira e aos compromissos internacionais assumidos, a representar uma “indesmentível retórica da crise”, não houve nos exemplos mencionados “uma metanarrativa da crise, fomentadora de uma orientação jurisprudencial clara e totalmente coerente e justificadora de um discurso diferente dos juízes constitucionais”<sup>62</sup>. Ao contrário, os precedentes analisados se baseiam nos institutos jurídicos já consagrados como o princípio da proporcionalidade, igualdade, segurança jurídica. Isso demonstra que, como se verá adiante, a jurisprudência da crise não se confunde com um estado de exceção, mantendo as raízes fincadas no Estado Democrático de Direito.

## 1.2. A Relação Dialógica entre as Instituições: estrutura de incentivos

Nem sempre o enfrentamento é tão claro. Diante de casos difíceis que envolvem a alocação de recursos públicos escassos, as cortes constitucionais, por vezes, admitem a singularidade do contexto de crise, mas se deparam com dificuldades técnicas e estruturais para dirimir conflitos, sobretudo nos casos em que o mero arbitramento judicial pode mostrar-se inócuo. É o que se verifica diante de conflitos federativos, questões meramente econômicas ou entes inertes. Nesses casos, a jurisprudência da crise se vale de uma outra estratégia decisória: o diálogo com os demais poderes.

É o que será analisado neste item, que cinge-se a considerações sobre a possibilidade de transferência dos custos de decisão e de erro entre poderes públicos, a fim de facilitar a alocação de recursos pelo Judiciário. Diferentemente dos modelos de comportamento judicial, não se trata da preferência individual ou relação interpessoal, mas de interação externa, institucional.

Os “custos de decisão” (*decision costs*) correspondem aos custos envolvidos para se encontrar o resultado, um tipo de custo enfrentado por tribunais e por cidadãos, que têm de investir recursos nesse processo. Por sua vez, os “custos de erro” (*error costs*) envolvem a quantidade e a magnitude dos erros que possam advir de uma decisão<sup>63</sup>. Nesses conceitos de

---

<sup>62</sup> URBANO, Maria Benedita. A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnostico: Bipolaridade? In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Orgs.). **O Tribunal Constitucional e a Crise** - ensaios críticos. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 14-15.

<sup>63</sup> SUNSTEIN, Cass. **The Constitutional Personae...**, p. xv-xvi. Lê-se no original: “By the costs of decisions, I mean the burdens of actually resolving problems. By the costs of error I mean to refer to the number and the magnitude of mistakes”.

custos, assim como no de custos sociais, não se inserem apenas as questões com reflexos econômico-financeiros imediatos, mas qualquer obstáculo que implique um ônus, tal qual “tempo, dinheiro, impopularidade, ansiedade, agitação, remorso antecipado, culpa, vergonha e sujeição à pressão de diversos grupos”<sup>64</sup>.

Às interações entre os tribunais e os poderes políticos em matéria constitucional, sobretudo no exercício da jurisdição constitucional, convencionou-se chamar de *diálogos*<sup>65</sup>. De acordo com as teorias dialógicas, o Judiciário atua em colaboração com os demais atores políticos, não lhe cabendo o monopólio da interpretação da Constituição. A jurisdição constitucional é, então, um produto da elaboração conjunta de juízes e outros atores constitucionais.

O Constitucionalismo Dialógico surge como resposta à dificuldade contramajoritária e ao suposto *deficit* democrático. Assim, sustenta que a jurisdição constitucional não é, de fato, contramajoritária e as decisões judiciais não são finais. Os demais poderes podem reagir às decisões com as quais não concordam, seja descumprindo, seja criticando, seja editando novos atos superadores<sup>66</sup>.

Dentre os constrangimentos institucionais que podem manter decisões judiciais dentro dos limites democráticos, destacam-se o apoio político, a obediência voluntária, a superação normativa da jurisprudência (*legislative override*), as punições de magistrados e o descumprimento das decisões (*non compliance*)<sup>67</sup>. Pode-se acrescentar, ainda, como exemplos

---

<sup>64</sup> ARGUELHES; LEAL. Pragmatismo como meta teoria normativa...

<sup>65</sup> BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **NYU Law School, Public Law Research** Paper n. 05-24, p. 1, 2005: “‘diálogo’ tornou-se uma metáfora cada vez mais ubíqua dentro da teoria constitucional. É mais comumente usada para descrever a natureza da interação entre os tribunais e os ramos políticos do governo na área de tomada de decisão constitucional, particularmente em relação à interpretação dos direitos constitucionais.” Lê-se no original: “‘dialogue’ has become an increasingly ubiquitous metaphor within constitutional theory. It is most commonly used to describe the nature of interaction between courts and the political branches of government in the área of constitutional decision-making, particular in relation to the interpretation of constitutional rights.”

<sup>66</sup> ARABI, Abhner Youssif Mota. **A tensão institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal**. Editora Prismas, 2014. p. 89-92.

<sup>67</sup> BATEUP. Op. Cit., p. 12. “Por exemplo, o cumprimento das decisões da Suprema Corte não é garantido, mas depende do apoio político e da obediência voluntária. Além disso, os ramos políticos do governo podem, e frequentemente o fazem, desafiar as decisões judiciais através da promulgação de nova legislação que testa ou tenta restringir decisões judiciais. Em caso de desacordo vigoroso, os poderes políticos do governo também têm a opção de punir ou ameaçar punir a Corte. O uso dessas técnicas pode então levar o Tribunal a rever ou anular suas decisões anteriores. Dada a existência desses constrangimentos institucionais para manter as decisões judiciais dentro de limites democráticos”. Lê-se no original: “For example, compliance with Supreme Court decisions is not guaranteed, but is dependent on political support and voluntary obedience. In addition, the

de restrições externas ao Judiciário, a indicação dos ministros pelo chefe do Poder Executivo, a sabatina pelo Senado Federal, as dotações orçamentárias dos tribunais, o *impeachment* não sancionatório, a alteração da composição dos tribunais (*court packing*) e a redução da competência dos tribunais<sup>68</sup>.

Nem sempre o diálogo constitucional se traduz em constrangimentos à independência judicial. Por vezes, pode ser utilizado na via inversa, em auxílio à Suprema Corte diante de impasses operacionais. É o que ocorre, como visto, nas hipóteses de inércia reiterada ou potencial descumprimento de decisão judicial, assim como nos casos de dificuldades técnicas de se lidar com questões econômicas ou de longo alcance. Tais situações têm sido especialmente frequentes na crise financeira que os estados-membros enfrentam atualmente no Brasil.

Foi o que se verificou no Mandado de Injunção 943, impetrado em razão da mora legislativa em regulamentar o artigo 7º, XXI, da Constituição Federal. Entendeu-se, em 2011, que a omissão legislativa obstaculizava a fruição do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. À ocasião, entretanto, não foi obtido consenso sobre a norma a ser aplicada à hipótese. Os ministros cogitaram a adoção de uma das propostas em tramitação no Congresso Nacional, de diversas soluções semelhantes adotadas no direito comparado<sup>69</sup>, da fixação de uma proporcionalidade em lotes de cinco anos, dentre outras saídas.

Após longo debate, o mandado de injunção foi julgado procedente à unanimidade, mas o julgamento foi suspenso para posterior explicitação do seu dispositivo final. Durante a suspensão, o legislador supriu a lacuna, editando a Lei 12.506/2011 com seus próprios parâmetros. O diálogo, assim, se concretizou.

Enquanto, nos mercados, indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios, entes públicos, sejam entidades federativas, sejam poderes políticos, nem sempre são movidos por uma racionalidade.

---

political branches of government can, and frequently do, challenge judicial decisions by enacting new legislation that tests or attempts to restrict court rulings. In the event of vigorous disagreement, the political branches of government also have the option of punishing, or threatening to punish, the Court. The use of these techniques may then prompt the Court to revise or overturn its prior decisions. Given the existence of these institutional constraints to keep judicial decisions within democratic limits”.

<sup>68</sup> FISHER, Louis. **Constitucional Dialogues** – Interpretation as a Political Process. Oxford: Princeton University Press, 1988, p. 212.

<sup>69</sup> Em seu voto, o ministro Luiz Fux consignou as soluções apresentadas nos ordenamentos da Alemanha, Dinamarca, Itália, Luxemburgo, Suíça, Bélgica, Argentina, em robusta pesquisa, bem como orientações da Organização Internacional do Trabalho.

Diante disso, as decisões judiciais podem desempenhar importante papel na solução de impasses políticos. É que, no sistema de precedentes, as decisões podem alterar os custos relativos de diferentes condutas, tornando umas mais prováveis.

Os precedentes judiciais criam incentivos. Como destacam Bruno Salama e Mariana Pargendler, isso ocorre “justamente porque estabilizam expectativas sobre as regras do jogo”<sup>70</sup>, o que se apresenta ainda mais forte quando se trata da atuação de tribunais constitucionais, cujas decisões são dotadas de caráter vinculante. Embora nem sempre os precedentes contribuam para a efetiva estabilização de expectativas, a exemplo das frequentes reviravoltas jurisprudenciais, o fato é que sinalizam uma determinada postura e, assim, criam incentivos para a ação ou reação de outros atores envolvidos<sup>71</sup>. Dessa forma, a atuação jurisdicional fixa um *preço*, que estimula ou desestimula um comportamento<sup>72</sup>. O preço fixado pode repercutir na conduta das partes, do próprio judiciário ou dos outros poderes, ao antecipar o movimento da outra parte. Isso é especialmente importante em matéria de avaliação de políticas públicas, em que o comportamento judicial pode ser considerado “estratégico”, assim como o comportamento das partes nos conflitos federativos<sup>73</sup>.

A relação entre os poderes públicos e os custos de decisão varia contextualmente. Como destacam Vermeule e Sunstein, em *Interpretation and Institutions*, se e quando as decisões judiciais que produzem erros claros serão corrigidas pelo legislador, assim como os custos dessas correções, pode variar de acordo com a teoria normativa adotada ou com o objeto em causa. Explica-se. O Legislativo, supõem os autores, está menos propenso a supervisionar e corrigir decisões formalistas que tentam se ater ao texto constitucional, assim como

---

<sup>70</sup> PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 126, jan./abr. 2013.

<sup>71</sup> Uma consideração interessante sobre precedentes judiciais e sua taxa de desvalorização é desenvolvida por Posner, em 1992. O autor aponta que “do ponto de vista econômico, o corpo de precedentes em uma área jurídica é um acervo de bens de capital, especificamente um acervo de conhecimentos que prestam serviços aos litigantes por muitos anos”. Os bens de capital se depreciam, não em função de seu valor, mas de sua possível obsolescência. No caso de precedentes, diz, as taxas de depreciação tenderão a ser menores nos casos que tratam de normas gerais, nas decisões emanadas de cortes constitucionais e naquelas matérias em que a atuação legislativa é mais contida (POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 836-837). Levando o ponto para a jurisprudência da crise, parece razoável concluir que os precedentes casuísticos, baseados no contexto econômico possuem taxa de depreciação maior, ainda que sejam proferidos pela corte constitucional, o que justifica economicamente sua obsolescência natural.

<sup>72</sup> PARGENDLER; SALAMA. Op. Cit., p. 126.

<sup>73</sup> COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 32: “Law and politics, however, often involve small numbers of actors who behave strategically. To illustrate, litigants in court and candidates in elections form strategies by anticipating the moves of their opponents. (...) From this perspective, the need for strategy merely raises the price of engaging in an activity”.

provavelmente não policiará decisões judiciais que tratem de procedimento administrativo ou legislação concorrencial. No entanto, estará inteiramente disposto a supervisionar as decisões judiciais nas áreas de impostos e falência, o que aumenta os custos de decisão nesses casos<sup>74</sup>.

Embora os autores concluem que decisões formalistas provocariam menores custos, isso não significa por si só que seriam preferíveis. A redução dos custos de decisão pode acarretar um custo de incerteza a ser suportado por outros juízes ou outros atores. Sunstein desenvolve o argumento:

Na medida em que os Minimalistas focam estreitamente em problemas particulares, o minimalismo impõe encargos decisórios modestos – pelo menos em casos específicos. Mas porque os minimalistas deixam muitas coisas incertas, esses encargos, ou custos, devem ser enfiados por juízes ou por outros, incluindo legisladores, membros do Poder Executivo e os próprios cidadãos, que devem eventualmente pagar o custo da incerteza<sup>75</sup>.

A transferência dos custos para outros poderes nem sempre corresponde a um efeito “colateral” de uma interpretação de menores custos. Com base na teoria dialógica, o Judiciário pode propositalmente transferir aos demais poderes parte dos custos de decisão e de erro. É uma postura pragmática que aproveita as capacidades institucionais de cada poder. Sem necessariamente adotar uma postura passiva, o Judiciário enfrenta a questão, mas, sabedor de suas limitações técnicas, cria incentivos para que os outros agentes contribuam para solucionar o caso.

Tratando-se de jurisprudência da crise, é comum haver questões de grande complexidade técnica, em que um juízo prognóstico dos efeitos macroeconômicos de cada alternativa acarreta um alto custo de decisão, resultante da convocação de especialistas ou peritos. É o que frequentemente ocorre em questões previdenciárias, tributárias ou financeiras, nas quais as questões suscitadas nem sempre são meramente jurídicas.

Some-se, ainda, que, nesses casos, assim como naqueles que envolvem demandas coletivas, o risco de erro é ainda potencializado pela extensão dos efeitos da crise econômica.

---

<sup>74</sup> SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 25-26, 2003. Os autores sugerem, contudo, que o Judiciário adote uma postura mais formalista nos casos em que o Legislativo estiver mais propenso a corrigir suas decisões: “Where Congress will correct judicial errors fairly costlessly, formalism is easier to justify” (p.26).

<sup>75</sup> SUNSTEIN, Cass. *Constitutional Personae: Heroes, Soldiers, Minimalists, and Mutes*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 61. Lê-se no original: “To the extent that Minimalists focus narrowly on particular problems, minimalism imposes modest decisional burdens – at least in specific cases. But because minimalists leave so much undecided, those burdens, or costs, might be faced by judges or by others, including legislator, members of the executive branch and citizens themselves, who must eventually pay the cost of uncertainty”.

Assim, o custo de erro na resolução de uma controvérsia técnica complexa que envolva entes federativos, microempresários ou trabalhadores mal remunerados é ainda maior quando as partes estão à beira da falência.

### *Incentivos à solução negociada*

No Mandado de Segurança nº 34.023, que trata da remuneração aplicável à dívida pública dos estados, os diálogos contribuíram para a solução do caso de modo intencional. A transferência dos custos representou, então, uma estratégia pragmática de decisão judicial.

Em pauta, estavam R\$ 300 bilhões de recursos públicos, o que equivale a mais de 5% do PIB. O impetrante, o Estado de Santa Catarina, alegava que a União, ao regulamentar a Lei Complementar nº 148/2014 por meio do Decreto 8.616/2015, estipulou a fórmula do desconto em desconformidade com a previsão legal, aplicando juros compostos sobre o saldo devedor. O estado defendia a incidência da taxa Selic de forma simples sobre o estoque das suas dívidas.

No julgamento, iniciado em 04 de abril de 2016, o Supremo Tribunal Federal considerou prudente manter a liminar em favor do estado impetrante, como forma de garantir algum "poder de barganha" para os estados em face da União, limitada, contudo, ao prazo de 60 dias<sup>76</sup>. Ao assim fazer, o Supremo deliberadamente criou uma externalidade negativa em desfavor da União com o propósito de incentivar as partes a um acordo, criando situação em que todos teriam a perder se o impasse se mantivesse.

A estratégia funcionou. As partes negociaram e a liminar foi adaptada aos termos do acordo firmado entre os estados e a União.

Em que pese entes federativos, limitados por competências constitucionais e compromissos democráticos, não se confundam com particulares em negociação, parece possível analisar a estratégia jurídica adotada pelo Supremo sob o prisma econômico. Isso porque, no caso, trata-se de litígio com imensa repercussão econômica, marcado por considerações parcamente jurídicas, em que sobrepuja o interesse de cada ente em maximizar sua riqueza. Assim, especificamente o Teorema de Coase poderia trazer alguma luz ao debate

---

<sup>76</sup> Foram julgados conjuntamente os Mandados de Segurança (MS) 34023, 34110, 34122, respectivamente impetrados pelos Estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Minas Gerais. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF prorroga por 60 dias liminares sobre dívida dos estados (27/04/2016). **Notícias STF**, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=315388>>. Acesso em: 31 ago 2016.

dos custos sociais e externalidades decorrentes da distribuição de bens pelo Judiciário em casos como este.

Em linhas gerais, a tese – a que Stingler nomearia posteriormente de o Teorema de Coase – verifica que, se os custos de transação forem muito baixos, a primeira atribuição de direitos e responsabilidades pela lei provavelmente não afeta significativamente a alocação de recursos. Por custo de transação compreende-se os custos de negociação, acompanhamento, adquirir e tratar informações e implementar a resultante da negociação<sup>77</sup>. Conclui que, considerado um sistema de livre negociação sem custo, a barganha seria o método mais eficiente de alocação de recursos, porque capaz de equilibrar as externalidades<sup>78</sup>. Por oposição, se os custos de transação forem superiores aos ganhos esperados, não há incentivos para negociação, sendo preferível submeter-se à decisão judicial de distribuição.

O teorema de Coase foi cunhado para demonstrar a realidade sob presunções de que não há custos de transação e de que as partes possuem incentivos para negociar. Sua seminal importância para os estudos de *law and economics* não resulta dessa percepção da realidade, mas em como correlaciona a tomada de decisões às transações e ganhos de eficiência. O mérito da apropriação do teorema à atividade jurisdicional decorre em grande parte da atuação da doutrina.

Dentre tantos, convém mencionar uma interpretação interessante trazida por Mercurio e Medema. Os autores defendem que o judiciário antecipe os efeitos que seriam obtidos da negociação, supostamente resultados eficientes, nos casos em que essa negociação não poderia se aperfeiçoar dada a existência de custos de transação. Confira-se:

---

<sup>77</sup> MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to postmodernismo and beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 113-114. Os autores complementam que o custo de transação mais relevante é o de informação, capaz de criar um comportamento estratégico que burla o mecanismo do Teorema de Coase. Lê-se no original: “Costly information and the resulting informational asymmetries give rise to the specter of strategic behavior, which, as many commentator have shown, negates the operation of the theorem’s mechanisms. Thus, a more accurate definition is, ‘transaction costs are the costs of establishing and maintaining property rights’ (Allen 1998, p. 108).”

<sup>78</sup> Coase utiliza um exemplo bastante prosaico. Em uma rua movimentada de Londres, um médico se insurge contra uma pastelaria vizinha cujo maquinário barulhento inviabiliza que exerça a medicina. Sob uma perspectiva econômica, diz, ambos são igualmente culpados e lesados. A queda no valor de produção devido às externalidades seria um custo tanto para a parte que sofre o dano quanto para aquela que deve suportar a sanção por causá-lo, de modo que a mera regulação, tributação ou sanção estatais sem considerar tais custos seria ineficaz. Para solucionar o incômodo, a pastelaria poderia internalizar o custo social de sua produção e oferecer uma quantia que compensasse financeiramente o médico pela externalidade que, no caso, gerou a redução de sua renda. Em sentido diverso, o médico poderia propor à pastelaria que reduzisse sua produção diária mediante uma compensação financeira, que seria inferior aos gastos que o médico teria em se mudar, blindar o consultório ou alugar outro espaço para clinicar. COASE, Ronald. The Problem of Social Costs. **The Journal of Law & Economics**, v. III, p. 1-44, out. 1960.

O teorema de Coase nos diz que as partes negociarão para o resultado eficiente, independentemente de como os direitos são inicialmente atribuídos, se os custos de transação não excluem essa negociação. Este, então, é o resultado que os agentes escolheriam voluntariamente se fossem capazes de fazê-lo. Diante disso, por que razão os juízes não devem ajudá-los a fazê-lo, impondo esse resultado – o resultado eficiente – quando os custos de transação impedem a negociação? Assim, o teorema de Coase – uma descrição puramente positivista da vida em um mundo sem custos de transação – fornece os fundamentos de uma análise econômica do direito normativa [*a normative law and economics*] baseada no critério de eficiência<sup>79</sup>.

A originalidade da tese justifica o destaque, mas a afirmação encontra fundamentos óbicos práticos. Levada ao extremo, a função jurisdicional se transformaria em mera atuação administrativa de homologação de negociações. Além disso, a eficiência não merece ser elevada a valor máximo da atividade jurisdicional, que se inspira em diversos outros preceitos, entre os quais se destacam a justiça distributiva e a segurança jurídica, a depender do caso sob análise. Por fim, a presunção de que as partes saberiam atingir por si um resultado ótimo ou superestima a racionalidade dos agentes, como será visto a seguir, ou transfere aos juízes a avaliação do que seria um resultado ótimo, o que já corresponderia, em última análise, à atividade jurisdicional.

Isso não significa, contudo, que a estratégia não possa inspirar determinados casos excepcionais, notadamente aqueles em que as partes teriam maior expertise técnica e informacional para alcançar uma resposta satisfatória do que os juízes. Nesses casos, contudo, mais do que adjudicar o que presumidamente corresponderia ao resultado eficiente obtido pelas partes, pode o judiciário estimular a solução negocial, reduzindo os custos de transação. Foi o que parece ter sido feito no mandado de segurança em comento.

No caso, o Supremo não estava na melhor condição para promover a distribuição eficiente de bens, porque a controvérsia não seria solucionável diretamente nem pela norma em questão nem por qualquer outra norma jurídica. Além disso, eventual decisão judicial – que equivaleria à “distribuição inicial de bens” – poderia gerar custos de transação muito elevados, como o *noncompliance*, a superação legislativa de jurisprudência por emenda (*override*

---

<sup>79</sup> MERCURO; MEDEMA. Op Cit., p.113. Lê-se no original: “The Coase Theorem tells us that parties will bargain to the efficient outcome regardless of how rights are initially assigned if transaction costs do not preclude said bargaining. This, the, is the outcome that agents would choose voluntarily if they were able to do so. Given this, why should judges not assist them in doing so by imposing that outcome - the efficient outcome - when transaction costs preclude bargaining to it? So, you see, the Coase theorem - a purely positivve depiction of life in a world without transaction costs - provides the underpinnings for a normative law and economics based upon the efficiency criterion”.

*legislative*) ou a falência de entes federativos<sup>80</sup>, de modo que seria menos provável que o caso fosse solucionado de forma eficiente por meio de decisão de (im)procedência. A barganha entre os estados e a União, reduzidas as externalidades, traria menos custos de decisão e de execução.

O caso torna-se ainda mais delicado diante da profunda crise financeira que assola ambos os negociadores, intensificada por pressões políticas e restrições federalistas. A situação financeira caótica incentiva os entes a negociar. É o que James Buchanan chama de o mais básico dos princípios econômicos: “quando ganhos mútuos estão presentes, as partes estarão motivadas a iniciar negociação com o intuito de capturar uma mais-valia potencialmente prevista”<sup>81</sup>.

As tentativas de anular ou impedir essas tratativas quando há reciprocidade de ganhos incentiva evasões custosas. Isso não significa, evidentemente, que o Estado-juiz deva se evadir como forma de viabilizar a plena negociação. Ao contrário, deve o juiz considerar essa “consequência elementar das lições econômicas”<sup>82</sup> para aprimorar a atuação jurisdicional – tal qual no exemplo acima.

No mundo de Coase haveria um sistema de preços sem custo e uma possibilidade infinita de barganha<sup>83</sup>, o que evidentemente não se verifica no cenário apresentado ao Supremo. Talvez Coase tivesse uma visão excessivamente otimista em relação à intenção das partes em negociar. É o que aponta, dentre outros, Robert Cooter, que busca uma alternativa mitigada entre extremos<sup>84</sup>. Para tanto, cunhou o Teorema de Hobbes, diametralmente oposto ao de Coase, segundo o qual as externalidades não serão superadas pela barganha privada a não ser que uma força externa incentive as partes a cooperar. Ambos os teoremas, explica Cooter, são igualmente falsos e responsivos a premissas distorcidas da realidade, que é marcada pela atuação não linear de negociadores nem sempre racionais. Em relação ao Mandado de Segurança 34.023, a análise de Coase parece ter sido mais perspicaz que a de Cooter, embora o Supremo tenha exercido a tal força externa do teorema de Hobbes.

---

<sup>80</sup> Não parece correto afirmar que a solução resulta em menores *custos sociais*, vez que o somatório final de recursos seria o mesmo. Custos sociais diminuem a riqueza da sociedade, enquanto custos privados reordenam essa riqueza. Uma demanda judicial entre entes federativos reorganiza as finanças públicas, mas, via de regra, não afeta o montante total de recursos públicos. Veja-se a respeito POSNER. *El Analisis Económica del Derecho*. p. 30.

<sup>81</sup> BUCHANAN, James. Good Economics. Bad Law. *Virginia Law Review*, v. 60, n. 3, p. 485-486, mar. 1974.

<sup>82</sup> BUCHANAN. Op. Cit., p. 486.

<sup>83</sup> POSNER, Richard. *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

<sup>84</sup> COOTER, Robert. The Cost of Coase. *The Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 1-33, jan. 1982.

Um outro exemplo de diálogo profícuo se verificou na Ação Cível Originária 2931, em que se discutiu a destinação da multa de repatriação ao Fundo de Participação dos Estados. A Lei 13.254/2016 (Lei da Repatriação) foi editada para disciplinar o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT). O montante dos ativos objeto de regularização está sujeito à incidência do Imposto de Renda, cuja arrecadação é compartilhada com Estados e Municípios. Estabelece o artigo 8º da lei que sobre o valor do imposto apurado incidirá multa de 100%.

A controvérsia se relaciona à destinação dessa multa, que corresponderia a pouco mais de quatro bilhões de reais para os estados. Originalmente, o §1º do art. 8º previa expressamente que a multa arrecadada teria a mesma destinação conferida ao imposto “inclusive para compor o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e o Fundo de Participação dos Municípios”. O dispositivo, no entanto, foi vetado pela então presidente da República, “em razão da natureza jurídica da multa devida em decorrência da adesão ao Regime”.

Foram ajuizadas diversas ações no STF sobre o tema. Segundo os estados, qualquer mudança nos critérios de rateio de recursos destinados ao FPE deveria ser feita por meio de lei complementar. Ademais, sustentavam que se trata de multa moratória, sem caráter punitivo, vez que a adesão ao RERCT é facultativa. A ACO 2931 se restringia ao pedido do Estado do Piauí, entretanto a ministra Rosa Weber também era relatora da ACO 2941, apresentada por 11 estados, e de outras três ações que envolvem a Paraíba (ACO 2935), o Acre (ACO 2936) e Sergipe (ACO 2934).

Destacando a singularidade do caso<sup>85</sup>, a ministra Rosa Weber deferiu o pedido de liminar para determinar à União que depositasse, em conta judicial à disposição do juízo, o valor em discussão. Sem definir precisamente a natureza da multa, na decisão, de 10 de novembro de 2016, aduziu-se apenas que “trata-se, a rigor, de uma opção concedida ao contribuinte, descaracterizado o caráter impositivo da incidência de seu regramento, premissa que há de ser considerada com cuidado”. Somadas as decisões proferidas em outras ações, todos os estados e o Distrito Federal obtiveram liminar favorável<sup>86</sup>.

Ao deferir a liminar pleiteada, a ministra não satisfaz definitivamente a pretensão estadual, vez que os valores se mantiveram depositados em juízo, mas sinalizou aos agentes

---

<sup>85</sup> A ministra relatora aduziu em sua decisão que “a discussão, porém, possui aspectos inovadores, diante das circunstâncias especiais em que se encontra proposta. O RERCT é iniciativa pioneira, com contornos jurídicos especiais.”

<sup>86</sup> CONJUR. STF garante a todos os estados depósito em juízo de multa da "repatriação". **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-06/stf-garante-todos-estados-deposito-multa-repatriacao>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

envolvidos um possível desfecho favorável aos autores, além de onerar de imediato os cofres federais. A medida foi suficiente para incentivar as partes a encerrarem uma negociação que se iniciara meses antes. Conforme acordado, a União então repassaria aos estados parte do dinheiro arrecadado com as multas do programa de regularização de ativos no exterior, conforme deferido em liminar, e, em contrapartida, os estados deveriam desistir das ações ajuizadas e comprometer-se a lutar pela implementação do ajuste fiscal, para equilíbrio das contas públicas, apoiar o Governo Federal na Reforma da Previdência, e se empenhar na alteração das regras para aposentadoria com os “mesmos termos” para todos os estados<sup>87</sup>.

Em cumprimento, em 19 de dezembro de 2016, foi editada a Medida Provisória 753, que acrescentou ao artigo 8º da Lei 13.254 um parágrafo com redação idêntica a que havia sido vetada meses antes<sup>88</sup>. A Medida Provisória entrou em vigor na data de sua publicação para o repasse ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e a partir de 30 de dezembro de 2016 para os demais repasses.

Liminares constituem incentivos à negociação, sobretudo quando se trata de entes federativos. Foi assim na dívida dos estados e na multa pela repatriação de ativos. Em ambos os casos, a transferência de custos baseada na estrutura de incentivos se observa por meio das mencionadas *reações antecipadas*, o que reflete o modelo de comportamento estratégico.

De acordo com a doutrina da reação antecipada, atores institucionais procuram olhar à frente para identificar as respostas às suas ações e, assim, avaliam a conveniência de eventualmente alterá-las<sup>89</sup>. No caso do endividamento dos Estados, o custo para a União estava estabelecido pela liminar concedida pelo relator, embora tenha expressamente estimulado a solução negocial. A estratégia não foi declarada pela ministra Rosa Weber, no caso da multa de repatriação, mas a decisão monocrática também nesse caso reduziu os custos de transação da União, ao sinalizar para uma eventual perda.

Como as sinalizações dos atores permitem que os outros atores calculem qual resposta se deve dar a certa situação<sup>90</sup>, ameaças e sutilezas podem ser suficientes para provocar tais

---

<sup>87</sup> CONJUR. Acordo Fechado: Estados receberão valores de multas pagas no programa de "repatriação". **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-nov-23/estados-receberao-valores-multas-pagas-programa-repatriacao>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

<sup>88</sup> “§ 3º A arrecadação decorrente do disposto no caput será destinada na forma prevista no § 1º do art. 6º, inclusive para compor os recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e do Fundo de Participação dos Municípios.” (NR)

<sup>89</sup> FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review, **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, p. 312, 2005.

<sup>90</sup> FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 84 n. 2, p. 316, 2005.

reações antecipadas<sup>91</sup>. Nesses casos, contam com a vantagem de poupar munição e, ainda assim, pôr em xeque outros poderes<sup>92</sup>.

É comum a análise da via inversa, em que outros poderes promovem a reação antecipada dos órgãos *jurisdicionais*, como ocorre na tentativa de correção legislativa de jurisprudência, por meio de propostas de emendas constitucionais<sup>93</sup>. Nesses casos, a doutrina ressalta tratar-se de um artifício proveitoso para reconciliar os valores democráticos com a atuação do Judiciário<sup>94</sup>. No alerta de Louis Fisher, “se o Legislativo vacila em intervir, as políticas públicas desenhadas pelo Judiciário poderiam prevalecer por décadas”<sup>95</sup>. No entanto, como demonstram os casos analisados, a reação antecipada pode bem ser estimulada pelos juízes constitucionais, representando uma estratégia eficiente de transferência de custos e combate à inércia. É como aponta também André Ramos Tavares:

A ameaça de recorrer ao Tribunal Constitucional costuma ser seriamente considerada pelo círculo político na tomada das decisões (LIMBACH, 1999, p. 101-102). Evidentemente que essa situação “força” uma decisão política mais adequada, pelo temor de que se possa, com uma decisão “inadequada” ou “polêmica”, acabar por transferir o poder de governo para o Tribunal Constitucional. O “medo” dessa ocorrência afeta, certamente, a própria decisão a ser adotada, funcionando sempre como “mito” da repreensão do Tribunal Constitucional<sup>96</sup>.

### *Incentivos à atuação do legislador*

<sup>91</sup> BATEUP. Op. Cit., p. 12. Lê-se no original: “Even if these techniques are not used, the Court might nonetheless modify its behavior to avoid a potential attack”.

<sup>92</sup> FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, p. 315, 2005. Lê-se no original: “the doctrine of anticipated reaction holds that the political branches can both keep the powder dry and the judiciary in check”.

<sup>93</sup> FISHER. Op. Cit. Lê-se no original: “Although unsuccessful in every case, these amendments serve the purpose of venting popular and professional resentment toward court decisions and may even temper future rulings”. Tais medidas não vinculantes seriam bem-vistas em face da legitimidade política do Legislativo e do dinamismo inerente à interpretação constitucional, que se verifica nos exemplos de mutação constitucional e mudança da composição da Corte.

<sup>94</sup> FISHER. Op. Cit. Lê-se no original: “Through Court’s continuing colloquy with the political branches and society at large, the judiciary’s search for constitutional principles can be reconciled with democratic values”. Em sentido semelhante, WITHINGTON, Keith. Legislative sanctions and strategic environments of judicial review *apud* BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos de Diálogos Constitucionais nos EUA e no Brasil In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 359.

<sup>95</sup> FISHER. Op. Cit. Lê-se no original: “If Congress fail to act, judicial policy can dictate national policy for decades”.

<sup>96</sup> TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. **Revista de Informação Legislativa**, 2006. p. 42.

A racionalidade limitada talvez explique desvios transacionais entre particulares, mas, no caso de entes públicos, embora tampouco sejam figuras racionais, a racionalidade está comprometida por fatores outros – políticos, estratégicos, fisiológicos ou mesmo conjunturais.

Neste sentido, importante alerta é feito por Susan Rose-Ackerman ao afirmar que qualquer proposta para aprimorar o controle do processo legislativo deve adotar uma perspectiva realista do Congresso, a exemplo de estudos da *public choice*<sup>97</sup> que comprovam que cidadãos têm pouca informação sobre a atuação legislativa e que a reeleição é o objetivo central dos legisladores. A autora critica a tese de que as barganhas no direito público seriam ilimitadas, tais como no direito contratual, com base nos estímulos que os agentes públicos teriam em não ser transparentes e em buscar interesses menos republicanos.

A autora propõe um tratamento para a jurisdição constitucional e o controle judicial do processo legislativo que aprimore a responsividade do Congresso ao público, como crítica à postura atual dos juízes que “muito frequentemente têm assumido que burocracias deveriam agir como tribunais”<sup>98</sup>.

Não se trata da defesa do ceticismo da *public choice*, nem de uma escusa genérica com base na crise de representatividade. Embora essas teses mereçam destaque, apenas justificam o maior protagonismo do Judiciário, que, muitas vezes, também se mostra incapaz de atender a todas as expectativas<sup>99</sup>. A proposta progressista utiliza as críticas da *public choice* para pensar incentivos à atuação legislativa consistente e responsiva por meio do controle judicial. Caberia ao juiz constitucional invalidar normas que, por não serem consistentes interna ou externamente, apenas iludem os eleitores. É o caso da norma que institui amplos benefícios sociais sob uma retórica demagógica, mas não demonstra correlação entre meios e fins ou sequer viabilidade orçamentária.

---

<sup>97</sup> A Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*) corresponde a uma escola da economia que se volta para a ciência política. Originalmente tratando de tributação e despesas públicas, a teoria ganhou especial destaque a partir da obra de James Buchanan, que lhe rendeu o Nobel de Economia, em 1986. Nas palavras do autor, a teoria corresponde a um “caminho através do qual um conjunto romântico e ilusório de noções sobre o funcionamento dos governos e o comportamento das pessoas que governam foi substituído por um conjunto de noções que encarnam maior ceticismo sobre o que os governos podem fazer e o que o governador efetivamente fará, noções que são certamente mais consentâneas com a realidade política que todos nós podemos observar sobre nós” (BUCHANAN, James M. *Politics without romance: A sketch of positive public choice theory and its normative implications. The theory of public choice II*, p. 11-22, 1984, p. 11).

<sup>98</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *Análise Econômica Progressista do Direito – e o Novo Direito Administrativo*. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 250. Lê-se no original: “judges have been reluctant to evaluate the structure of the legislative process and too often have assumed that bureaucracies should act like courts.”

<sup>99</sup> ROSE-ACKERMAN. *Análise Econômica Progressista do Direito*.... p. 249.

Rose-Ackerman considera que a invalidação judicial da norma pode acarretar um “estigma público [que] pode fazer com que tal comportamento se torne menos atrativo politicamente”, invertendo o incentivo político natural que decorreria da postura populista<sup>100</sup>. Por outro lado, critica a pura declaração de inconstitucionalidade conforme ditada pela doutrina da não-delegação, que considera simplista e interventiva<sup>101</sup>. Na defesa desta doutrina, Rehnquist, juiz da Suprema Corte dos EUA, considera que a invalidação da norma forçaria o Legislativo “a reassumir o ônus de assegurar que o próprio Congresso tome as decisões críticas de políticas públicas”<sup>102</sup>.

A proposta progressista de Susan Rose-Ackerman devolve ao Legislativo o custo técnico e político de editar políticas públicas. Como a estratégia se desenvolve sobretudo na análise da constitucionalidade de determinada medida já editada, é razoável concluir que o Judiciário estaria transferindo um ônus que lhe foi atribuído pela propositura da ação de constitucionalidade. Explica-se. Ao editar atos normativos, os poderes públicos deveriam promover uma análise responsável e consistente dos custos e benefícios. Eventualmente não o fazem. Ao julgar a constitucionalidade de um dispositivo instituidor de política pública, cabe ao Judiciário avaliar se a norma pretende atender aos objetivos colimados e se supostamente seria um meio hábil para tanto. Em vez de simplesmente anular a norma ou pressupor que foram oportunamente enfrentadas tais questões tão somente por não haver vício formal, a linha progressista propõe que o Judiciário devolva aos órgãos elaboradores o ônus de responder a tais perguntas. Nas palavras da autora:

O estatuto não se destina a atingir este objetivo por uma invalidação fixa nem por um controle judicial de fundo, mas pelo escrutínio da clareza e coerência lógica dos meios legislativos. Este exercício de supervisão judicial não pede aos tribunais que se envolvam na análise de políticas, mas exige que compreendam e avaliem tais argumentos. Os juízes devem fazer uma série de perguntas sobre o produto legislativo: o ato especifica seus propósitos, e os detalhes estatutários são consistentes com esses propósitos? Os custos de uma política são reconhecidos, e são dadas orientações ao poder executivo sobre como fazer as principais políticas de compensação? As dotações subsequentes são suficientes para cumprir o mandato estatutário?<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> ROSE-ACKERMAN. *Análise Econômica Progressista do Direito*.... p. 254.

<sup>101</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. *Progressive Law and Economics – And the New Administrative Law*. **The Yale Law Journal**, v. 98, p. 366, 1988.

<sup>102</sup> 448 U.S. 607, 678. Ver também voto vencido de Rehnquist em *American Textile*, 452 U.S. 490, 543 *apud* ROSE-ACKERMAN. *Progressive Law and Economics*..., p. 366.

<sup>103</sup> ROSE-ACKERMAN. *Progressive Law and Economics*..., p. 367. Lê-se no original: “The statute is designed to achieve this goal neither by flat invalidation nor by judicial scrutiny of substance, but by scrutiny of the clarity

A proposta progressista é bastante original e representa bem como o diálogo institucional pode ser estimulado pela jurisdição constitucional. A necessidade de incentivar respostas consistentes econômica e politicamente nos agentes públicos também se coaduna com as medidas de austeridade propostas em tempos de crise.

Imagine-se, por exemplo, uma proposta legislativa de redução de vencimentos de servidores públicos ou de excepcionalização da Lei de Responsabilidade Fiscal que não previsse medidas de compensação, um cronograma de reversão, nem mesmo a adoção de outras medidas prévias menos onerosas. A simples invalidação da norma por inconstitucionalidade, em um contexto de extrema escassez de recursos, poderia transferir ao Judiciário o ônus político do qual o Legislativo não se desincumbiu. Nesses casos, evocar respostas dos entes envolvidos pode ser uma estratégia, senão eficaz, ao menos pragmática de distribuição de custos<sup>104</sup>.

Um instrumento capaz, em tese, de criar incentivos para a atuação do legislador é a instituição de prazo. Assim como utilizada no caso do endividamento dos estados para estimular a solução negociada, a técnica é muito utilizada para reforçar o apelo ao legislador em casos de omissões inconstitucionais. No entanto, nesses casos, há uma duvidável eficácia. Não são poucos os exemplos em que, transcorrido *in albis* o prazo estipulado, o ente permanece inerte.

Uma alternativa para contornar essa fraqueza consiste em antecipar as consequências de eventual não purgação da mora – em termo vulgar: “sob pena de”. Dessa forma, uma vez mais, é a doutrina das reações antecipadas que atribui o badalo ao sino<sup>105</sup>. No Brasil, a cominação de

---

and logical consistency of legislative means-end language. This exercise in judicial oversight does not ask courts to engage in policy analysis, but it does require them to understand and evaluate such arguments. Judges should ask a series of questions of the legislative product: Does the act clearly state its purposes, and are the statutory details consistent with these purposes? Are the costs of a policy recognized, and is the executive branch given guidance about how to make the major policy tradeoffs? Are subsequent appropriations sufficient to carry out the statutory mandate?”.

<sup>104</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. Judicial Review and the Power of the Purse. **International Review of Law and Economics**, v. 12, n. 2, p. 191-208, 1992. p.192. Ao final, contudo, caso o legislador permaneça inerte, o juiz acabaria invalidando a norma. Lê-se no original: “The judiciary should flag instances of obvious underfunding, give Congress time to respond, and, if it does not, give *de jure* status to Congress's *de facto* repeal of the underfunded provisions. (...) Congress can refute this presumption by subsequent action, but if it fails to act, the judgment of repeal would stand.”

<sup>105</sup> A metáfora do “sino sem badalo” foi cunhada por Barbosa Moreira especificamente em relação à baixa efetividade do mandado de injunção: “[c]onceber o mandado de injunção como simples meio de apurar a inexistência da ‘norma regulamentadora’ e comunicá-la ao órgão competente para a edição (o qual, diga-se entre parênteses, presumivelmente conhece mais do que ninguém suas próprias omissões...) é reduzir a inovação a um sino sem badalo”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. S.O.S. para o mandado de injunção. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro. 11/09/90 *apud* BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção-Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**, n. 191. 1993, p. 1-13).

prazo assumiu um viés mais profícuo quando o Supremo Tribunal Federal passou a assumir uma atuação concretista. Essa postura, por meio da qual ele mesmo define as regras do jogo, também incentiva o agir do Poder Legislativo e do Poder Executivo quando descontentes com a solução jurisdicional.

A recalitrância dos poderes políticos em editar normas em cumprimento de determinação judicial ensejou a releitura do instituto do mandado de injunção, em prol de um diálogo mais direto entre o juiz constitucional e o Poder Legislativo, tendo em vista que “conferir ao mandado de injunção o perfil normativo-concretizador, como faz o STF, importa, em boa medida, atribuir ao Judiciário uma atividade tipicamente legislativa”<sup>106</sup>.

A mudança se iniciou com os julgamentos dos Mandados de Injunção 283 e 284<sup>107</sup>, em que, diante da omissão legislativa em regulamentar o disposto no art. 8º, §3º, do ADCT, mesmo após o decurso do prazo estabelecido judicialmente para purgação da mora, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os cidadãos afetados por atos do Ministério da Aeronáutica teriam seu direito à reparação econômica transmutado em perdas e danos<sup>108</sup>.

Na mesma época, por ocasião do julgamento do MI nº 2321/RJ, ficou decidido que, caso não editada a lei de regulamentação do benefício fiscal conferido a entidades de assistência social, nos termos do art. 195, §7º, da Constituição, seria conferida automaticamente a imunidade à parte<sup>109</sup>.

A máxima eficácia do instrumento mandamental se completou a partir de 2007, quando os mandados de injunção coletivos impetrados em nome do direito de greve de servidores públicos foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal (MI 712, 620, 708). A dita “virada jurisprudencial” ilustra a possibilidade de abertura do processo constitucional para alternativas mais profícuas, sobretudo diante de hipóteses em que os demais poderes beneficiam-se diretamente de sua inércia.

---

<sup>106</sup> ZAVASCKI, Teori. Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009 In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Orgs.). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96-100.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* nº 283/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 20 mar. 1991, publicação em 14 nov. 1991; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* nº 284, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, julgado em 22 nov. 1992, publicação em 26 jun. 1992.

<sup>108</sup> VORONOFF, Alice. Ativismo judicial e democracia – Por uma teoria eclética do mandado de Injunção In: **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP** Belo Horizonte, ano 10, n. 37, abr/jun 2012.

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* nº 232/RJ, Tribunal Pleno, Relator Min. Moreira Alves, julgado em 02 de ago. 1991, DJ 27 mai. 1992.

Nem só de mandado de injunção vive a atuação concretista. Uma tentativa de criação de incentivos ao Legislador foi proposta pelo Ministro Luiz Fux no julgamento do RE 565.089, acima mencionado, em que se discute o direito à indenização de servidores públicos diante da inércia do legislador em, anualmente, realizar a revisão geral prevista no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal. À ocasião, defendeu que a fixação pelo Supremo de um elevado índice de revisão, como o inflacionário, provocaria a reação do Legislativo, que assim se apressaria a suprir sua omissão. Quanto mais desproporcional ou lesivo aos cofres públicos fosse o índice, maior o incentivo ao legislador.

Ao impor uma solução bastante onerosa em um contexto sensível, a estratégia subestima as repercussões econômicas do caso, que, por sua dificuldade, continua pendente. Apesar disso, a medida seria provavelmente profícua – diferentemente do mero apelo ao legislador – e, ao pretender reestabelecer um equilíbrio entre os poderes, representa uma aplicação prática de uma abordagem de escolhas racionais (*rational choice approach*). Explica-se.

Em breve síntese, a teoria da escolha racional prega que as ações são essencialmente racionais e que as pessoas calculam os custos e benefícios prováveis de qualquer ação antes de decidir o que fazer. A teoria também se aplica a instituições. Assim, por exemplo, estudos indicam que “o Congresso não apoiará uma imposição generalizada de testes de custo-benefício, a menos que suas próprias preferências estejam muito longe das do executivo e próximas das conclusões do teste de custo-benefício”<sup>110</sup>.

Por sua vez, aplicada no comportamento judicial de cortes constitucionais, a teoria das escolhas racionais compreende tanto um campo interno, focado nas interações entre juízes, quanto um campo externo, focado nos constrangimentos impostos por atores políticos. No campo interno, confunde-se com os modelos atitudinal e estratégico, mas no externo possuem grande valia para a jurisprudência da crise, ao propor que o Judiciário, consciente das escolhas racionais que recaem sobre os demais atores políticos, crie incentivos para alinhar suas escolhas ao provimento jurisdicional.

O modelo da escolha racional explica as interações entre os atores envolvidos nas tomadas de decisão por meio da *análise de equilíbrio*, que tem sido pouco usada nos estudos

---

<sup>110</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. The Regulatory State. In **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law** Edited by Michel Rosenfeld e András Sajó, 2012, p. 604. Lê-se no original: “legislative studies suggests that Congress will not support a generalized imposition of cost–benefit tests unless their own preferences are very far from those of the executive and close to the conclusions of the cost–benefit test”.

sobre atividade jurisdicional<sup>111</sup>. A essência da teoria se baseia em dois pontos: (i) atores são capazes de ordenar seus objetivos, valores, gostos e estratégias alternativos, o que significa que a relação de preferência e indiferença entre as alternativas é transitiva; e (ii) atores escolhem entre as alternativas válidas para maximizar sua satisfação, sempre que dispõem de informações suficientes<sup>112</sup>.

Maximizar uma decisão requer previsão racional, ou seja, considerações sobre as consequências de uma decisão. Isso pode implicar a adoção de medidas que vão contra sua preferência sincera, mas que trazem melhores resultados em determinado caso (*second best*). O objetivo é encontrar o equilíbrio: um resultado no equilíbrio é um resultado estável, o qual ninguém terá incentivos para se afastar unilateralmente<sup>113</sup>.

A teoria admite diversas críticas, como a de que o modelo não poderia ser falseado (sempre haveria objetivos capazes de explicar um determinado comportamento, nem que fosse a falta de informação); a de que qualquer objetivo poderia ser considerado legítimo, o que se refuta tendo em vista que se trata de um instrumento; a de que não há um interesse de grupo, já que cada indivíduo é responsável por suas escolhas racionais; e a de que os agentes públicos teriam racionalidade limitada. Esta última merece mais cuidado, sobretudo diante da teoria das escolhas públicas. Parece razoável afirmar que o agente público, o empresário e o indivíduo possuem racionalidades distintas.

No caso da revisão anual de servidores públicos, sair da inércia somente se traduziria em uma escolha racional para os legisladores se o produto da atividade legislativa a ser empreendida pudesse ser igual ou melhor do que a alternativa desconfortável determinada provisoriamente por decisão judicial, sob a perspectiva dos congressistas. Uma alternativa melhor para o Judiciário poderia ser decidir o caso concreto por meio de uma superproteção do direito constitucional, de modo que as alternativas do Legislador – manter-se inerte, cancelar

---

<sup>111</sup> Há muitas formas de equilíbrio, sendo o Equilíbrio de Nash um dos mais amplamente difundidos. Corresponde à melhor resposta ante a resposta de outro ator, ainda que não se trate da melhor em termos absolutos. O equilíbrio de Nash é alcançado quando, independentemente das escolhas do outro, o agente encontra a escolha que corresponde à melhor para si.

<sup>112</sup> SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 86-114.

<sup>113</sup> O equilíbrio, que decorre da prova lógica, poderia ser resumido na seguinte frase: “Se o contexto institucional de uma escolha é ... e se as preferências das pessoas são ... Então as únicas opções e resultados que podem resistir são ...” (Peter C. Ordeshook. **Game Theory and Political Theory**. New York: Cambridge University Press, 1986, p. xii *apud* SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 98.

o índice, estabelecer um índice menos protetivo – não comprometeriam a escolha do intérprete. Em último caso, a norma insuficientemente protetiva seria preferível à omissão e poderia ser declarada inconstitucional.

O raciocínio econômico é bastante persuasivo, mas oculta o risco expressivo de os agentes pouco racionais perpetuarem uma situação economicamente insustentável, além de o custo de erro recair sobre o Judiciário.

### *Transferência dos custos ao expert*

Uma outra estratégia possível consiste em a corte constitucional criar incentivos para a atuação dos agentes legislativos que se beneficiam diretamente de sua mora por meio da fixação de prazos e soluções sem, contudo, assumir ela mesma o custo de erro.

Nessa hipótese, a corte pode transferir para um outro órgão, dotado de maior expertise técnica o estabelecimento de parâmetros ou a definição concreta em caso de renitente inércia. Por meio da estrutura de incentivos, a corte constitucional agirá estrategicamente, de modo a contornar os vícios apontados pela *public choice* e transferir os custos de decisão e, conseqüentemente, de erro.

Foi o que se verificou recentemente na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25, de relatoria do ministro Gilmar Mendes<sup>114</sup>. A Emenda Constitucional 42/03 criou a isenção de ICMS sobre as exportações de produtos primários e semielaborados, mas estabeleceu, em contrapartida, que os estados e o Distrito Federal seriam compensados dessa renúncia fiscal, conforme critérios, prazos e condições na forma a serem estabelecidos em lei complementar<sup>115</sup>. A ADO trata da mora do Legislativo em editar essa lei complementar.

---

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão* nº 25, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30 nov. 2016.

<sup>115</sup> “Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a.

§ 1º Do montante de recursos que cabe a cada Estado, setenta e cinco por cento pertencem ao próprio Estado, e vinte e cinco por cento, aos seus Municípios, distribuídos segundo os critérios a que se refere o art. 158, parágrafo único, da Constituição.

§ 2º A entrega de recursos prevista neste artigo perdurará, conforme definido em lei complementar, até que o imposto a que se refere o art. 155, II, tenha o produto de sua arrecadação destinado predominantemente, em proporção não inferior a oitenta por cento, ao Estado onde ocorrer o consumo das mercadorias, bens ou serviços.

§ 3º Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o *caput*, em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei

A mora, que já se estende por 13 anos, provoca uma deturpação no sistema de repartição de receitas e nas relações federativas, enfraquecendo os estados e o Distrito Federal. Segundo o ministro Celso de Mello, as competências constitucionais desses entes federados ficam esvaziadas pela falta de condições materiais necessárias para que sejam exercidas.

O Plenário, então, fixou prazo de 12 meses para que o Congresso Nacional edite lei complementar, *sob pena de* a fixação recair sob o Tribunal de Contas da União. Nos termos do referido acórdão:

[N]a hipótese de transcorrer *in albis* o mencionado prazo, o Tribunal, por maioria, deliberou que caberá ao Tribunal de Contas da União: a) fixar o valor do montante total a ser transferido aos Estados-membros e ao DF, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT para fixação do montante a ser transferido anualmente, (...); b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ<sup>116</sup>.

A inovação não está na fixação de prazo, nem na antecipação da solução jurisdicional atribuída, mas na transferência dos custos de decisão e de erro para órgão não jurisdicional. Note-se que o Supremo Tribunal Federal não se furtou à atividade judicante, mas apenas se desincumbiu do ônus de fixar parâmetros técnicos, para o qual talvez lhe faltasse capacidade institucional. Ainda assim, ressaltou que o órgão técnico deveria valer-se critérios definidos pelo constituinte e respeitar a negociação havida entre os entes federados.

De acordo com o voto do ministro relator, o Tribunal de Contas da União é “o órgão mais habilitado, do ponto de vista técnico e institucional, a cumprir o encargo que ora se define”, tendo em vista outras funções análogas que lhe foram atribuídas pelo constituinte e pelo legislador, tais como o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação e o cálculo da participação de cada ente na repartição da receita tributária do IPI-Exportação. No entanto, a atribuição conferida ao TCU por essa técnica de decisão, ressalta o relator, é precária e excepcional.

---

Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002.

§ 4º Os Estados e o Distrito Federal deverão apresentar à União, nos termos das instruções baixadas pelo Ministério da Fazenda, as informações relativas ao imposto de que trata o art. 155, II, declaradas pelos contribuintes que realizarem operações ou prestações com destino ao exterior.”

<sup>116</sup> A transferência para órgãos técnicos do ônus de se estabelecer regras de transição gerou divergência no Plenário. Manifestaram-se contrariamente o ministro Teori Zavascki e ministra Carmen Lucia, que sinalizou que haveria outros instrumentos que podem ser acionados para obrigar o cumprimento da decisão.

### 1.3. A manipulação retórica do consequencialismo malandro: criptopragmatismo

Há outros casos também em que a abordagem não é claramente perceptível. Trata-se, então, daqueles em que se prestigia um pragmatismo dissimulado que independe da argumentação que salta aos olhos. Os tribunais constitucionais, nesses casos, estipulam um plano de voo e criam estratégias argumentativas para justificá-lo.

Não se trata, importante distinguir, da confiança de muitos juízes de que primeiro se define qual seria a resposta mais justa, para então se buscar fundamentos legitimadores. Sem questionar a plausibilidade de este método ser utilizado com frequência, discute-se, presentemente, uma atuação coletiva da corte, uma estratégia comum, ainda que muitas vezes não tenha sido apalavrada.

Como destaca Posner, é frequente a adoção dessa adjudicação pragmática não-dita em casos de graves crises políticas<sup>117</sup>, e de “emergências nacionais”, como grandes depressões econômicas e guerras<sup>118</sup>. Sobre essa última hipótese, desenvolveu as seguintes reflexões em obra própria, a partir do atentado de 11 de setembro de 2001:

Direitos constitucionais são em grande parte criados pelo Supremo Tribunal, por interpretação solta do texto constitucional. Criado como eles são, em resposta às necessidades sentidas e condições do tempo, eles podem ser e são frequentemente modificados pelo Tribunal em resposta a mudanças nessas necessidades e condições. Um direito constitucional deve ser modificado quando as circunstâncias alteradas indicam que o direito já não atinge um equilíbrio sensato entre valores constitucionais concorrentes, como liberdade pessoal e segurança pública. Uma emergência nacional, tal como uma guerra, cria um desequilíbrio no sistema existente de constitucionalismo dos direitos constitucionais). As preocupações com a segurança pública possuem um peso maior do que antes. As cortes respondem ajustando a balança, reduzindo as liberdades civis tendo em vista que os pesos relativos dos interesses concorrentes mudaram em favor da segurança. Essa é a resposta pragmática, e o pragmatismo é uma característica dominante não só da cultura americana em geral, mas também da cultura judiciária americana<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. O autor desenvolve o argumento a partir do caso Bush versus Gore, em que a Suprema Corte interrompeu a recontagem de votos, visando a consequência de estabilização social e manutenção do *status quo*. A análise é muito rica e merece a leitura.

<sup>118</sup> POSNER, Richard A. **Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency**. Oxford: Oxford University Press, 2006. Na obra, o autor aborda as flexibilizações necessárias para conter o terrorismo.

<sup>119</sup> POSNER, **Not a Suicide Pact...**, p. 147.

Esse criptopragmatismo pode ocorrer de diversas formas. É o que os tribunais constitucionais fazem ao definir o valor que orienta a hierarquização das consequências, reajustando a balança para que a ponderação o prestigie, como visto nas palavras de Posner. Também é criptopragmática a estratégia de redesenhar o contorno de institutos e normas jurídicos, a fim de que passem a atingir os resultados pretendidos. As duas hipóteses serão analisadas em ordem.

### *O plano de voo*

Um certo pragmatismo de resultados políticos parece inspirar a agenda recente do Supremo. Há quem especule tratar-se de um compromisso pela governabilidade, reduzindo por via judicial o ônus político de se sanear as contas públicas. É que assim se transfere a dificuldade majoritária de reformas impopulares ao Supremo Tribunal Federal. A pauta estrategicamente omissa do alguns anos teria sido substituída pela pauta governista atual. Como aponta Felipe Recondo: “o STF, que via de regra agiu como uma Corte em prol da governabilidade – mas o fazia *a posteriori*, depois das reações às políticas do Executivo –, agiu neste mês como um precursor”<sup>120</sup>.

Na pauta do Congresso estão importantes – e impopulares – medidas de austeridade, alegadamente necessárias para combater os efeitos da crise e retomar o desenvolvimento econômico. O consequencialismo do Supremo vai além do caso concreto, atentando para os efeitos sistêmicos de suas decisões, em linha com a doutrina das reações antecipadas, vista acima, por meio da qual se sinaliza positivamente aos demais poderes para eventuais reformas legislativas. Visa-se garantir a ordem do jogo – não necessariamente as regras<sup>121</sup>.

Não é só o compromisso com a governabilidade que faz a pauta e a jurisprudência da crise no Brasil, mas também o intuito velado de sanear as contas públicas. A pauta recente do Supremo Tribunal Federal é, em larga medida, ocupada por assuntos relacionados a tributos,

---

<sup>120</sup> RECONDO, Felipe. Supremo e a vanguarda governista (28/10/2016). *Jota*, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/supremo-vanguarda-governista-28102016>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

<sup>121</sup> Talvez por essa razão seja possível imaginar como estratégico blindar os atores políticos necessários para os próximos passos, o que denota a inconveniência de se afastar o presidente do Senado Federal, a despeito de responder a inquérito penal, e o presidente da República, a despeito de compor a chapa eleitoral da presidente afastada, assim como o foi interromper a recontagem dos votos nas eleições presidenciais norte-americanas de 2000. Para uma análise crítica da atuação da Suprema Corte no caso Bush e Al Gore, ver POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia**..., p. 251-173.

previdência social e servidor público. O ponto em comum é que esses mesmos temas, que há anos orbitam entre aqueles que mais tempo gastam no pedido de vista, na liberação de pauta ou em julgamentos *sine die*, hoje mantêm-se constantemente na pauta do dia<sup>122</sup>.

Há várias possíveis razões para não se assumir o plano de voo. Admitir seria assumir que se arca com o ônus político, que deveria recair sobre os poderes eleitos. Há também o ônus social, vez que os ministros se mostram bastante responsivos à opinião pública.

### *Redesenho de institutos jurídicos*

Sem que seja sequer necessário abordar qualquer argumento econômico, a jurisdição constitucional se sensibiliza ao contexto de crise, promovendo uma releitura de institutos jurídicos já consagrados. A jurisprudência da crise resulta, assim, da maleabilidade dos conceitos, que permite sua adequação à fundamentação de decisões pragmaticamente aspiradas pela corte. Por ser velada e sutil, a estratégia dificilmente é identificada.

É o que Luis Fernando Schuartz convencionou chamar de *consequencialismo malandro*, embora a expressão não se pretenda pejorativa. Na classificação que desenvolve, as decisões consequencialistas se verificam de três tipos: festivo, militante e malandro. Subespécies do gênero consequencialismo jurídico, os três tipos se afastam do resultado que decorreria da mera subsunção do direito positivo.

Enquanto o festivo baseia-se em “apropriação superficial e seletiva da literatura norte-americana de análise econômica do direito”<sup>123</sup>, o militante se destaca pela “reverência nominal à Constituição, articulada em um discurso que combina, retoricamente, respeito à tradição e sua adaptação às necessidades do momento”<sup>124</sup> e o malandro pela “desconstrução e a

---

<sup>122</sup> ALVES, Raquel de Andrade Vieira e ARABI, Abhner Youssif Mota. O mês tributário no STF: os temas tributários tratados pelo Supremo durante o mês de outubro. **Jota** 07 de novembro de 2016 Disponível em <<http://jota.info/artigos/o-mes-tributario-no-stf-07112016>> Acesso: 30 jan 2017. Os autores destacam: “Desde que assumiu o cargo, em 12/09/16, várias têm sido as reuniões oficiais promovidas pela Ministra, sendo a primeira delas realizada com os Governadores dos Estados brasileiros, já no dia seguinte ao de sua posse. Nesse período, a Presidente do STF, que por mais de 20 anos já foi Procuradora de Estado, também se reuniu com outras autoridades fazendárias, como o próprio Ministro da Fazenda, Henrique Meirelles, o que parece se justificar em razão do contexto de crise econômica e da tentativa de promoção de reajuste fiscal e reforma tributária em nosso país. Sendo esses ou não os motivos, o fato é que a pauta do STF durante o mês de outubro ficou fortemente marcada pela alta concentração de matérias tributárias no Tribunal Pleno”.

<sup>123</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, p. 152, 2008.

<sup>124</sup> SCHUARTZ. Op. Cit., p. 153.

reconfiguração dos elementos da argumentação na forma requerida para a fundamentação dogmática da decisão buscada”<sup>125</sup>.

A aplicação das teses mitigadoras surgidas no Direito Constitucional para conter os avanços do Estado Social – como reserva do possível, mínimo existencial, ponderação de princípios e vedação ao retrocesso social – pode corresponder, por vezes, ao consequencialismo *militante*. Isso porque, por meio desses recursos, os tribunais baseiam suas posições em normas já consagradas e formas tradicionais de interpretação do direito, sem mencionar teoria e métodos científicos. São uma espécie de consequencialismo que tem sido bastante frequente no Brasil, que no *oba-oba* do neoconstitucionalismo, prestigia princípios de aplicação opaca ainda que em detrimento de regras ou sem a devida fundamentação<sup>126</sup>.

Todavia, não se pretende discorrer sobre tais teses jurídicas mitigadoras da proteção irrestrita de direitos fundamentais. Esses temas já foram bastante debatidos, sendo muitas as obras que se dedicam exclusivamente a seu estudo. A proposta é analisar como a jurisprudência tem se valido *contextualmente* de tais teses para não enfrentar diretamente o problema da escassez na alocação de recursos.

Trata-se, então, da espécie mais sofisticada de consequencialismo jurídico, a malandra. Como dito, a malandragem consiste em se valer de institutos maleáveis e de baixa densidade normativa, para que, pela flexibilização de seu conteúdo e alcance, em tempos de crise, sirvam de fundamentação para qualquer decisão alocativa de recurso. A sofisticação dificulta a identificação do argumento e, conseqüentemente, o controle do resultado obtido. Nas palavras de Schuartz:

[N]a malandragem, cada nova criação passa pela reordenação intelectual de todos os elementos necessários para possibilitar encaixes sem maiores atritos, incluindo a interpretação de normas gerais e precedentes direta e indiretamente aplicáveis, e a compreensão do sentido de antigas categorias dogmáticas<sup>127</sup>.

O consequencialismo malandro, considerado pelo autor “a legalização silenciosa de um estado de exceção”, possui algumas características próprias. Destacam-se o caráter inovador da

---

<sup>125</sup> SCHUARTZ. Op. Cit., p. 155-156.

<sup>126</sup> Sobre o tema, vide SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113-156.

<sup>127</sup> SCHUARTZ. Op. Cit., p. 156.

solução apresentada, a utilização da dogmática jurídica e a pretensão de generalidade, de modo a acrescer ao ordenamento novas concepções aplicáveis a outros casos.

Diferentemente da adjudicação pragmática, o criptopragmatismo não justifica as decisões em análises prognósticas, que poderiam ter suas balizas metodológicas ou científicas questionadas ou que assumidamente impõem uma ruptura do presente em nome do futuro. A malandragem consiste na deferência à dogmática jurídica, de modo a construir uma solução aparentemente decorrente do arsenal já disponível no presente, ainda que eventualmente haja referências expressas à repercussão econômica da decisão. O pragmatismo se encontra oculto.

No caso da jurisprudência da crise, o criptopragmatismo se verifica de diversos modos. Neste tópico, serão exemplificados os redimensionamentos estratégicos do núcleo essencial dos direitos constitucionais, de princípios constitucionais e de teses jurídicas – como o mínimo existencial.

Pela redefinição do núcleo essencial dos direitos, a que se assegura a máxima proteção, sejam princípios sejam regras, os juízes constitucionais adequam as normas à realidade de escassez, sem que precisem expressamente reconhecer a excepcionalidade da crise ou a preocupação com os reflexos econômicos.

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e demais direitos constitucionais, prevista no artigo 5º, §1º, da CF/88, desafia a doutrina a delimitar seu alcance, “diante de certas barreiras que impedem se possa acolher de forma absoluta a solução proposta”<sup>128</sup>. Enquanto alguns sustentam a inutilidade do dispositivo diante da força normativa da Constituição, outros lhe atribuem conteúdo principiológico, cuja extensão dependerá do exame do caso concreto<sup>129</sup>.

A jusfundamentalidade dos direitos constitucionais constitui a primeira válvula de escape a admitir a flexibilização em contextos de crise. A estratégia consiste em realizar uma releitura do direito de modo que, rebaixado, deixe de merecer a tutela prestigiosa dos direitos fundamentais.

Foi o que parece ter ocorrido no Acórdão 396/2011, em que o Tribunal Constitucional Português chancelou a redução da remuneração de servidores públicos, instituída por Lei

---

<sup>128</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 269. O autor cita os limites da reserva do possível, a falta de qualificação e legitimação dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos e a colisão de direitos.

<sup>129</sup> Para análise minuciosa das correntes sobre o assunto, vide SARLET. **A Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 261-274.

Orçamentária. Como antes mencionado, os Requerentes, membros do Parlamento, suscitaram a inconstitucionalidade com base na violação à irredutibilidade salarial, dentre outros argumentos. Embora esse direito tenha previsão infraconstitucional, a Constituição Portuguesa admite, em seu artigo 16º, nº 1, que pode haver direitos fundamentais fora do texto constitucional. A Corte, no entanto, afastou o enquadramento com base em critérios materiais que correspondam à jusfundamentalidade dos direitos, que identificou como que “seja uma exigência da dignidade da pessoa humana ou que se imponha como um bem primário ou essencial”.

Concluiu, então, que apenas o “direito à retribuição” teria natureza de direito fundamental, possuindo natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Acrescentou, ainda, o “direito a um concreto montante dessa retribuição, irredutível por lei, sejam quais forem as circunstâncias e as variáveis económico-financeiras que concretamente o condicionam” não poderia ser considerado uma garantia contida no âmbito de proteção do direito à retribuição do trabalho.

Outra estratégia consiste em, reconhecendo se tratar de um direito fundamental, redimensionar seu conteúdo. No ordenamento brasileiro, deve o poder público, por meio de suas políticas, reconhecer a *maior eficácia possível* aos direitos fundamentais. Essa expressão admite uma releitura *contextualizada* de direitos fundamentais. A maior eficácia possível se traduz em “menor eficácia aceitável” e o conceito de aceitável se adequa à vontade do intérprete.

A máxima eficácia, então, pode, “caso tratad[a] equivocadamente, contribuir apenas para a justificação mais técnica e elaborada de decisões que neguem eficácia às normas de direito fundamental”<sup>130</sup>. O alerta parece encontrar respaldo em alguns precedentes aqui e alhures.

Nos anos 30, a Argentina, assim como diversos outros países, sofria os efeitos da grave crise financeira mundial. Ao julgar o caso *Avico c. de la Pesa*<sup>131</sup>, em 1934, a Suprema Corte apreciou a constitucionalidade da Lei 11.471/33, que impunha uma moratória de três anos para pagamento e execução de dívidas garantidas por hipotecas, moratória de seis meses para a cobrança de juros e limitava a taxa de juros em 6% ao ano, durante a vigência da norma.

---

<sup>130</sup> MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001 p. 69 *apud* SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**..., p. 273.

<sup>131</sup> CSJN, 7/12/1934, “Avico, Oscar Agustín c. de la Pesa, Saúl C. / recurso extraordinario” *Fallos* (1935-172-21).

Com base em precedentes semelhantes dos EUA<sup>132</sup>, a Corte considerou constitucional a medida, fundamentando a decisão no contexto emergencial, na proporcionalidade entre a emergência e as medidas adotadas, na legalidade da norma que limitava, na temporariedade da medida e – destaque-se – na extensão dos direitos de propriedade<sup>133</sup>. Com isso mudou sua jurisprudência sobre questões emergenciais<sup>134</sup>.

À ocasião, a Suprema Corte entendeu que a lei não violava o direito de propriedade, que, por não ser absoluto, admitia regulamentação por lei que lhe limitasse uso e gozo. Confirmando a fundamentação do acórdão argentino: “Tudo depende do critério que se adote acerca do direito de propriedade e das leis que, sem alterar ese direito do proprietário, limitem-se, como as leis 11.157 e 11.741, a regular seu uso e gozo”. A Suprema Corte esclareceu, que diante de doutrinas conflitantes, adotou-se a mais ampla, “porque é a que está mais de acordo com nossa Constituição, que não admite direitos absolutos de propriedade, nem de liberdade, senão limitados pelas leis regulamentadoras, na forma e extensão que o Congresso (...) considere conveniente, a fim de assegurar o bem-estar geral”<sup>135</sup>.

Longe de qualquer apologia às razões de decidir ou mesmo ao desfecho do caso, pretende-se apenas demonstrar que a redução do âmbito de proteção do direito de propriedade, sem sequer amparar-se em colisão com outro princípio, é exemplo de flexibilização de normas e institutos em prol de uma aplicação contextual.

---

<sup>132</sup> Destaque-se o *Home Building & Loan Association v. Blaisdell* 290 U.S. 398 (1934). A deferência à jurisprudência norte-americana é impressionante. No acórdão do caso *Avico*, a Suprema Corte da Argentina aduz: “nossa constituição, ao adotar em grande parte os princípios da Constituição dos Estados Unidos da América, nos deu, entre outras, a imensa vantagem de nos proporcionar a interpretação sábia de sua corte suprema relativa aos princípios que incorporáramos” (p. 40-41). Sobre o “transplante constitucional”, vide também comentário crítico de Horacio Spector: SPECTOR, Horacio. Constitutional Transplants and the Mutation Effect, *Chicago-Kent Law Review*, v. 83, n. 1, p. 129-135, 2008.

<sup>133</sup> Parecer do Procuración General de la Nación [Op. of the Nat’l Att’y Gen. Office], “*Avico*, Oscar Agustín c. de la Pesa, Saúl C. / recurso extraordinario,” 6/9/1934, Fallos (1935).

<sup>134</sup> ROSENKRANTZ, Carlos. Constitutional Emergencies in Argentina: The Romans (not the Judges) Have the Solution, *Texas Law Review*, v. 89, p. 1563, 2011.

<sup>135</sup> *Avico*, Fallos (1935). p. 68-69. Lê-se no original: “Todo depende del criterio que se sostenga acerca del derecho de propiedad y de las leyes que, sin alterar ese derecho del propietario, se limiten, como las leyes 11.157 y 11.741, a regular su uso y goce” e “De las doctrinas contrapuestas antes referidas, aceptamos la más amplia, porque ella es la que más de acuerdo con nuestra Constitución, que no ha reconocido derechos absolutos de propiedad, ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa (art.14, 28 y 67 de la Constitución) lo estime conveniente, a fin de asegurar el bienestar general”

Até mesmo o princípio de vedação ao retrocesso foi objeto de redimensionamento em contextos de crise. Tal princípio, também chamado de eficácia vedativa do retrocesso<sup>136</sup>, determina que, uma vez editada uma norma infraconstitucional regulamentadora de direito fundamental, o legislador não poderia alterá-la para reduzir o âmbito de proteção do direito sem que haja alguma medida compensatória ou alternativa.

Segundo os defensores desse princípio, entendimento diverso permitiria que o legislador ordinário esvaziasse o preceito constitucional ao destituí-lo de eficácia. A atribuição desse e de outros princípios constitucionais, afirma Luís Roberto Barroso, “tem contribuído decisivamente para a construção de sua normatividade”<sup>137</sup>. A afirmação é polêmica. Enquanto alguns afirmam que o princípio não precisaria existir<sup>138</sup>, sendo substituível sem prejuízo pela proporcionalidade ou núcleo essencial, é possível supor que ele sequer existe, dada a maleabilidade frente a outras normas colidentes, sobretudo em contexto de crise, quando sua aplicação se faria necessária.

Em reforço a essa última crítica, pode-se mencionar o caso dos *Cinco Pensionistas*, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos redimensionou o escopo do princípio. A fim de adequá-lo às restrições econômicas do contexto, a corte acabou esvaziando o instituto<sup>139</sup>.

Tratava-se de uma demanda interposta pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em face do Peru, em que se discutiu a convencionalidade da modificação no regime previdenciário de cinco réus, frente aos artigos que tratavam de direito de propriedade, inafastabilidade do controle jurisdicional e desenvolvimento progressivo. Este último ponto (*desarrollo progresivo*) encontra amparo no artigo 26 da Convenção Interamericana, segundo

---

<sup>136</sup> Na definição de J. J. Gomes Canotilho, o princípio implica que “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (...) deve ser constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial”. CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p. 397.

<sup>137</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 173.

<sup>138</sup> FORTES, Mateus. **Desconstruindo o Princípio da Proibição do Retrocesso no Direito Brasileiro: A Proteção dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

<sup>139</sup> COURTIS, Christian. La Prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 44-45.

o qual os estados se comprometem a adotar providências necessárias para alcançar progressivamente a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>140</sup>.

A Suprema Corte de Justiça e o Tribunal Constitucional do Peru haviam condenado o Estado a pagar o benefício aos pensionistas nos moldes da legislação que vigia quando inicialmente concedido. Em 2003, a Corte Interamericana deu provimento a todos os pedidos, à exceção do ressarcimento patrimonial, que encaminhou à sede competente, e – destaque-se – ao descumprimento do princípio da vedação ao retrocesso. No entendimento da Corte, diferentemente de outros precedentes, a não-regressividade deve ser analisada de modo conglobante, ou seja, considerando outras normas e outros grupos representativos da situação.

À ocasião, a Corte consignou que:

[...] os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma dimensão tanto individual quanto coletiva. Seu desenvolvimento progressivo, sobre o qual já se pronunciou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, deve-se medir, na opinião deste Tribunal, em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral e do direito à seguridade social e a pensões, em particular, sobre o conjunto da população, tendo em conta os imperativos de equidade social, e não em função de um grupo muito limitado de pensionistas não necessariamente representativo da situação geral prevalente<sup>141</sup>.

A decisão gerou fortes críticas na doutrina. Embora a Corte tenha mencionado expressamente a dimensão individual dos direitos, Christian Courtis considera que “levou a uma via morta” por inviabilizar a judicialização do artigo 26 da Convenção. Avalia que a decisão foi marcada pela “confusão entre a dimensão coletiva e a escala nacional” e pelo “temor de analisar a totalidade de uma política pública através de um caso concreto”<sup>142</sup>.

Outro exemplo interessante de redefinição de institutos jurídicos já consagrados ocorreu em Portugal. Por meio do Acórdão n° 399/2010<sup>143</sup>, o Tribunal Constitucional português

<sup>140</sup> Lê no original: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

<sup>141</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Peru, Sentencia de 28 de febrero de 2003 (Fondo, Reparaciones Costas) Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_98\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf)>. Acesso em: 01 set 2016.

<sup>142</sup> COURTIS. La Prohibición..., p. 49-51.

<sup>143</sup> ACÓRDÃO N.º 399/10, Processo n.º s 523 e 524/10, Plenário, Relatora: Conselheira Ana Guerra Martins. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100399.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 set 2016.

analisou a constitucionalidade da Lei 11/2010, que criava uma faixa adicional de tributação do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS), sujeitando os rendimentos anuais superiores a €150.000 à alíquota de 45%. A lei entrou em vigor em junho de 2010, mas seria aplicada a todos os rendimentos auferidos naquele ano, motivo pelo qual o autor da ação, o Presidente da República, alegava violação ao princípio da irretroatividade da lei fiscal.

O Tribunal Constitucional decidiu não declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada. Na fundamentação, destacou-se que a aplicação das alterações sobre os rendimentos auferidos em 2010 teria sido objeto de debate durante os trabalhos preparatórios da lei, ocasião na qual o Ministro das Finanças e do Estado destacou que a medida seria “proporcional, pois, embora abranja o rendimento do ano, tem em conta somente sete meses”. Ressaltou-se, ainda, que as leis estavam inseridas na lógica do Plano de Estabilidade e Crescimento (PEC), com o intuito de reduzir o défice orçamentário da dívida pública.

O destaque do caso, no entanto, justifica-se pela releitura que fez do princípio da irretroatividade da lei fiscal, já de há muito conhecido e aplicado. Para afastar a inconstitucionalidade, o Tribunal delimitou o conceito de retroatividade da lei fiscal, a partir do elemento temporal do fato tributário específico, submetendo as normas ao teste da proteção da confiança. O Tribunal, assim, pontuou que o princípio da irretroatividade da lei fiscal descortina-se em diferentes graus e acrescentou:

Em suma, dos trabalhos preparatórios da revisão constitucional de 1997 retira-se, por um lado, que o legislador da revisão apenas pretendeu incluir, no n.º 3 do artigo 103.º da CRP, a proibição da retroactividade autêntica, própria ou perfeita da lei fiscal, o que não é contrariado pela letra do preceito, uma vez que o texto constitucional apenas se refere à natureza retroactiva *tout court*. Por outro lado, resulta igualmente dos trabalhos preparatórios, de forma cristalina, que não se pretenderam integrar no preceito as situações em que o facto tributário que a lei nova pretende regular não ocorreu totalmente ao abrigo da lei antiga, antes continuando a formar-se na vigência da lei nova, pelo menos, quando estão em causa impostos directos relativos ao rendimento (como é claramente o caso dos presentes autos).

Assim, decidiu-se que nenhuma das normas impugnadas pretendia ser aplicada a fatos tributários cujos efeitos já tenham sido totalmente produzidos sob a vigência da lei antiga, motivo pelo qual não se verificou retroatividade autêntica. Ademais, consignou que se tratava de fato gerador complexo, pois só está completo no último dia do período da tributação. Sendo um imposto anual, tributado pelo englobamento dos rendimentos recebidos num determinado ano, apenas no final de 2010 seria possível apurar a taxa do imposto e a alíquota à qual o contribuinte estaria sujeito.

O Tribunal considerou que as leis impugnadas não violavam o princípio da proteção da confiança. Afirmou-se que “não é possível afirmar que esta medida fosse algo com que os contribuintes por ela afectados não pudessem razoável e objectivamente esperar”, já que “um dos modos de fazer face à situação económico-financeira do País e, nomeadamente, ao desequilíbrio orçamental, é pela via do aumento da receita fiscal”. Complementou, por fim, que “o grau de tolerância da medida legislativa tomada face ao princípio da confiança é directamente correspondente ao grau de relevância do interesse público constitucionalmente tutelado”.

Dessa forma, o tribunal lusitano estabeleceu novos contornos para os princípios da irretroatividade da lei fiscal e da proteção da confiança em matéria tributária, com pretensões de generalização e fazendo uso da dogmática existente. Embora, no caso, tenha havido expressa referência ao contexto económico conturbado – o que, como visto, caracteriza a jurisprudência da crise em Portugal –, a fundamentação da constitucionalidade do dispositivo não se valeu directamente de análises económicas, mas da releitura dos próprios princípios.

Na mesma linha, o argumento do mínimo existencial também possui a maleabilidade necessária para fundamentar restrições a direitos constitucionais, adequando-os à escassez económica circunstancial.

Não se pretende uma análise mais detida do instituto – já há muito desenvolvido pela doutrina<sup>144</sup>. Consigne-se apenas que, grosso modo, o mínimo existencial corresponde a prestações materiais que, independentemente de previsão legal e da existência de verbas orçamentárias correspondentes, deveriam ser asseguradas pelo Judiciário, num cenário de escassez de recursos, por compor o núcleo inafastável da dignidade humana.

Embora seu conceito o dissocie da reserva do possível ou de qualquer influência fática, pretendendo-se estanque e estável, a determinação do conteúdo do mínimo existencial constitui desafio constante, que também o torna permeável a alguma flexibilidade contextual. Ainda quando a jurisdição constitucional refuta a reserva do possível em nome da proteção do mínimo

---

<sup>144</sup> Sobre o tema, vide SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: \_\_\_\_\_. **Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 179-215; BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. rev. e atual. (1. ed. publicada em 2002). Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 291 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 12, p. 86-137, 2011.

existencial, embute-se o argumento da reserva do possível na própria extensão do instituto, escamoteando a valoração do contexto fático.

A ductilidade do mínimo existencial pode ser ilustrada tanto pelo rol de prestações tuteladas, quanto pelos descordos na aplicação prática do instituto sobre uma mesma previsão.

Quanto ao primeiro ponto, Ana Paula de Barcellos lista a educação fundamental, a saúde básica – que abarcaria o saneamento, o atendimento materno-infantil, as ações de medicina preventiva e prevenção epidemiológica –, a assistência social aos desamparados e o acesso à justiça, visando à tutela dos demais direitos<sup>145</sup>. Há, ainda, quem estenda o mínimo existencial à proteção de outros direitos, como educação intermediária e técnica<sup>146</sup>, creche e pré-escola, moradia, indumentária, saneamento básico e água potável<sup>147</sup>.

A despeito do mérito emancipatório da listagem – e coerentemente com a valorização do elemento fático aqui apresentada –, parece razoável considerar que se trata de mero ponto de partida, podendo o rol ser estendido à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto, como a intensidade da tutela de interesses jurídicos concorrentes<sup>148</sup>.

No entanto, há de se ter em mente a advertência de Daniel Sarmento: “discursos muito ampliativos dessa dimensão negativa do mínimo existencial, ainda que aparentemente progressistas, podem, ao final, prejudicar exatamente os mais necessitados”<sup>149</sup>. O efeito perverso decorre, por vezes, da apropriação malandra do instituto, que redefine o limite *ad hoc* para deixar à margem os sujeitos de um caso concreto.

É o que parece ter ocorrido em precedente da Corte Constitucional da Colômbia, como a seguir mencionado. No final da década de 90, em meio à primeira das graves crises econômicas recentes, a Corte Constitucional da Colômbia possuía uma jurisprudência

---

<sup>145</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 247-301 *apud* SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 218.

<sup>146</sup> MIGUEIS, Anna Carolina. **Direito e Crise Econômica**: Uma Análise Sobre a Atuação do Estado em Momentos de Crise Econômica. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 57. Anna Carolina estende o rol do mínimo existencial à educação intermediária (ensino médio) e técnica, com base no direito individual de realização do projeto pessoal de vida boa, pilar da teoria de justiça elaborada por Ronald Dworkin.

<sup>147</sup> SARMENTO. **Dignidade da pessoa humana...**, p. 218-219. O autor cita diversos precedentes dos tribunais superiores que assim estenderam o mínimo existencial.

<sup>148</sup> No mesmo sentido, SARMENTO. **Dignidade da pessoa humana...**, pp. 218-219 e 234.

<sup>149</sup> SARMENTO. **Dignidade da pessoa humana...** p. 225.

fortemente garantista e de altos impactos orçamentários. Dados indicam, por exemplo, que 25% das demandas propostas em 1999 tratavam de direitos individuais em matéria de saúde<sup>150</sup>.

Em 1997, o juiz da Corte Constitucional Eduardo Cifuentes Munoz, considerado o fundador da doutrina do “vital minimum”, demonstrou sérias dúvidas sobre a jurisprudência que prevalecia nos tribunais colombianos. Cifuentes enfatizou que a doutrina do mínimo vital “não foi capaz de prestar a assistência mínima material sem a qual o vulnerável vai sucumbir ante sua própria impotência”<sup>151</sup>. Há uma peculiaridade no parâmetro de controle do caso. A Constituição Colombiana inclui no rol de princípios fundamentais que devem ser observados pelo Congresso na edição do Estatuto do Trabalho uma “*remuneración mínima vital y móvil*”<sup>152</sup>. O constituinte, assim, positivou o mínimo existencial como princípio especialmente aplicável à matéria trabalhista.

Ainda nesse contexto, foi questionada a constitucionalidade da Lei 574/1999, lei orçamentária referente ao exercício de 2000, que determinara que apenas os servidores que ganhassem menos que dois salários mínimos teriam suas remunerações reajustadas, justificando-se, na respectiva exposição de motivos, pelo contexto econômico sensível.

A Corte declarou a norma inconstitucional, por suas disposições não preverem recursos para o aumento salarial que compensaria a perda de poder aquisitivo dos servidores públicos<sup>153</sup>. Reiterando outros precedentes, fundamentou sua decisão na doutrina do mínimo existencial, afirmando que todos os funcionários públicos tinham o direito de que seus salários acompanhassem ao menos a taxa de inflação:

A pessoa física que põe à disposição de um empregador força de trabalho, ao mesmo tempo cumpre com uma função social, persegue como particular

<sup>150</sup> LANDAU, David. The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures. In: NOLAN, Aoife (ed.). **Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis**. Cambridge University Press, 2014.

<sup>151</sup> LANDAU, David. **Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia**. Dissertação (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Harvard, Cambridge, 2015, p. 256.

<sup>152</sup> “Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; **remuneración mínima vital** y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)” Disponível em: <[http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion\\_Politica\\_de\\_Colombia.htm](http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm)>. Acesso em: 11 ago 2016.

<sup>153</sup> C-1433 of 2000, Oct. 23, 2000 (Antonio Barrera Carbonell). Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1433-00.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

interesse uma recompensa financeira pela prestação do serviço, que não apenas deve representar o equivalente ao valor do trabalho, mas também deve ser proporcional à necessidade de garantir a sua existência material e a de seus familiares, em condições dignas e justas, o que será suficiente para permitir-lhe sobreviver adequada e dignamente. Por esta razão, a remuneração deve assegurar um mínimo vital, tal como entendeu a jurisprudência desta Corte, e também ser móvel, de modo que sempre guarde equivalência com o preço do trabalho.

Esta equivalência deve ser real e permanente, e obtê-la implica, necessariamente, manter atualizado o valor do salário, ajustando-o periodicamente de acordo com o comportamento da inflação, a fim de compensar a perda de poder aquisitivo, e garantir que, em termos reais, conserve seu valor<sup>154</sup>.

A decisão foi muito criticada pela mídia, economistas e organismos internacionais, por anular os efeitos de todas as demais medidas de austeridade implementadas pelo governo para reagir à crise<sup>155</sup>. Cite-se, por todos, matéria publicada no periódico *El Tiempo* que destaca o custo de oportunidade da alocação de recursos escassos. Em seus termos, a medida, que beneficia os “10% mais favorecidos da população, implica ter de demitir outros funcionários e suspender os programas de investimentos sociais que são projetados para atender a necessidades básicas de metade dos colombianos que sobrevivem na pobreza”<sup>156</sup>.

Em resposta, o presidente da Corte, Fabio Morón, aduziu que “[n]ós estamos cumprindo com nosso dever, que é garantir a supremacia e a integridade da Constituição”<sup>157</sup>. O juiz José Gregorio Hernández, que também integrou o julgamento, complementou: “A Corte tem a

---

<sup>154</sup> C-1433 of 2000, Oct. 23, 2000; §2.6. Lê-se no original: “La persona natural que pone a disposición de un empleador su fuerza laboral, al paso que cumple con una función social, persigue como interés particular una retribución económica por la prestación del servicio, que no solamente debe representar el equivalente al valor del trabajo, sino que debe ser proporcional a la necesidad de asegurar su existencia material y la de su familia, en condiciones dignas y justas, que serán las que le permitan subsistir adecuada y decorosamente. Por esta razón, la remuneración debe asegurar un mínimo vital, como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corte y, además, ser móvil, de modo que siempre guarde equivalencia con el precio del trabajo. Esta equivalencia debe ser real y permanente, y conseguirla supone necesariamente mantener actualizado el valor del salario, ajustándolo periódicamente en consonancia con el comportamiento de la inflación, con el fin de contrarrestar la pérdida de su poder adquisitivo, y asegurar que aquél en términos reales conserve su valor.”

<sup>155</sup> LANDAU, David. **Beyond Judicial Independence...**, p. 269.

<sup>156</sup> NULLVALUE. La Corte Anticonstitucional (editorial 27/10/2000), *El Tiempo*, 2010. Disponível em: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1258286>>. Acesso em: 11 ago 2016. Lê-se no original: “la obligación de aumentar el salario a funcionarios que ganan 5 o 10 salarios mínimos, y que por lo tanto pertenecen al 10 por ciento más favorecido de la población, implica tener que despedir otros funcionarios y suspender programas de inversión social que están destinados a satisfacer las necesidades básicas de la mitad de los colombianos que sobreviven en la pobreza”.

<sup>157</sup> Lê-se no original: “Nosotros estamos cumpliendo con nuestro deber, que es garantizar la supremacía y la integridad de la Constitución”.

função de comparar as normas inferiores com a Constituição e de determinar que se compatibilizem ou não. A ela não cabe determinar a gestão macroeconômica”<sup>158</sup>.

Uma nova composição do tribunal alterou sua abordagem. Mantendo o controle sobre as medidas de austeridade, a Corte promoveu uma releitura do “*mínimo vital*” e do princípio da proporcionalidade. No julgamento do Caso 1064/2001<sup>159</sup>, passou a avaliar se as medidas eram adequadamente justificadas e se prejudicavam os membros mais vulneráveis da população. Foi, então, que alterou sua jurisprudência reformando a decisão dos reajustes: os salários só precisariam manter o seu valor real para os trabalhadores que ganhassem menos de dois salários mínimos.

Na ocasião, a Corte considerou que o direito de um trabalhador manter o salário com seu valor real não era absoluto, enfatizou as dificuldades reais criadas pelo ambiente macroeconômico e o alto custo dos salários dentro do orçamento público<sup>160</sup>. Além disso, a Corte

---

<sup>158</sup> SEMANA. “Aquí quien manda?” (editorial 27/11/2000), *Semana*, 2000. Disponível em <<http://www.semana.com/nacion/articulo/aqui-quien-manda/44166-3>>. Acesso em: 11 ago 2016.

<sup>159</sup> C-1064 of 2001, Oct. 10, 2001 (Manuel Jose Cepeda & Jaime Cordoba Triviño). Lê-se no original: “La Corte tiene la función de comparar las normas inferiores con la Constitución y de determinar si se ajustan o no se ajustan. A ella no le toca el criterio de manejo macroeconómico”.

<sup>160</sup> Confira-se trecho que sintetiza o ponto: “Cuatro argumentos de carácter constitucional sustentan esta afirmación.

Primero, como lo indica la propia Carta Política en su artículo 334, uno de los fines por los que debe propender el Estado cuando interviene en la economía es ‘asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos’. Este mandato se suma a la especial protección que debe brindarse al mínimo vital de los trabajadores en un Estado social de derecho, tal y como fue expuesto anteriormente.

Segundo, cuando la Constitución consagra el derecho a la igualdad en su artículo 13, indica que el ‘Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados’. La Corte Constitucional, como órgano del Estado, está llamada a cumplir con este mandato y no puede desconocerlo. El mantenimiento real del poder adquisitivo del salario de los servidores públicos de más bajos ingresos, aún en circunstancias extraordinarias, cumple cabalmente con este mandato, pues propende cerrar la creciente brecha que distancia a aquellos que ganan menos de quienes ganan más.

Tercero, el no mantener el poder adquisitivo del salario de los servidores públicos con menores ingresos puede afectar de manera considerable su derecho y el de las personas que dependen económicamente de ellos, a tener una vida digna (art. 1 de la CP), pues precisamente se trata de la población que es más vulnerable a situaciones económicas críticas.

La cuarta razón tiene que ver con las finalidades sociales del Estado. Dadas las condiciones ponderadas y los argumentos esgrimidos en el presente caso, la justificación por la que se podría limitar el derecho en cuestión para los que se encuentran en las escalas salariales superiores, es el mandato al Estado de destinar prioritariamente recursos para atender sus deberes sociales para con los más necesitados (art. 366 de la CP). El grupo de servidores públicos con menores ingresos, junto a sus familiares, hacen parte, precisamente, de ese grupo de personas que constitucionalmente merecen una protección especial en un Estado Social de Derecho, particularmente en situaciones económicas como las que se han vivido en los últimos tres años.

Así pues, este primer grupo de trabajadores tiene derecho a que se les aumente su salario, no sólo nominalmente sino de forma tal que se mantenga el poder adquisitivo real del mismo. Para tal efecto debe tenerse como criterio preponderante la inflación. Dicho derecho no debe ser limitado respecto de quienes ganan un salario inferior al promedio ponderado mencionado.”

salientou que o direito a um mínimo vital exige proteção “reforçada” apenas para os trabalhadores de baixa renda, dado que se considerava a renda como instrumento para o acesso a bens e serviços básicos. Valendo-se de juízo de proporcionalidade, a Corte alegou priorizar os gastos com os pobres, por meio de aumentos salariais e gastos sociais.

5.2.2.1 Em relação ao direito de manter o poder de compra real dos salários dos funcionários públicos cujo valor é inferior ao dito médio ponderado [*promedio ponderado*], o Tribunal observa que tem o caráter de intangível devido à proteção constitucional reforçada que a Constituição lhe dispensa. Ou seja, é um direito que, embora não seja absoluto, constitucionalmente se lhe reconhece uma resistência especial frente a eventuais limitações resultantes da ação das autoridades públicas. É um direito que, apesar de o país estar em uma situação econômica como a atual, o direito não pode ser tocado.

(...)

É necessário precisar o âmbito da limitação. A limitação do direito de manter o poder de compra dos salários dos servidores públicos localizados nas escalas superiores à média ponderada não envolve a violação do seu direito ao mínimo existencial. A Corte jamais sustentou que o direito fundamental a um mínimo vital inclui no seu âmbito de proteção o aumento de salário. Ao contrário, a Corte Constitucional declarou improcedentes as ações de tutela interposta com a finalidade de obter o reconhecimento de reajustes salariais pela inflação.

Além disso, a limitação do direito é razoável no contexto legal e real analisado. Isto é importante porque indica a natureza temporária da limitação: é constitucionalmente aceitável enquanto se verificarem as condições que a justificam. Obviamente, a Corte não se pode pronunciar sobre se essa limitação seria razoável em um contexto diferente.

O exemplo ocorreu na Colômbia, país marcado por uma profunda desigualdade social, cuja jovem Constituição é pródiga em direitos e cuja Corte Constitucional é reconhecidamente ativista na aplicação de direitos socioeconômicos<sup>161</sup>. As semelhanças com a realidade brasileira são muitas.

No Brasil, a Constituição Federal assegura, em seu artigo 37, inciso X, a “revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices” da remuneração dos servidores públicos. O conteúdo da expressão “revisão geral” foi amplamente debatido no julgamento do Recurso Extraordinário 565.089, ainda pendente de decisão, em que se discute o “Tema 19 - Indenização pelo não-encaminhamento de projeto de lei de reajuste anual dos vencimentos de servidores públicos”.

Nos debates travados, o ministro Luís Roberto Barroso inaugurou a divergência, sustentando que o artigo 37, X, da Constituição Federal apenas acarreta o dever de o Executivo

---

<sup>161</sup> LANDAU. **Beyond Judicial Independence...**

encaminhar ao Legislativo proposta de revisão geral ou manifestação de razões que justifiquem a não concessão da revisão, com base nas possibilidades do contexto econômico. Em suas palavras: “penso que o termo revisão não significa, necessariamente, modificação. Embora essa leitura seja válida, é igualmente possível entender que o dispositivo exige uma avaliação anual, que poderá resultar ou não em concessão de reajuste”.

Em voto-vista, acompanhando a divergência, o Ministro Teori Zavaski consignou não haver correlação necessária entre “revisão geral” e a reposição de valor monetário das remunerações por perdas inflacionárias: “não há possibilidade de se extrair do texto constitucional qualquer indicação de índice mínimo, ainda que seja para efetuar a manutenção real do poder aquisitivo dos servidores públicos”.

O julgamento foi suspenso em outubro 2014, em razão do pedido de vista do Ministro Dias Toffoli. Embora já se possa perceber a estratégia ensaiada pela divergência de interpretar a expressão “revisão geral” de modo a reduzir-lhe o alcance, sem aludir expressamente a qualquer argumento de ordem econômica, ainda é cedo para infirmar a legitimidade do contraponto.

Segundo adverte Schuartz, as construções do consequencialismo malandro são juridicamente inválidas *ex ante*, mas se legitimam à medida em que, se exitosas, persuadem os demais para a solução desejada<sup>162</sup>.

Uma outra forma de verificação da estratégia criptopragmatista consiste em rever teses jurídicas, sem admitir expressamente virada jurisprudencial ou sua motivação por influência do contexto econômico. Um exemplo recente desse comportamento se verificou no julgamento do Recurso Extraordinário 693.456. No caso, a FAETEC, entidade pública especializada em educação técnica, suspendeu a remuneração de servidores públicos grevistas, como medida de coerção para que retomassem suas atividades.

A questão submetida ao Supremo foi, então, a constitucionalidade do desconto nos vencimentos dos servidores públicos em decorrência de dias não trabalhados por adesão à greve, independentemente da declaração de ilegalidade do movimento, como permitido pela lei regente de relações celetistas, aplicável por analogia. Na prática, contudo, a questão tomou proporções muito mais amplas, dadas as particularidades dos movimentos grevistas perpetrados no setor público.

---

<sup>162</sup> SCHUARTZ. Op. Cit., p. 156.

Por um lado, os servidores efetivos contam com estabilidade e irredutibilidade, a reduzir os custos e riscos imputáveis aos grevistas, e os entes públicos possuem diversas restrições orçamentárias e de responsabilidade fiscal, que comprometem a negociação efetiva. Por outro, a greve acarreta poucos riscos à atividade empresária, via de regra, o que dificulta a negociação, desestimulando propostas do poder público. Ademais, as relações estatutárias não contam com o instrumento do dissídio coletivo nem com a possibilidade de intervenção da Justiça do Trabalho para mediar o conflito. Assim sendo, é muito raro movimentos grevistas de servidores públicos, ainda que se estendam por meses, encerrarem-se exitosos, sobretudo quando as restrições financeiras dos entes públicos são ainda mais graves.

Por meio desse precedente, o Supremo Tribunal Federal reviu o direito de greve de servidores públicos na contramão dos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA que haviam reconhecido o direito de greve de servidores sem base legal direta, com fulcro na efetividade do artigo 37, VII, da Constituição. É bem verdade que no MI 708, havia expressa menção ao corte de remuneração como regra geral, por se tratar de suspensão do contrato de trabalho. No entanto, na linha da parte final do artigo 7º da Lei 7.783/89, o acórdão ressaltara competir ao Judiciário avaliar o mérito do pagamento, tendo em vista “situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho”. No RE 693.456, os contornos atribuídos a tal excepcionalidade foram, então, bem reduzidos.

Declaradamente, a intenção era desestimular a greve no setor público em meio a uma conjuntura notoriamente crítica. O argumento consequencialista e o contexto econômico foram, então, elevados ao centro da discussão, consoante se infere do seguinte voto do Ministro Luiz Fux: “O que ocorre, numa visão realista: nós estamos num momento muito difícil e que se avizinha deflagrações de greve e é preciso estabelecer critérios para que nós não permitamos que se possa parar o Brasil”. A afirmação, ao admitir a finalidade perseguida e a influência do contexto, representa um importante passo para a maior transparência e responsividade para com os jurisdicionados.

A virada jurisprudencial não assumida é uma das formas de dar voz ao consequencialismo jurídico e assim oculta o próprio viés pragmático, vez que dispensa o Judiciário do ônus jurídico argumentativo de superar sua própria jurisprudência.

Embora seja possível tecer inúmeras críticas à estratégia – como a de que a insinceridade compromete o controle jurídico e social das decisões, que, por vezes, se confundem com um *decisionismo arbitrário*, e a de que a falta de metodologia promove a insegurança jurídica e a parcialidade –, o fato de o juiz constitucional, ao menos indiretamente, considerar o contexto e

a repercussão econômica de sua decisão, afastando-se da mera subsunção acrítica, torna o modelo muitas vezes útil. Embora cripto, é ainda pragmatismo.

Nesse ponto, Schuartz conclui:

[Q]uanto mais amplamente compartilhável for o objetivo normativo a realizar (e.g., maximização do bem-estar ou das liberdades públicas e privadas para o maior número possível de indivíduos), e mais distante estiver a decisão segundo regras da realização desse objetivo, menos questionável tende a ser a decisão que afastar a aplicação das regras em nome do objetivo que se pretendia implementar<sup>163</sup>.

Foi visto, então, que a jurisdição constitucional se vale de uma estratégia dissimulada de aderir ao pragmatismo sem admitir de forma clara a influência do contexto ou a adjudicação pragmática em si. Há diversas formas de as cortes o fazerem: por meio da releitura do caráter fundamental do direito, dos contornos de seu âmbito de proteção, da redefinição de princípios e teses jurídicas e da superação de jurisprudência.

De todo o modo, as cortes supremas se valeram de certa “malandragem”, na expressão de Schuartz. Como o direito positivo, tal qual interpretado e aplicado, não fundamentava a decisão menos onerosa, “entra em cena o consequencialismo malandro, abrindo passagem para a decisão pretendida por intermédio da construção de conceitos e distinções que conduzam à referida decisão e a façam parecer como *desde sempre* juridicamente admissível e adequada ao caso concreto”<sup>164</sup>.

#### **1.4 Quando não decidir é a melhor decisão: Cronoterapia**

Em 2004, a Corte Constitucional Argentina buscou oferecer uma resposta rápida ao apreciar, no caso *Bustos*<sup>165</sup>, a constitucionalidade de normas que postergavam e recalculavam a devolução dos montantes de depósitos bancários apreendidos durante o plano econômico argentino instituído em 2001. Com uma maioria estreita e votos dissidentes, o tribunal anulou

---

<sup>163</sup> SCHUARTZ. Op. Cit., p. 154. A ressalva, cunhada para o consequencialismo festivo, estende-se ao malandro.

<sup>164</sup> SCHUARTZ. Op. Cit., p. 156.

<sup>165</sup> Bustos c/ Estado Nacional (26/10/2004 – Fallos: 327:4495).

a jurisprudência anterior (*Smith e Provincia de San Luis*) e chancelou a constitucionalidade da “regulação emergencial” do *Corralito*<sup>166</sup>.

No entanto, vários tribunais inferiores, diante de centenas de milhares de casos semelhantes, descumpriram a orientação da Corte Constitucional e prolataram decisões que ofereceram maior proteção aos poupadores<sup>167</sup>.

Apenas dois anos mais tarde, a Suprema Corte Argentina apreciou novamente a constitucionalidade dos recálculos de depósitos (o caso *Massa*<sup>168</sup>). Mais uma vez, a Corte endossou a constitucionalidade do *Corralito*, mas conseguiu consolidar uma jurisprudência unânime, aceita e acompanhada pelos demais tribunais. A diferença, que torna esse precedente tão representativo, foi que, na interpretação das normas, a Corte promoveu alguns ajustes financeiros benéficos aos poupadores, como os referentes à taxa de juros e ao período de tempo para o qual foi aplicada em relação ao capital depositado originalmente em dólares, que tinha sido convertido em pesos pela legislação<sup>169</sup>. O Caso *Massa* poderia ser exaltado como um exemplo de diálogo entre corte constitucional e tribunais inferiores.

Mais do que isso, o destaque se destina ao aspecto cronológico. Consoante apontam Gustavo Maurino e Ezequiel Nino, “a paciência da Corte na espera para se pronunciar sobre a questão após a tentativa malfadada dois anos antes” contribuiu para a virada exitosa<sup>170</sup>. Em 2006, a economia argentina estava relativamente mais estável e a depreciação da taxa de câmbio vinha se recuperando, o que fez com que as perdas de capital dos depositantes fossem então comparativamente menores do que em 2002<sup>171</sup>.

---

<sup>166</sup> *Corralito* foi o nome atribuído às medidas restritivas impostas pelo governo de Fernando de la Rúa em dezembro de 2001, em plena crise econômica da Argentina. Consistia no congelamento dos depósitos dos poupadores e no estabelecimento de limites semanais para a retirada de fundos, visando a evitar e interromper a retirada de depósitos em contas correntes e poupanças, que seriam trocados por dólares ou transferidos diretamente para o exterior.

<sup>167</sup> MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel. Economic and social rights and The Supreme Court of Argentina in the decade following the 2001-2003 crisis. In: NOLAN, Aoife. **Economic and Social Rights After The Global Financial Crisis**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014, p. 326-327.

<sup>168</sup> *Massa c/ Poder Ejecutivo Nacional* (27/12/2006 – *Fallos*: 329:5913).

<sup>169</sup> MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel. Economic and social rights and The Supreme Court of Argentina in the decade following the 2001-2003 crisis. In: NOLAN, Aoife. **Economic and Social Rights After The Global Financial Crisis**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014. pp. 327 e 333. Os autores destacam, ademais, que a Suprema Corte não determinou a reversão das decisões proferidas pelos tribunais inferiores, que em desconformidade com o antigo precedente, beneficiaram milhares de poupadores.

<sup>170</sup> MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel. Economic and social rights and The Supreme Court of Argentina in the decade following the 2001-2003 crisis. In: NOLAN, Aoife. **Economic and Social Rights After The Global Financial Crisis**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014, p. 327.

<sup>171</sup> MAURINO; NINO. Op Cit., p. 327.

Essa estratégia, que o juiz constitucional Carlos Fayt havia recomendado especificamente para o *Corralito* um ano antes do Caso *Massa*, foi apelidada de “cronoterapia”<sup>172</sup>. Se, então, não se mostrou factível à Suprema Corte Argentina a pura manutenção do *status quo* pela declaração de constitucionalidade, a melhor estratégia pareceu ser ampliar o escopo da decisão por meio de sentença aditiva e – por quê não? – aguardar.

### *As Virtudes Passivas*

Como sabido, as Cortes não fixam suas políticas isoladas de tribunais superiores ou de outros poderes. Indivíduos reconhecem a interdependência de suas ações em uma visão de longo prazo<sup>173</sup> e juízes não diferem disso. Ao contrário, pautam suas decisões em uma ponderação de riscos e possibilidades, a partir da interação com terceiros, que podem ser os demais poderes, outros grupos cuja opinião lhes seja cara ou seus colegas da corte. Dessa forma, o comportamento judicial se limita pelo que se mostra factível para os juízes<sup>174</sup>.

O decurso do tempo pode trazer inúmeras vantagens, como a mudança no contexto econômico – tal qual verificada no caso argentino –, a mudança da composição da Corte ou o esfriamento de um debate social. Em todos os casos, a “cronoterapia” não se confunde com simples inércia judicial. Não decidir corresponde a uma decisão bastante *estratégica*.

Alguns doutrinadores, como Patrícia Perrone, consideram o comportamento estratégico uma subespécie mais sofisticada do modelo atitudinalista, na qual os membros da Suprema Corte individualmente consideram as melhores chances de verem suas preferências e

---

<sup>172</sup> UGARTE, Ramiro Álvarez. Pesificación: el tiempo trajo la solución para los ahorristas. **Iprofesional**, 28 Dec. 2006, Disponível em <<http://www.iprofesional.com/notas/38275-Pesificacion-el-tiempo-trajo-la-solucion-para-los-ahorristas.html>>. Acesso em: 30 ago 2016.

<sup>173</sup> Lê-se no original: “strategic behavior – individuals recognize the interdependency of their actions in a forward-looking way” (SPILLER, Pablo; GELY Rafael Gely. Strategic Judicial Decision Making. In: WHITTINGTON, Keith E.; CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, R. Daniel. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008, p. 35).

<sup>174</sup> SEGAL, Jeffrey A. Judicial Behavior Law. In: WHITTINGTON, Keith E.; CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, R. Daniel. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

convicções implementadas pelo restante da Corte<sup>175</sup>. Há, ainda, quem identifique a existência de um modelo estratégico apartado<sup>176</sup>.

Note-se que nesse caso também os juízes constitucionais ou mesmo os tribunais consideram implicitamente a repercussão econômica da decisão e, justamente por essa razão, esquivam-se do enfrentamento. A estratégia, em geral, atinge os resultados pretendidos, ao não enfrentar diretamente os reflexos econômicos inoportunos, dado o contexto crítico. Por outro lado, há vezes em que apenas perpetua o *status quo*.

Não decidir não corresponde a uma mera fuga. Trata-se de escolher o melhor momento para decidir. Conhecida como *virtude passiva*, o conceito foi criado por Alexander Bickel e retomado por Cass Sunstein.

Em apertada síntese, em *The Least Dangerous Branch*, Bickel considera que a interpretação judicial compreende dois vetores: princípios e juízo de conveniência e oportunidade. A dimensão de princípio corresponde à capacidade institucional máxima do Judiciário e, rígida, não se altera circunstancialmente. No entanto, o Judiciário não deve impor a *fórceps* suas soluções, devendo valer-se do juízo de conveniência e oportunidade para avaliar o melhor momento de decidir. Com isso, não se obriga a legitimar tudo o que não considera inconstitucional e estimula o amadurecimento dos processos deliberativos na sociedade<sup>177</sup>.

É esse o grande diferencial da concepção de Bickel. O autor acredita que, ao não-decidir, a Corte produzirá um resultado de princípio mais efetivo que ao decidir<sup>178</sup>. A estratégia estimularia o diálogo entre os demais poderes e a sociedade, e “a todo o tempo, a questão do

---

<sup>175</sup> PERRONE, Patrícia. Comportamento Ideológico e Estratégico no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 308.

<sup>176</sup> O precursor dessa corrente seria Pritchett, que, em 1942, afirmara que a essência de um juiz da Suprema Corte não difere da de um congressista. Lê-se no original: “the essential nature of the task of a Supreme Court Justice (...) [is] not unlike that of a Congressman”. PRITCHETT, 1942, p. 491 *apud* SPILLER, Pablo; GELY, Rafael. Strategic Judicial Decision Making. In: WHITTINGTON, Keith E.; CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, R. Daniel. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

<sup>177</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 104.

<sup>178</sup> “Não pode fazer nada, e nisso reside o segredo de sua capacidade de se manter na tensão entre princípio e conveniência”. Lê-se no original: “It may do neither, and therein lies the secret of its ability to maintain itself in the tension between principle and expediency” (BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 69).

princípio permanece em suspenso e amadurece”<sup>179</sup>. O autor complementa que “seu isolamento e o maravilhoso mistério do tempo dão às cortes a capacidade de apelar às melhores naturezas do homem”<sup>180</sup>.

As virtudes passivas são as ferramentas processuais de que se vale a Corte como técnica de não decisão. Bickel menciona instrumentos típicos da Suprema Corte dos EUA<sup>181</sup>. No Brasil, à primeira vista, poderiam ser mencionadas as súmulas restritivas de admissibilidade de recurso extraordinário, a pertinência temática e a repercussão geral. Mais além, é possível vislumbrar outros artifícios bem mais sutis, dentre os quais o poder de pauta, o pedido de vista e o dogma do legislador positivo, que serão analisados adiante.

Cass Sunstein desenvolve o conceito de virtudes passivas de Bickel, em oposição ao de virtudes ativas ou ativismo. Assim, correlaciona o passivismo ao minimalismo judicial, sugerindo que, em determinadas situações, o Judiciário opte por decidir o mínimo possível, deixando indefinida grande parte da questão suscitada. Dentre tais situações, podem ser mencionadas a falta de informações para subsidiar uma decisão judicial, a divergência substancial entre os integrantes do colegiado ou a iminência de uma reação muito negativa da opinião pública<sup>182</sup>. São casos em que o julgador não está convicto de qual seria a resposta correta, porque há mais de uma tese plausível a partir das parcas informações de que se dispõe<sup>183</sup>.

O autor correlaciona virtudes passivas e os custos de decisão e de erro<sup>184</sup>. Nas situações em que cabível, uma postura judicial passiva resultaria em menores riscos de erro nas decisões.

---

<sup>179</sup> Lê-se no original “all the while, the issue of principle remains in abeyance and ripens”. (BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 71).

<sup>180</sup> Lê-se no original: “their insulation and the marvelous mystery of time give courts the capacity to appeal to men’s better natures”. (BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 25).

<sup>181</sup> O autor cita como *political question doctrine, certiorari, standing, ripeness e mootness*.

<sup>182</sup> SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 39.

<sup>183</sup> SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 40. “tanto o direito quanto a vida podem superar regras aparentemente boas e teorias aparentemente plausíveis”. Lê-se no original: “both the law and the life may outrun seemingly good rules and seemingly plausible theories”.

<sup>184</sup> SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 40: “Minha sugestão é que a noção de ‘virtudes passivas’ possa ser analisada de maneira mais produtiva se considerarmos essa noção como parte do minimalismo judicial e como um esforço para aumentar o espaço para a escolha democrática e reduzir os custos de decisão e os custos de erro”. Lê-se no original: “My suggestion is that the notion of the ‘passive virtues’ can be analyzed in a more productive way if

Dentre os personagens que cria, os juízes Mudos, Minimalistas, Soldados e Originalistas enfrentariam menores custos de decisão<sup>185</sup>.

Este posicionamento prestigia a superficialidade e estreiteza das decisões. Ao não se aprofundar sobre desacordos teóricos, atrai-se o apoio de um maior número de pessoas com posições teóricas distintas. As decisões casuísticas evitam discutir mais do que o caso exige – ou, por vezes, permitem desconsiderar quase tudo o que o caso exige. O autor ressalva que a escolha das virtudes passivas depende de um juízo não apenas institucional, mas também substantivo, complementando o conceito com avaliação de justiça<sup>186</sup>. Ao fim, baseia sua teoria no argumento democrático, como sói ocorrer em posturas minimalistas.

Referindo-se especialmente a tempos emergenciais, o minimalismo judicial de Sunstein pretende conciliar melhor a tensão entre segurança nacional e direitos constitucionais, situações em que, diz, não se deveria esperar muito de juízes<sup>187</sup>. Ao abordar situações de crise, o autor se atém ao combate ao terrorismo e ao embate entre segurança e liberdades. Ainda assim, suas razões parecem se aplicar a outras crises que se julgue de mesma envergadura.

O minimalismo judicial de Sunstein não traduz o conceito de *passive virtues* de Bickel, nem corresponde à cronoterapia. A estratégia da Corte Constitucional argentina, também adotada pelo Supremo Tribunal Federal em algumas oportunidades, é escolher o momento para decidir. A ideia não é decidir *menos*, mas não decidir *ainda*. Para aplicar a alegoria desenvolvida por Sunstein, trata-se do Mudo e não do Minimalista<sup>188</sup>.

Apesar dessa distinção, o posicionamento minimalista é alvo de considerações interessantes, a exemplo da crítica de Dyzenhaus, sobretudo quando aplicado a tempos

---

we see that notion as part of judicial minimalism and as an effort to increase space for democratic choice and to reduce the costs of decision and the costs of error”.

<sup>185</sup> SUNSTEIN, Cass. **Constitutional Personae: Heroes, Soldiers, Minimalists, and Mutes**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 60-61. Sunstein ressalva, contudo, que uma postura minimalista, embora represente menor custo ao magistrado, eventualmente transfere esse custo para legislativo, executivo ou cidadãos. É o que foi analisado em item anterior.

<sup>186</sup> SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 40: “qualquer decisão particular de exercer as virtudes passivas depende da substância assim como de considerações institucionais”. Lê-se no original: “any particular decision to exercise the passive virtues depends on substance as well as institutional considerations”.

<sup>187</sup> DYZENHAUS, David. Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order? **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 5, p. 2019, 2006.

<sup>188</sup> SUNSTEIN, **Constitutional Personae: Heroes, Soldiers, Minimalists, and Mutes**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 18-19.

emergenciais. O minimalismo de Sunstein, diz, exigiria ainda que juízes endossassem as arbitrariedades dos órgãos eleitos<sup>189</sup>, correspondendo a um tipo de *grey hole*. Nesse espaço cinzento, existem algumas restrições, legais e não substanciais, à ação executiva. Como se verá oportunamente, Dyzenhaus critica a legitimidade de *grey holes*, que permitiriam que o governo agisse como quisesse, equivalendo a espaços de não-Direito disfarçados<sup>190</sup>.

A crítica parece excessiva. Sunstein estimula a adoção de *passive virtues* não apenas em tempos emergenciais, mas também ordinários, com base nos custos de decisão e de erro, na carência de informações e no princípio democrático. Se, em contextos extremos, resultaria em legitimação de arbitrariedades, é mais em razão do objeto que do meio. Ademais, antecipando considerações expostas adiante, parece inegável a existência de *grey holes* em situações de exceção<sup>191</sup> e de virtudes passivas também em situações de normalidade.

Por outro lado, as virtudes passivas, tanto as de Sunstein, sob vestes de minimalismo, quanto as de Bickel, em que se aguarda estrategicamente o colóquio entre os demais poderes e a sociedade, ocultam um grave vício de transparência no comportamento judicial. Assim, na síntese de Conrado Hübner, “o desafio é saber como lidar com essa técnica que, quando utilizada de maneira dissimulada, impede o debate, o controle e a crítica, e permanece no conforto das escolhas subterrâneas”<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> O autor ainda acrescenta que “Uma regra de declaração clara e autêntica só funciona quando os juízes rejeitam a primeira dimensão de seu minimalismo - a evitação de justificativas completas para resultados que procuram preservar o Estado de Direito. Mas, além disso, uma regra de declaração clara é normativamente vazia a menos que os juízes presumam que até que a legislatura diga o contrário, o estado de direito é plenamente operacional. Em outras palavras, os juízes devem rejeitar a segunda dimensão do minimalismo de Sunstein - o minimalismo não sobre a linguagem do julgamento, mas sobre o resultado. Eles têm o dever de chegar a conclusões que preservem o Estado de Direito, na medida do possível, se quiserem evitar que o executivo opere com a forma e, portanto, a legitimidade do Estado de Direito sem ser restringido pela sua substância”. Lê-se no original: “an authentic clear statement rule works only when judges reject the first dimension of his minimalism—the avoidance of full justifications for results that seek to preserve the rule of law. But in addition, a clear statement rule is normatively vacuous unless judges presume that until the legislature tells them otherwise, the rule of law is fully operative. In other words, judges must reject the second dimension of Sunstein’s minimalism—minimalism not about the language of the judgment, but about the result. They are under a duty to reach conclusions that preserve the rule of law to the greatest extent possible if they are to avoid permitting the executive to operate with the form and thus legitimacy of the rule of law without being constrained by its substance.” (DYZENHAUS, David. *Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?* **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 5, 2006, p. 2025).

<sup>190</sup> BINENBOJM. Op. Cit., p. 146.

<sup>191</sup> VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. **Harvard Law Review**, v. 122, p. 1149, 2009.

<sup>192</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 109. Essa fragilidade das virtudes passivas será retomada adiante.

A virtude de não decidir *ainda* pode se basear em uma crença institucional de que haverá efetivo diálogo constitucional ou em bases democráticas que relembram à sociedade e aos seus representantes eleitos as decisões controversas. No primeiro caso, um ente subnacional ou estrangeiro poderia testar a pretensão, sob a chancela casuística de uma decisão judicial *inter partes*, para “que o resto do país aprenda com os resultados desse experimento”<sup>193</sup>. No segundo caso, a prudência evitaria que a política social, em afronta ao interesse da maioria dos cidadãos, contornasse o processo político normal.

Isso porque, em oposição aos que defendem que à corte constitucional cabe também “o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra”<sup>194</sup>, em nome do papel contramajoritário que exerce, há quem considere essa postura um exemplo de arrogância judicial. A “viabilidade e a desejabilidade de deixar o assunto em banho maria por certo tempo antes de por em ação a artilharia pesada da criação de direitos constitucionais” decorrem do respeito a crenças e preferências da maioria democrática<sup>195</sup>. O raciocínio se destaca na adjudicação pragmática de temas de grande repercussão social, em que se mostra necessária interpretação criativa do Direito.

À parte reflexões éticas, o maior obstáculo para a cronoterapia é a proibição do *non liquet*, a que algumas cortes constitucionais se encontram jungidas. Estabelece que é vedado ao juiz deixar de julgar uma causa que lhe foi submetida<sup>196</sup>. O brocardo latino *non liquet*, que significa “não está claro”, seria invocado por juristas romanos para que se escusassem de pronunciamento quando não se sentissem aptos a decidir, fosse por insuficiência de provas, fosse por lacuna normativa<sup>197</sup>.

---

<sup>193</sup> POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 394 e 396.

<sup>194</sup> BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 23-50.

<sup>195</sup> POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 396-397.

<sup>196</sup> KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, jan. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58741/57534>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

<sup>197</sup> A expressão consiste em redução da frase do jurista romano Gellius em sua obra *Noctes Atticae*: “*Sed maius ego altiusque id esse existimavi, quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer; ut absolverem tamen, inducere in animum non quivi et propterea iuravi mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum.*” (GELLIUS. **Noctes Atticae**, Liber XIV, 25. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Non\\_liquet](https://pt.wikipedia.org/wiki/Non_liquet)>. Acesso em: 30 ago 2016).

Como visto no último capítulo, a extensão do núcleo essencial dos direitos fundamentais vem sendo interpretada de modo mais ou menos elástico conforme a necessidade *fática* de se restringir sua proteção. Há quem vislumbre a mesma transformação na inafastabilidade do controle jurisdicional, prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição<sup>198</sup>.

Tomando por base a natureza principiológica da garantia, Rafael Koatz defende que, por ponderação, a inafastabilidade pode ceder em certos casos, quando colide com outros princípios de mesma hierarquia, como celeridade e razoável duração do processo. O núcleo essencial do princípio, com conteúdo de *regra*, estaria cingido à análise dos tribunais ordinários, podendo ser afastado “nas etapas recursais, por já ter havido resposta prévia do Judiciário à pretensão do jurisdicionado, e nos processos objetivos, onde não há propriamente pretensões subjetivas a serem respondidas pelo Judiciário”<sup>199</sup>. Assim, a inafastabilidade se aplicaria de modo vertical, a depender do grau jurisdicional.

O autor vai além e sustenta que da identificação do núcleo essencial da inafastabilidade decorre a possibilidade de os tribunais superiores decidirem o que querem julgar e valerem-se do *non liquet*. É o que sugere deva ocorrer nos casos de desacordos morais insolúveis e quando for cabível uma solução dialógica entre os poderes, hipóteses já analisadas<sup>200</sup>.

Koatz adverte, contudo, que, “essa forma de decisão” é admissível apenas em casos excepcionais, em fóruns especiais e – no que parece menos provável – por decisão motivada<sup>201</sup>. Embora a tese polêmica não encontre eco no ordenamento jurídico brasileiro, a proibição do *non liquet* pode ser efetivamente mitigada pela jurisprudência de modo bem mais *oblíquo*. É que existem mecanismos regimentais ou doutrinários de cortes constitucionais ou, especificamente, de juízes constitucionais se absterem circunstancialmente de proferir uma decisão. Dentre todos, mencionem-se a definição da pauta, o pedido de vista e o dogma do legislador positivo.

---

<sup>198</sup> O direito encontra base também em normas infraconstitucionais, como o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942) e o artigo 140 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

<sup>199</sup> KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 193, jan. 2016.

<sup>200</sup> Não fosse a concessão de liminar e o prazo de 60 dias, talvez se pudesse considerar esse o caso do endividamento dos entes públicos.

<sup>201</sup> KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 199, jan. 2016.

## *A Pauta*

Embora muito pouco se discuta acerca do poder de agenda, é fato que a definição da pauta configura um dos principais momentos de exercício do poder. Representa, via de regra, uma escolha política<sup>202</sup>.

No Brasil, a pauta é determinada pelo Presidente do Supremo, embora não haja dispositivo expresso que lhe atribua esse poder. De acordo com o artigo 13, III, do Regimento Interno do STF, é da competência do Presidente do STF “dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias, cumprindo e fazendo cumprir este Regimento”. Há casos que independem de pauta, como as questões de ordem sobre a tramitação dos processos; processo remetido pela Turma ao Plenário; *habeas corpus*, conflito de jurisdição ou competência e de atribuições, embargos declaratórios, agravo regimental e agravo de instrumento<sup>203</sup>.

Embora seja possível que o relator, outros ministros ou a própria presidente, por solicitação de uma ou outra parte, peçam prioridade, não há um critério imperioso. A definição da pauta configura uma decisão discricionária da Presidência.

Conforme informam Joaquim Falcão e Fabiana Luci de Oliveira, o poder de agenda permanecera como mera rotina burocrática até a gestão do ministro Nelson Jobim (2004-2006), que o transformou em instrumento estratégico. Em vez de considerar a relevância das teses jurídicas em questão, o pedido de destaque, a ordem cronológica ou mesmo a mera aleatoriedade, o Ministro Jobim preferia integrar a pauta da sessão com “aqueles que corresponderiam ao momento político-jurídico, sendo que teriam prioridade os casos em que houvesse maior expectativa ou demanda da opinião pública”<sup>204</sup>. A tendência foi seguida pelos demais presidentes.

Tornou-se anedótica a reação à tentativa do Ministro Ayres Britto de emplacar uma agenda positiva. Demonstrando seu desejo de julgar semanalmente um caso relevante até a data

---

<sup>202</sup> FALCÃO, Joaquim. A Pauta do Supremo (27/01/2008). In: \_\_\_\_\_. **O Supremo**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro/FGV Direito Rio, 2015.

<sup>203</sup> Art. 83 do Regimento Interno do STF.

<sup>204</sup> FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a Agenda Pública Nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova**, São Paulo, n. 87, p. 429-469, 2013. Os autores destacam dentre os pedidos especiais aqueles feitos pelo Poder Executivo: “Outras vezes, o próprio Poder Executivo, ao avaliar sobretudo as consequências de planos econômicos e de decisões de maior impacto financeiro para o Tesouro Nacional, faz chegar formal ou informalmente à Presidência do tribunal as eventuais consequências jurídicas e políticas de se apressar ou de se retardar um julgamento”.

de sua aposentadoria, um de seus colegas respondeu: “não é prudente colocar na pauta uma final de Copa por semana”<sup>205</sup>.

Se antes, na presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, a pauta de crise era determinada pela fuga, mantendo a distribuição de custos sociais tal qual definida pelo *status quo*, agora, sob as rédeas da Ministra Cármen Lúcia, a pauta se define pelo enfrentamento. Não se trata de um enfrentamento às escancaras do raciocínio econômico ou do contexto de crise, como nos exemplos lusitanos, mas dos problemas em si.

O Supremo já não brada *non liquet*, ao contrário, avoca um papel republicano de sanear as contas públicas. A cronoterapia de outrora cede espaço para o criptopragmatismo de uma pauta sensível à escassez de recursos *públicos*. Há quem sustente que a lisura dos ministros se assegura pela imparcialidade frente a interesses econômicos, evitando a pecha de captura política da Corte Suprema, tal qual apontada no caso grego. No entanto, existem outras tantas influências, como a opinião pública e o próprio governo, capazes de justificar a definição da pauta.

Embora não haja um fator único, o modelo atitudinal pode contribuir para explicar o plano de voo traçado, sobretudo no caso brasileiro. A ideologia, no entanto, não parece ser partidária, mas governista. Mudou o governo, mudou a preferência da Corte. Se não se pode falar na Corte como sujeito único de vontades, pode-se falar em uma posição predominante, em uma atmosfera harmônica que gera o consenso necessário. O presidente faz a pauta, mas sozinho seria uma voz divergente.

O Supremo está comprometido com seu papel institucional no jogo dos poderes: “ele deve assegurar a governabilidade”. No governo anterior, a tônica era omissiva: “não vamos falar sobre crise”. No atual, passou-se a assumir a crise, mesmo que ainda não saiba falar sobre ela. Assim, a cronoterapia tem cedido espaço para o criptopragmatismo e a estrutura de incentivos.

### *Pedidos de vista*

---

<sup>205</sup> CAMPANERUT, Camila. 'Somos os guardiões da Constituição', afirma Ayres Britto em discurso de despedida na sua última sessão do STF. **Bol Notícias**, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://noticias.bol.uol.com.br/brasil/2012/11/14/em-sua-ultima-sessao-no-stf-ayres-britto-e-homenageado.jhtm>>. Acesso em: 31 ago 2016.

Outro instrumento que pode manipular a agenda do tribunal, por vezes utilizado para dificultar a deliberação, consiste no pedido de vista. Faculdade atribuída aos magistrados em geral e aos juízes constitucionais em particular, o pedido de vista no Supremo Tribunal Federal encontra amparo no artigo 134 do Regimento Interno, que determina que “se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente”.

Todavia, o dispositivo, introduzido pela Resolução 278/2003, não tem sido observado. Em 28/04/2004, o então Presidente do STF, Ministro Maurício Corrêa, aplicou a Resolução sobre pedido de vista pela primeira vez, apresentando aos demais ministros a relação de processos cujos prazos para devolução dos autos haviam se esgotado<sup>206</sup>. A resposta foi prontamente apresentada pelo ministro Marco Aurélio: "Todos nós nos pronunciaremos pela prorrogação. A justificativa é notória: a sobrecarga suportada pelos integrantes da Corte". Além dele, os ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa renovaram seus pedidos de vista.

De acordo com o III Relatório Supremo em Números, “Supremo e o Tempo”, os pedidos de vista foram feitos em 2,2% daqueles processos colegiados, nos quais, portanto, eram uma possibilidade<sup>207</sup>. O estudo aponta que há dois tipos de vista: a que respeita o prazo, tipicamente com uma folga de, em média, 15 dias, e a intempestiva, que corresponde a uma demora trinta vezes maior. A mediana da duração das vistas devolvidas intempestivamente é de 839 dias, muito próxima da média de 1.095 dias.

O assunto com maior número de pedidos de vista já devolvidos é direito administrativo – 950, o que talvez possa ser justificado pela maior repercussão econômica sobre os cofres públicos. Todavia, a maior média de duração ocorre nos processos de direito do trabalho, com 1,9 ano. Há apenas 9 pedidos sobre direito do consumidor, mas eles duraram em média 1,2 ano. A duração é menor em processos de direito penal e processo penal, com 209 e 163 dias, respectivamente.

---

<sup>206</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Presidente do STF aplica Resolução sobre pedido de vista pela primeira vez”. *Notícias STF*, Brasília, 2004. Disponível em: <<http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62628>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

<sup>207</sup> FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 93.

Listados os dez processos com maior tempo de duração de pedidos de vista, seja em função de um ou de múltiplos pedidos, – AI 132755; RMS 21053; ADI 1229; RE 215016; CR 5806; RE 183130; ADI 1491; RE 141190; ADI 2383; AI 127878 – sete possuem grande repercussão econômica, tratando de planos econômicos, incidência tributária ou plano securitário<sup>208</sup>. O rol não surpreende e o comentário de Joaquim Falcão sobre o tempo de decidir do Supremo se mostra bastante oportuno: “uns querem que o Supremo decida logo, outros, ao contrário, querem adiar. Especialmente o governo, quando está em jogo a política do Tesouro Nacional”<sup>209</sup>.

Um caso bastante emblemático de *non liquet* à brasileira se verificou na Ação Direta de Inconstitucionalidade 534, cujo processamento se iniciou em junho de 1991. A ação, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro questionava a constitucionalidade da lei que institui o confisco da poupança no Plano Collor. Os preceitos impugnados<sup>210</sup> impunham que os saldos de depósitos até determinado montante seriam convertidos em cruzeiros e o valor acima de 50 mil cruzados novos – bem como aplicações em cadernetas de poupança, depósitos a prazo fixo, debêntures, fundos de renda fixa e operações no *overnight* – constituiria reserva compulsória.

Em 27 de junho de 1991, o Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciou o pedido de medida liminar, indeferindo-o por ausência de *periculum in mora*, pois desde a edição do ato normativo impugnado já teria passado lapso temporal considerável. Foram, então, travados

---

<sup>208</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 132755 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 19 nov. 2009, publicação em 26 fev. 2010, republicação em 11 jun. 2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 215016, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Zavascki, julgado em 29 abr. 2015, publicação em 05 ago. 2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Carta Rogatória* nº 5806 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 22 out. 1992, publicação em 13 nov. 1992; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 183130, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Zavascki, julgado em 25 set. 2014, publicação em 17 nov. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 1491 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 08 mai. 2014, publicação em 30 out. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 141190, Tribunal Pleno, julgado em 14 set. 2005, publicação em 26 mai 2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 2383, Decisão Monocrática, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 11 mar. 2001, publicação em 21 mar. 2001.

<sup>209</sup> Na coluna publicada na Folha de São Paulo, o autor exemplifica: “aguardam na fila este ano (ou para o próximo?) questões vitais, algumas há décadas, para a gestão econômica da *polis*: a legalidade ou não dos expurgos dos planos Bresser e Verão, do tabelamento do açúcar e das passagens de avião; a inclusão ou não do ICMS na base da COFINS; a redução do prazo de dez para cinco anos para os contribuintes cobrarem do governo o que pagaram a mais em impostos; e muito outras”. FALCÃO, Joaquim. Tempo para decidir dá o tom político ao Supremo (08/03/2011). In: \_\_\_\_\_. **O Supremo**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro/FGV Direito Rio, 2015, p. 92-93.

<sup>210</sup> Mais especificamente, foram impugnados os artigos 5º-10, 19 e 20 da Lei nº 8.024, de 1990, produto da conversão em lei da Medida Provisória nº 168, de 1990.

inúmeros debates e proferidos calorosos votos sem qualquer consenso. Com a devolução integral dos ativos financeiros retidos e a conversão dos cruzados novos em cruzeiros, em 17 de agosto de 1992, o Supremo, por unanimidade, acolheu a prejudicialidade do pedido, fundamentando sua decisão na cessação superveniente da eficácia da lei atacada. Os efeitos dos dispositivos impugnados teriam se exaurido.

Dentre os votos proferidos, destacam-se algumas posições bastante representativas. O Ministro Carlos Velloso indeferiu a cautelar porque “liquidaria com o plano econômico que, bem ou mal, é opção política dos Poderes Executivo e Legislativo”. Por sua vez, o Ministro Sepúlveda Pertence destacou que a gravidade político-econômica do caso não afetaria seu voto. Em suas palavras: “Deixo claro, desde logo, que a gravidade político-econômica de uma declaração de inconstitucionalidade da lei questionada não afetará em nada o meu juízo definitivo”, complementando que “reafirmo que o nosso compromisso é com a Constituição a qual, para repensar Konrad Hesse, não há de ser sempre a parte mais fraca, quando posta em confronto com as conveniências momentâneas da conjuntura”.

Por sua vez, o Ministro Sydney Sanches demonstrou grande preocupação com os reflexos econômicos da decisão, que, ao causar um colapso econômico, prejudicaria sobretudo os mais hipossuficientes, que sequer se incluíam entre os poupadores. Destaque-se:

Por outro lado, a suspensão cautelar da lei poderá evitar que isso aconteça, ou, então, trazer inúmeros transtornos para a economia nacional, com a abrupta injeção de vários trilhões de cruzeiros no meio circulante nacional, de efeitos imprevisíveis ou previsivelmente deletérios como, por exemplo, o retorno a uma ameaçadora hiperinflação, de mais de 80% ao mês, que desgastará a poupança dos depositantes, desvalorizará irreversivelmente a moeda brasileira e acabará punindo mais duramente ainda aqueles que sequer tiveram condições de poupar, ou seja, os mais desfavorecidos.

Não me animo a adotar medida, que ponha em risco ainda maior a já combalida economia do País e aflija ainda mais os já aflitos, os extremamente pobres, que sequer conseguem economizar, quando conseguem sobreviver.

Não foi essa a única vez em que o impacto dos planos econômicos inconstitucionais colocou o Supremo em uma encruzilhada<sup>211</sup>. Em março de 2009, foi proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165, pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF). Alegava-se a inconstitucionalidade dos planos econômicos editados por diversos governos desde 1986, abrangendo os Planos Cruzado (Decreto-Lei nº 2.284/86),

---

<sup>211</sup> LEAL, Fernando. Os Impactos dos planos econômicos e a encruzilhada do Supremo (15/08/2016). **Jota**, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/supra/os-impactos-dos-planos-economicos-e-encruzilhada-supremo-15082016>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

Bresser (Decreto-Lei nº 2.335/87), Verão (Lei nº 7.730/89) e Collor I e II (Leis nos 8.024/90 e 8.177/91). À época, a autora estimou ser o custo potencial das ações que tratam de planos econômicos superior a 180 bilhões de reais.

A justificativa para o pedido de liminar se daria em virtude do crescente número de ações contra entidades públicas e privadas para discutir a matéria em pauta, que poderia congestionar ainda mais os tribunais locais. Além disso, a crise financeira aumentava o receio de lesão grave ameaçadora do bom funcionamento da economia nacional.

No mesmo mês, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski indeferiu o pedido de medida cautelar, por entender que os requisitos não estavam presentes. Destacou a jurisprudência do STJ, dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos magistrados de primeira instância das Justiças Estadual e Federal, havendo questões pacificadas, como a constante da Súmula 179, que prevê que “o estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos”.

Não estaria presente, tampouco, o *periculum in mora*, pois a autora não teria demonstrado os prejuízos e danos irreparáveis a que as instituições financeiras do país estariam sujeitas em virtude de um efeito multiplicador de decisões judiciais contrárias aos bancos. Ao contrário, quanto aos impactos econômicos para os bancos, o Ministro Relator pontuou o grande lucro anual destas instituições, apto a criar patrimônio sólido para garantir o adimplemento de suas obrigações com correntistas e poupadores, e a existência, nos dez maiores bancos nacionais, de provisão para os Planos Bresser, Verão e Collor.

A despeito da interposição do agravo regimental e das manifestações dos *amici curiae*, o julgamento apenas se iniciou em 2013. Foi, então, suspenso e novamente retomado e suspenso em 2014. Encontra-se pendente desde então.

Em 2014, haviam se declarado impedidos a Ministra Carmen Lúcia (seu pai era autor de uma ação no TRF-1ª Região sobre planos econômicos), o Ministro Luís Roberto Barroso (atuou como advogado no caso antes de ser indicado para o STF) e o Ministro Luiz Fux (sua filha trabalhara no Escritório de Advocacia Sérgio Bermudes, que atua na defesa dos bancos). Em setembro de 2015, o Ministro Edson Fachin passou a integrar a lista dos impedidos, em razão de também ter atuado como advogado. Tais impedimentos criaram uma barreira para o julgamento da causa, o qual exige a participação de 8 dos 11 ministros. Uma alternativa seria formar uma composição *ad hoc* com um ministro do STJ, hipótese rejeitada pelo então Presidente da Corte.

Em 2016, o TRF-1ª Região homologou o pedido de desistência do Sr. Florival Rocha, pai da Ministra Cármen Lúcia, referente à ação movida contra a Caixa Econômica Federal em razão de incorreções decorrentes de mudanças nos planos. Findo o impedimento, a ministra confirmou que vai participar do julgamento dos planos econômicos, mas ainda não há previsão de pauta. A conta ainda continua recaindo sobre as instituições financeiras.

Note que a ADPF 165 será julgada em conjunto com recursos extraordinários, que também se encontram aguardando pauta. Enquanto a ADPF 165 tem por objeto os planos econômicos Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e Collor II, o RE 591.797/SP envolve valores não bloqueados pelo Banco Central do Brasil quanto ao Plano Collor I e o RE 626.307/SP abrange os Planos Bresser e Verão. Ademais, o RE 631.363/SP trata de depósitos bloqueados pelo Bacen quanto ao Plano Collor I e o RE 632.212/SP ocupa-se de valores não bloqueados pelo Bacen quanto ao Plano Collor II.

Outro caso economicamente relevante diz respeito à inclusão do valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). O Recurso Extraordinário 240.785, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi submetido ao Supremo em novembro de 1998. Iniciado o julgamento no ano seguinte, o processo foi alvo de seguidos pedidos de vista até que, em 2008, foi suspenso em razão da propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade 18 pelo então Presidente da República.

À ocasião de novo pedido de sobrestamento, o Ministro Marco Aurélio encaminhou ofício ao Gabinete da Presidência, nos seguintes termos:

O quadro gera enorme perplexidade e desgasta a instituição que é o Supremo. A apreciação do processo teve início em 8 de setembro de 1999, ou seja, na data de hoje, há catorze anos, onze meses e catorze dias. Após incidente que resultou em declarar-se insubsistente o que deliberado no início do julgamento, considerada a passagem do tempo, na sessão de 24 de agosto de 2006, veio à balha pronunciamento conhecendo do recurso extraordinário e, quanto ao mérito, houve a formalização de seis votos favoráveis à contribuinte. Mas, fadado o processo a incidentes, a sequência do exame foi interrompida, a pretexto de aguardar-se o atinente a processo objetivo – Ação Declaratória de Constitucionalidade no 18<sup>212</sup>.

---

<sup>212</sup> RECONDO, Felipe. Como o STF decide o que e quando não julgar (15/09/2014). **Jota**, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/article8-como-o-stf-decide-o-que-e-quando-nao-julgar>>. Acesso em: 30 ago 2016.

Embora o julgamento da ADC 18 ainda não tenha sequer se iniciado, o recurso extraordinário foi retomado e concluído em outubro de 2014, sob o destaque do então presidente de que “se trata de um recurso extraordinário, sem repercussão geral, de interesse apenas subjetivo, *inter partes*, portanto, sem qualquer efeito *erga omnes*”.

### *O Dogma do Legislador Negativo*

Por fim, uma terceira manobra estrategicamente utilizada para adiar a decisão de casos de intensa repercussão econômica ou não enfrentar casos difíceis consiste na utilização retórica do dogma do legislador negativo. Alternativo ao engavetamento, o dogma permite se esquivar da discussão, alegando a impossibilidade de prolatar sentença normativa ou criar solução para o caso concreto.

Com base em precedente de relatoria do Ministro Moreira Alves<sup>213</sup>, o dogma do legislador positivo consiste na crença de que o Supremo Tribunal Federal, ao exercer o controle de constitucionalidade, deve atuar tão-somente como *legislador negativo*, jamais como legislador positivo, sob pena de usurpação função típica do Congresso Nacional<sup>214</sup>. Assim, os juízes constitucionais deveriam ater-se à invalidação de norma eivada de inconstitucionalidade, sem integrar lacunas ou prolatar sentenças aditivas ou normativas.

É sabido que o princípio da separação de poderes não decorre do direito natural, revestindo-se das características que o constituinte lhe atribuiu. Ainda assim, é inegável que “o princípio da separação de poderes, embora não seja um princípio rígido, implica, no seu conteúdo essencial, a distinção entre legislação e jurisdição”<sup>215</sup>.

A par da separação de poderes, o princípio democrático também fundamenta as restrições à atuação normativa do Judiciário. Isso porque, a despeito da notória crise de representatividade, o povo deposita nas urnas expectativas e responsabilidades, que justificam

---

<sup>213</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação* nº 1451-7. Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves julgado em 25 mai. 1988, publicação em 26 jun. 1988.

<sup>214</sup> BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 44, p. 206, jan./jun. 2014. p. 189.

<sup>215</sup> MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 495.

a posterior prestação de contas dos poderes eleitos. Isso se verifica, sobretudo, nos temas infraconstitucionais e nos compromissos de fórmula dilatória deixados pelo constituinte<sup>216</sup>.

A deferência da corte constitucional à opção feita pelo legislador se justifica não apenas por tecer homenagens à separação de poderes e ao princípio democrático, mas muitas vezes por razões práticas ou estratégicas. Exemplos dessas razões são a dificuldade de se estabelecer uma solução genérica que contemple todas as hipóteses; o risco de descumprimento da decisão judicial pelo legislador ou administrador (*noncompliance*); ou o elevado ônus político de certas decisões.

Ao modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, definindo qual deveria ser a regra aplicável até que sobrevenha outra, o Plenário se afasta da atuação como mero legislador negativo. Isso não significa, contudo, que tenha legislado, muito menos que tenha atuado como “legislador positivo”. Apenas exerceu seu papel político-jurídico de guardião da Constituição e dos valores que lhe são caros, como o da segurança jurídica.

Interessante observação é feita por André Ramos Tavares: a Justiça Constitucional, consistente com seus pressupostos e objetivos, não invade o espaço do legislador quando extirpa norma inconstitucional do ordenamento jurídico. Mais do que legislativo – positivo ou negativo –, trata-se de um poder eminentemente *constitucional*, estruturante<sup>217</sup>. No entanto, a discricionariedade com que se baseia em razões de interesse público vai além dessa atribuição e, assim, “transmuda-se em função de caráter acentuadamente político”, revelando “uma conotação legislativa”<sup>218</sup>. Confira-se:

(...) Ao contrário do que sustentou Kelsen, ao desempenhar a função de eliminar as leis, não se arvora o Tribunal Constitucional em função propriamente legislativa (sentido estrito), mas sim em função tipicamente constitucional (estatura normativa máxima). Assim, se é certo que a eliminação de uma lei pode ocorrer por outra lei e, dessa forma, manter-se no patamar legal, não é isso o que ocorre no fenômeno de eliminação promovida

<sup>216</sup> SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1996, p. 54-56.

<sup>217</sup> Por função estruturante, o autor compreende aquela que visa a “impor o princípio da não-contradição interna, mas igualmente obter um “funcionamento prático” do ordenamento (TAVARES, André Ramos. *Justiça constitucional e suas fundamentais funções*. **Revista de Informação Legislativa**, 2006, p. 32.). Em outros termos, é “aquela destinada à manutenção da organização (estrutura) do ordenamento jurídico” (TAVARES. **Curso de Direito Constitucional**. p. 257).

<sup>218</sup> TAVARES, André Ramos. *Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional*. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, n. 7, p. 167-181, abr./jun. 2009. p. 176-177.

pelo Tribunal Constitucional, no exercício do que se convencionou chamar, aqui, função estruturante<sup>219</sup>.

O autor não estende expressamente a mesma lógica à atuação criativa do juiz<sup>220</sup>. No entanto, tratando-se da atuação de tribunais constitucionais em questões estratégicas de grande repercussão, parece razoável inferir que as funções da Justiça Constitucional legitimam uma atuação mais ativista dos juízes constitucionais, para além da invalidação de normas inconstitucionais. Especificamente, é o que parece decorrer da *função governativa*, “típica função jurídica de vertente política”, que compete por excelência a um órgão politicamente neutro.

O governo dos juízes seria, então, legítimo em certos casos, como quando a corte exerce seu papel contramajoritário, quando fixa competência entre os poderes políticos, quando define as práticas permitidas e as exigidas do Estado na proteção de direitos fundamentais, “quando ocorre o fracasso dos políticos (do Parlamento e do Executivo), ou quando há uma divisão de opiniões que impede a tomada de uma decisão”<sup>221</sup>. A toda a evidência, a jurisprudência da crise contempla diversas hipóteses nas quais a corte constitucional é imbuída de função governista, cujo ativismo político que lhe é inerente não se confunde com função legislativa – nem positiva nem negativa.

Não são poucos os critérios e parâmetros definidos para essa atuação ativista. Rui Medeiros destaca “o critério da vontade hipotética do legislador e o critério da solução constitucionalmente obrigatória”<sup>222</sup>. Já Rodrigo Brandão menciona “a circunstância de norma constitucional de forte densidade normativa (regra) conceder inequivocamente determinado direito a seus destinatários” e da possibilidade de “aplicação por analogia de leis incidentes sobre casos semelhantes”<sup>223</sup>. Angela Pelicioli, por sua vez, define como requisitos das sentenças

---

<sup>219</sup> TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, n. 7, p. 167-181, abr./jun. 2009. p. 173.

<sup>220</sup> Ao contrário, via de regra, rechaça: “Ao desenvolvê-la [a função interpretativa], o Tribunal Constitucional pode acabar por se tornar não apenas um ‘legislador positivo’, mas, mais do que isso, um verdadeiro ‘poder constituinte permanente’, uma ‘terceira câmara do Congresso’”.

<sup>221</sup> TAVARES. Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. p. 42.

<sup>222</sup> MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 501-505.

<sup>223</sup> BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 44, p. 206, jan./jun. 2014.

normativas, “a omissão de lei ou ato normativo que contrarie a Constituição” e a “observância da realidade histórica e dos resultados possíveis”<sup>224</sup>.

No direito italiano, a distinção é mais consequencialista. Enquanto sentenças aditivas de prestação, que promovem “aumento imediato de despesas do ente público envolvido”, demandam um agir mais cauteloso do juiz constitucional, as “sentenças aditivas de garantia, que estendem direitos a pessoas originalmente não contempladas sem promoverem aumento de despesas”<sup>225</sup> são mais amplamente admissíveis. A distinção se fia, então, nos efeitos de procedência.

Parece razoável complementar, ainda, com um requisito substantivo: a estatura constitucional do direito tutelado. Isso porque, embora não haja hierarquia entre normas constitucionais, é inegável que direitos fundamentais inspiram a proteção máxima dos poderes políticos. Caso a fruição de direitos fundamentais esteja sendo obstaculizada pela inércia do legislador – motivada ou não –, caberia ao Poder Judiciário arvorar-se em uma postura mais eficaz.

Alvo de inúmeras críticas, o dogma se distancia da realidade do Poder Judiciário brasileiro e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, que, com frequência, prolata sentenças normativas. Como exemplo, é comum mencionarem o mandado de injunção coletivo com efeitos *erga omnes*, modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, interpretação conforme à Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e criação ou alteração de norma constitucional por sentença aditiva ou modificativa<sup>226</sup>.

É imperioso, então, admitir que há diversas hipóteses em que o ativismo judicial, mesmo criativo, pode se justificar como medida necessária para maior efetividade da Constituição. Nesses casos, invariavelmente, o Judiciário se despe do papel de legislador puramente negativo.

No mesmo sentido, Rodrigo Brandão destaca a importância de que “se perca o medo de admitir-se que o STF, em um número razoável de casos, atua como legislador positivo, e mesmo que ele pode fazê-lo em determinadas situações sem que haja necessária afronta ao princípio da separação dos poderes”. Complementa que a questão se dirime pela distribuição de “maior

---

<sup>224</sup> PELICLIOLI, Angela Cristina **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional**: O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo. São Paulo: LTr, 2008, p. 203-231.

<sup>225</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As Sentenças Manipulativas aditivas – o caso das Cortes Constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. **Revista de Processo**, v. 246, p. 403-427, ago. 2015.

<sup>226</sup> PELICLIOLI, Angela Cristina **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional**: O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo. São Paulo, LTr. 2008, p. 243.

ônus argumentativo do STF nas hipóteses em que a sua decisão somente de maneira tênue se reconduza ao texto constitucional”<sup>227</sup>.

Dois exemplos ilustram o ponto.

O primeiro se verificou no Brasil, quando do recente julgamento dos recursos extraordinários que tratam do direito à desaposentação<sup>228</sup>. Em meio à patente crise econômica e premente necessidade de reforma previdenciária, o Supremo Tribunal Federal, por maioria apertada de 6 a 4, afastou o direito de trabalhadores ao recálculo do benefício previdenciário a partir dos valores pagos a título de contribuição previdenciária após a aposentadoria por tempo de serviço e ao avanço da idade.

No julgamento, as consequências econômicas de eventual procedência foram suscitadas por diversos ministros, ressaltado o contexto de crise. Por fim, prevaleceu o entendimento de que a desaposentação se insere no campo da discricionariedade normativa do legislador. Até que haja regulamentação, não se pode exigir judicialmente esse direito ao INSS, nem poderia o Judiciário se imiscuir na função legislativa de estabelecer critérios ou cálculos atuariais.

A decisão acarretou uma economia de R\$ 7,7 bilhões aos cofres públicos, conforme cálculos da Advocacia-Geral da União. Atribuir essa competência ao Congresso Nacional era uma alternativa muito oportuna, vez que a proposta de Reforma da Previdência do governo que será enviada ao Legislativo veda a desaposentação. Assim, o Supremo sinalizou o que entendia sobre o tema antes de iniciada a tramitação da Reforma, como expressamente reconheceu a ministra Cármen Lúcia, quando recusou o requerimento para retirada do processo da pauta<sup>229</sup>.

A manobra não é apanágio da jurisdição constitucional pátria. O segundo exemplo consiste no caso *Ramos*<sup>230</sup>, julgado pela Corte Constitucional da Argentina. À ocasião, uma mulher em extrema miserabilidade alegava que seus oito filhos não podiam ir à escola por falta de recursos. Uma de suas filhas sofria de uma doença cardíaca e necessitava de assistência

---

<sup>227</sup> BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 44, p. 218, jan/jun 2014.

<sup>228</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 381367, Rel. Min. Marco Aurélio; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 661256, Rel. Min. Roberto Barroso, Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 827833, Rel. Min. Roberto Barroso. Os três recursos extraordinários aqui citados foram julgados em conjunto no dia 26 out. 2016. O Min. Dias Toffoli foi designado relator para acórdão.

<sup>229</sup> RECONDO, Felipe. Supremo e a vanguarda governista (28/10/2016). **Jota**, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/supremo-vanguarda-governista-28102016>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

<sup>230</sup> Supreme Court of Argentina, Ramos, Marta Roxana y otros v. Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo, 12 March 2002.

médica. A Corte não conheceu do caso (*dismissed*), pois (i) haveria uma falha da autora ao provar a conduta ilegal e arbitrária do Estado, pois o Governo não teria negado acesso à educação ou a um tratamento e (ii) o pedido deveria ser direcionado às autoridades administrativas.

Em *obiter dictum*, afirmou a Corte que ela não poderia avaliar questões fora de sua jurisdição nem analisar discricionariamente a alocação de recursos. Segundo Christian Courtis, trata-se de decisão isolada, inconsistente com decisões prévias e posteriores da Corte. Sob a ótica política, a Corte teria avaliado o efeito em cascata que uma decisão no sentido de atender ao pedido da autora traria em um cenário pós-crise econômica e de grande crescimento da pobreza, aliado ao desgaste institucional que provocaria face aos demais poderes<sup>231</sup>.

### 1.5. Conclusão parcial

Sempre estivemos em crise, diz o ministro Marco Aurélio. Sim, é verdade. Sempre haverá alguma crise e em algum grau, porque há vários tipos de crise e, sobretudo nos países em desenvolvimento, os efeitos das oscilações capitalistas reverberam negativamente em prestações básicas. No entanto, assim como não se pretende utilizar esse argumento generalista para neutralizar a influência do contexto econômico, tampouco a crise econômica justifica a aniquilação de direitos, a adoção de um estado de exceção ou a legitimação de tiranias. A utilização do raciocínio econômico é válida para impedir que o Judiciário seja mais um fator de crise.

Voltando os olhos ao mundo, verifica-se que as limitações fáticas impostas pela crise são inafastáveis, assim como o são os reflexos econômicos da atuação jurisdicional. Mesmo quando as cortes constitucionais pretendem ignorar o contexto ou adiar o provimento

---

<sup>231</sup> “Do lado político, o processo foi apresentado pouco depois da explosão da devastadora crise social, política e econômica de dezembro de 2001, a pior crise da história da Argentina. O número de argentinos que vivem abaixo da linha de pobreza disparou de 15-17% da população para 45-50%. Provavelmente, o Tribunal considerou o potencial efeito ‘bola de neve’ de conceder uma medida de auxílio judiciário num contexto político e econômico tão delicado em termos de interferência com os poderes políticos do governo e de atrair um encargo insuperável de casos”. Lê-se no original: “On the political side, the lawsuit was filed shortly after the outburst of the devastating social, political and economic crisis of December 2001, the worst crisis in Argentina’s history. The number of Argentines living under the poverty line rocketed from 15–17 per cent of the population to 45–50 per cent. The Court probably weighed the potential ‘snowball effect’ of granting court relief in such a delicate economic and political context in terms of both interference with the political branches of government and of attracting an insurmountable burden of cases.” (COURTIS, Christian. *Argentina: Some Promising Signs In: LANGFORD, Malcolm (Ed.). Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 176).

jurisdicional, sua atuação produz efeitos sociais relevantes, como a manutenção do *status quo*, que potencializa os efeitos da crise sobre aqueles que já eram mais onerados. Assim, as cortes constitucionais não ficam alheias ao contexto econômico de grave crise e às consequências específicas e sistêmicas de sua atuação. Aberta ou veladamente, os juízes, sobretudo os constitucionais, estão inevitavelmente impingidos a refletir sobre relações de adequação entre meios jurídicos e fins normativos.

Qual seria, então, a melhor estratégia dentre as apresentadas? A ideia de uma estratégia ótima é incompatível com a proposta pragmatista que se pretendeu apresentar. Assim como, via de regra, não há uma única resposta certa, nem um único método interpretativo, a postura estratégica faz com que tribunais constitucionais ora lidem com a crise às claras ora prefiram uma abordagem mais *sutil*.

Isso não significa que a escolha seja aleatória. O caráter empírico do pragmatismo impede que se carteiem vieses. As influências externas, tais como os fatores já mencionados – opinião pública, credores, organismos internacionais, mídia e governo –, assim como a gravidade da crise, a relação jurídica em conflito, as consequências sistêmicas do caso influem na escolha do comportamento.

Apesar disso, é razoável supor que, via de regra, o consequencialismo sincero e estruturado, característico do primeiro modelo de enfrentamento, revela-se mais vantajoso para a promoção dos princípios democrático, republicano e de eficiência do que as alternativas oblíquas que os tribunais têm empregado. Nas palavras de Posner, “a incerteza e a indeterminabilidade são preocupações pragmáticas, não valores pragmáticos”<sup>232</sup>.

A maior transparência nas decisões judiciais, assim como alguma sistematização da argumentação e a adoção de um método mais objetivo mostram-se ferramentas úteis para facilitar o controle social tanto dos objetivos pretendidos quanto dos resultados obtidos. Esse controle se exerce não apenas pela sociedade, mas também pelos demais poderes, pela mídia e pelos próprios integrantes das Cortes Constitucionais, que, sem que se cogite de qualquer engessamento, veem nos precedentes uma linha argumentativa a ser superada ou não, a depender dos demais fatores sopesados. Haveria, dessa forma, maior segurança jurídica e responsividade (*accountability*) – ainda que não necessariamente maior previsibilidade.

---

<sup>232</sup> POSNER. *Direito, Pragmatismo e Democracia...*, p. 49.

Assim, a influência do contexto econômico na jurisdição constitucional cria uma jurisprudência da crise, ou seja, um comportamento institucional de tomada de decisão adaptado à crise, o que não prediz uma virada jurisprudencial definitiva ou estanque.

## 2. ANTIFUNDACIONALISMO: AS FUNDAÇÕES A QUE SE CONTRAPÕE A JURISPRUDÊNCIA DA CRISE

Na clássica matriz tripartite dos elementos que compõem o pragmatismo, o antifundacionalismo consiste na “rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais e dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento”<sup>233</sup>. Fundamentos são, portanto, premissas teóricas, bases sobre as quais determinado pensamento finca raízes que o suportam e alimentam. Na filosofia, esses fundamentos basilares poderiam ser exemplificados como a verdade ou a moral, o que levou filósofos pragmatistas a tautologicamente apostarem na falibilidade da própria teoria<sup>234</sup>.

Por serem fundamento de validade inquestionável, as fundações não costumam ser justificadas, senão porque configuram a própria justificativa em si. O argumento é simples: enquanto se acredita em determinado dogma por ser verdade, por ser da natureza das coisas ou por ser imanente, não se discute a verdade, a essência, nem a imanência. Um cético dirá que não é verdade, mas ninguém discutirá a própria verdade.

O antifundacionalismo configura antes uma característica que um elemento. Dessa forma, embora seja difícil visualizar ou exemplificar seu objeto, é importante diferenciar de uma negação niilista e estéril. É meramente jocosa a afirmação de Posner de que malhar teorias jurídicas ambiciosas é uma das principais utilidades do pragmatismo<sup>235</sup>. Rejeitam-se fundações, na medida em que se traduzam em premissas estanques e irretorquíveis, dogmas.

Segundo Posner, “o significado de um conceito reside nas consequências que se seguirão ao pô-lo em prática e a validade de uma crença reside no fato de ela levar às consequências esperadas quando postas em prática”<sup>236</sup>. A síntese pragmatista abarca a um só tempo o consequencialismo e o antifundacionalismo, tendo em vista que, ao se subordinar a

---

<sup>233</sup> POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: Teoria Social e Política. Rio de Janeiro: Relume Demará, 2005, p. 26.

<sup>234</sup> POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 412: “a verdade revelou-se um conceito problemático para muitos pragmatistas. O significado essencial da palavra é independência do observador, coisa que o pragmatista tende a questionar ou até negar.”

<sup>235</sup> POSNER. **Para Além do Direito**..., p. 417.

<sup>236</sup> POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2005, p. 38. Lê-se no original: “the meaning of a concept lies in the consequences that follow from acting upon it and that the validity of a belief lies in the fact that it leads to the expected consequences when acted upon”.

validade de uma crença ou instituto a seus efeitos, esvazia-se seu peso apriorístico ou determinante. Isso ocorre não apenas com a verdade, a razão e a moral, conceitos centrais para a análise filosófica, mas também para as próprias instituições jurídicas. Assim, o Direito não constrange o intérprete pragmatista por si só, mas no tanto que produz efeitos diferenciados e preferíveis<sup>237</sup>.

Como visto, o enquadramento do pragmatismo dentre as categorias de estudo representa, por si mesmo, um desafio. Considerando que se trata de uma teoria interpretativa, o antifundacionalismo pode ser ilustrado a partir da objeção aos fundamentos sobre os quais foram erguidas outras teorias da interpretação jurídica. Como aponta Thamy Pogrebinski, são fundações a norma fundamental do positivismo de Kelsen e a comunidade dos princípios da teoria de Dworkin<sup>238</sup>. Na mesma linha, Posner cita princípios gerais que, por seu alto grau de abstração, não resolvem casos concretos, sob a perspectiva pragmatista, como justiça, equidade, autonomia, liberdade e intangibilidade da vida<sup>239</sup>.

A adoção da crítica como método, que caracteriza o pragmatismo, estimula o intérprete a questionar todas as premissas em que se baseiam os institutos jurídicos ou cada elemento da argumentação jurídica. Sequer o direito natural, que precede e subordina o próprio caráter original do poder constituinte, esquivava-se desse questionamento. Nesse sentido, confira-se trecho de seu Manifesto Pragmático:

[...] o direito é uma atividade, não um conceito ou um grupo de conceitos. É impossível, a priori, determinar o que pode ou não ser considerado como argumento em direito. A importância moderna do direito natural não implica concebê-lo como um *corpus* de normas objetivas que sancionam o direito positivo, mas como uma fonte dos argumentos éticos e políticos que os juízes usam para contestar, mudar ou elaborar o direito positivo – em outras palavras, para produzir um novo direito positivo. Não há “reais” morais (pelo menos, nenhum disponível para se decidirem os casos jurídicos complicados), assim como não existe um *corpus* de direito positivo que de algum modo preexista às decisões judiciais (...). A linha que separa o direito positivo do direito

<sup>237</sup> POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2005, p. 94. O autor adverte, contudo, que o afastamento dos precedentes na adjudicação pragmática não apresenta respostas morais que impeçam sua captura por qualquer ideologia. Em suas palavras, conclui: “A related point is that pragmatism has no soul; it has no roots in concepts of justice or natural law; it has nothing to set against public opinion”.

<sup>238</sup> POGREBINSCHI, Thamy; EISENBERG, José. Pragmatismo, Direito e Política. **Revista Novos Estudos Cebrap**, n. 62, p.120, mar. 2002.

<sup>239</sup> POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2005, p. 75. Referindo-se especificamente ao empiricismo e ao caráter experimental do pragmatismo, o autor cita Holmes em apoio.

natural deixou de ser interessante ou importante, e os próprios conceitos são insípidos<sup>240</sup>.

Tendo isso em vista, as objeções jurídicas possivelmente opostas à jurisprudência da crise devem ser enfrentadas sob a visão pragmatista de que, se não produzem resultados práticos, traduzem-se em meros dogmas a serem rechaçados. Analisa-se adiante três críticas comumente levantadas à utilização do raciocínio econômico na jurisdição constitucional: (i) falta capacidade institucional para juízes operarem conceitos e valores econômicos; (ii) a autonomia do Direito impõe uma análise positivista-formalista; e (iii) ao se opor ao Estado Democrático de Direito, a jurisprudência da crise travestiria um estado de exceção não declarado. Veja-se cada crítica isoladamente.

### **2.1. Juízes não sabem lidar com números: a crítica operacional**

A utilização do raciocínio econômico na jurisdição constitucional, trate-se ou não de jurisprudência da crise, encontra severas críticas quanto a sua operacionalidade, podendo ser sintetizadas na anedótica constatação de que *juízes não sabem lidar com números*.

A dificuldade de fato existe, mas a crítica, que aqui se rotulou operacional, merece uma análise mais detida. Como se verá a seguir, este capítulo pretende soltar as amarras que impedem os juízes de se valerem de outras ciências na formação de sua convicção jurisdicional – especificamente no presente caso, de promover um raciocínio *econômico* do Direito.

Desde logo, esclareça-se que não se pretende transformar juristas em economistas, muito menos em cientistas. Bem se sabe que há muito pouco de científico nas ciências sociais, nas quais se insere a Economia, o que não desqualifica os institutos econômicos que podem ser utilizados como instrumentos adicionais na atuação do intérprete – adicionais, não substitutivos. Se é evidente que não se pode admitir a captura do Direito pela Economia ou pela Política, já de há muito se abandonou a visão cartesiana de uma teoria pura<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 614-615.

<sup>241</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009. p. 1: “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe

A seguir passa-se a entender melhor em que consiste referida crítica, para então ponderar sua pertinência à jurisprudência da crise e avaliar mecanismos de mitigação.

Alguns autores apresentam-se céticos quanto a considerações jurisprudenciais de cunho objetivo ou econômico, em razão de limitações práticas. Não se trata propriamente de resgatar o purismo da interpretação jurídica, mas de apontar a falta de expertise técnica do jurista e de capacidade institucional do Judiciário para efetuar análises numéricas ou prognoses. Concluem, com frequência, que os custos necessários para a utilização desse instrumental empírico não justificam sua adoção generalizada como mecanismo de decisão judicial<sup>242</sup>.

Em um primeiro momento, portanto, a crítica se dirige ao intérprete. A partir da assertiva genérica de que juízes não sabem lidar com números, é possível apontar a incongruência entre a formação jurídica das faculdades de Direito e a familiaridade com os institutos econômicos.

Em obra clássica sobre o tema intitulada *Good Economics. Bad Law*, James Buchanan distingue a “boa economia” da “má economia”, reservando aquele rótulo à utilização de institutos econômicos por juristas bem formados – em especial aqueles que foram iniciados na análise econômica do Direito, ainda nos tempos de graduação, por meio dos ensinamentos de professores destacados como Richard Posner. No extremo oposto, figuram “os charlatães e jornalistas, à margem da academia”<sup>243</sup>.

Sem que a iniciação científica ocorra concomitante à formação acadêmica, o dito raciocínio jurídico *a priori* seria construído sem qualquer reflexão econômica. Os juristas, complementam Bruno Salama e Mariana Pargendler, costumam prestigiar obras não científicas, o que faz com que haja mais obras não científicas a lhes auxiliar a argumentação<sup>244</sup>.

Deve-se investir na formação de juristas, sobretudo daqueles que pretendem ocupar papel decisório, seja no Judiciário seja na Administração Pública. Não há polêmica nisso. A constatação descritiva de Buchanan não leva nem mesmo o autor a desaconselhar a utilização de princípios econômicos por parte dos juristas. O autor, cuja formação se iniciou na Escola de

---

garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (...) De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia com a ética e a teoria política”.

<sup>242</sup> VERMEULE; SUNSTEIN. Interpretation and Institutions...

<sup>243</sup> BUCHANAN, James. Good Economics. Bad Law. *Virginia Law Review*. v. 60, n. 3, mar. 1974, p. 484.

<sup>244</sup> PARGENDLER; SALAMA. Op. Cit., p. 136.

Chicago, defende que os princípios econômicos em regra fazem bons “economistas” e contribuem positivamente para as decisões judiciais. Essa boa economia, que domina os instrumentos econômicos com propriedade e cautela, é, em geral, preferível à não economia ou à má economia<sup>245</sup>.

Em um segundo momento, a crítica se direciona para o Poder Judiciário, que não dispõe de instrumental humano e logístico para experimentos empíricos. O rol de obstáculos operacionais é amplo: um ambiente institucional marcado por escassez de pessoal tecnicamente treinado, informações pertinentes e bancos de dados prontamente disponíveis; por significativas assimetrias de recursos para fins de litigância e amplos espaços para a manipulação estratégica das informações; e, enfim, por uma agenda de trabalho que impõe sérias restrições materiais e temporais aos esforços de solução de casos mais complexos pelos julgadores<sup>246</sup>.

Nesse particular, ainda, uma crítica operacional comum é a que identifica o risco de os dados econômicos serem utilizados como “argumentos apelativos, emotivos ou pura e simplesmente *ad terrorem*”, como no “recorrente argumento de que eventual julgamento desfavorável ao Fisco seria capaz de impactar as contas públicas em X bilhões de reais”<sup>247</sup>.

A crítica é pertinente e o próprio autor se encarrega de respondê-la. A dificuldade não reside na alegação fazendária de que o impacto de determinada providência será de tantos milhões, mas na sua utilização meramente retórica e *ad terrorem*. Se a Fazenda, assim como o sindicato ou a confederação da indústria, apresentar dados e cálculos objetivos que demonstrem como foram obtidas tais informações, além de permitir o contraditório da outra parte ou interessada, viabiliza o controle judicial e social da veracidade das informações. As sugestões operacionais para esse diálogo serão analisadas adiante.

Por fim, a crítica operacional se dirige ao Direito. Para Bruno Salama e Mariana Pargendler, essa preferência decorreria da própria essência da ciência jurídica. Referindo-se especificamente à atividade jurisdicional, consideram que métodos científicos buscam “a verdade”, enquanto os magistrados tomam por referencial “a clareza, a persuasão, a

---

<sup>245</sup> BUCHANAN. Op. Cit., p. 484. Lê-se no original: “Considered on a case-by-case basis, legal decisions would indeed be improved if those charged with authority should be made cognizant of economic principles. (...) Good economics, Chicago-style, which is what Posner teaches, is better than no economics (...)”

<sup>246</sup> SCHUARTZ. Op. Cit., p. 136.

<sup>247</sup> ANDRADE, Fabio. **O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010, p. 108-109.

significância e a aplicabilidade”<sup>248</sup>. Dessa forma, a doutrina não científica afigura-se uma ferramenta mais conveniente para o jurista.

O contraponto trazido pelos autores merece uma reflexão. De fato, a essência da ciência jurídica dissocia ser e dever ser, impedindo que da mera observância da realidade decorram conjecturas prescritivas. O Direito prescreve, subjugando a realidade. No entanto, como já se mencionou, a correlação entre as esferas descritivas e positivas é interdependente, sob o risco de uma leitura crua do dever ser silenciada pelos fatos.

Nesse particular, parece que as críticas levantadas à utilização do raciocínio econômico por juristas se passa menos ao caráter científico, dado que tampouco se verifica na economia, e mais à expertise de uma “ciência” diferente da jurídica, como seria com a utilização de conceitos da psicologia, da ciência política ou da sociologia. Levado ao extremo, esse argumento ressuscita a pré-compreensão de Direito como Teoria Pura e vê no formalismo uma alternativa mais consentânea com as restrições fáticas ou teóricas do decisionismo judicial, preferível, portanto, a conjecturas empíricas. Nesse ponto, remete-se ao próximo item, em que se trata da autonomia científica do Direito.

É como reconhecem Mariana Pargendler e Bruno Salama, aduzido que nem a Economia nem o Direito seriam efetivamente científicos. Por ser uma ciência social, a Economia contaria com as mesmíssimas restrições que o Direito: as hipóteses não são falseáveis, a verificação descritiva do mundo não contribui para um juízo prescritivo, diante da dissociação entre ser-dever ser, e a carta coringa transforma qualquer pretensão de objetividade em mera retórica.

Por essa razão, embora considerem que as considerações de índole econômica sobre as consequências da aplicação prática de uma ou outra norma jurídica jamais forneceriam um prognóstico comprovável e definitivo que servisse ao consequencialismo jurídico<sup>249</sup>, os autores admitem que poderiam representar valioso instrumental metodológico, por serem razoavelmente objetivas e controláveis.

É nessa concessão final que reside grande parte da solução da questão. Como se verificará oportunamente ao se tratar de perspectivismo, a influência do contexto econômico ou raciocínio econômico analisada na presente dissertação não se resume à utilização fria de modelos econométricos e planilhas estatísticas. Nem só de cifras e gráficos vive o raciocínio econômico – sobretudo aquele de que se trata.

---

<sup>248</sup> PARGENDLER; SALAMA. Op. Cit., p. 136.

<sup>249</sup> PARGENDLER; SALAMA. Op. Cit., p. 130-137.

A defesa que se faz é da utilização consciente e transparente de reflexões econômicas das alternativas apresentadas ao juiz constitucional. Para tanto, são necessárias prognoses com bases em estatísticas e cálculos dos custos financeiros imediatos, sistêmicos e prolongados das decisões. No entanto, há outros tantos instrumentos da análise econômica que inspiram o raciocínio do intérprete sem se traduzirem em equações matemáticas. Cite-se, por exemplo, os custos de oportunidade, o sistema de incentivos, o custo de transação, a análise de equilíbrio e o princípio da utilidade marginal decrescente.

Buchanan apresenta um exemplo que reflete o papel das reflexões de ordem econômica na formação de decisões, destacando a utilidade dos conceitos básicos do *good economics*. Ressalve-se apenas que o texto é de 1974, o que justifica o espantinho de um Posner ainda delustrado com o eficientismo, assim como uma fé desmedida na autorregulação do mercado<sup>250</sup>. Confira-se:

Diante de uma interrupção nos canais de abastecimento de combustíveis, e especialmente diante de uma crescente demanda de energia, muitos políticos norte-americanos no final de 1973 (a maioria dos quais advogados) começaram a falar seriamente sobre as possibilidades de impor controles obrigatórios sobre a alocação de suprimentos e sobre a necessidade subsequente de racionamento de *heating oil* e gasolina entre os potenciais demandantes. O caos que qualquer tentativa em grande escala de introduzir tais "soluções" deve criar poderia ser entendido e previsto pelo tomador de decisão treinado no livro de Posner, que manteve suas faculdades críticas. Ao prever o estresse imposto à ordem social por um regime de preços controlados e alocações racionadas, esse advogado (ele mesmo, legislador, burocrata ou conselheiro presidencial) não precisa colocar um valor primordial na eficiência econômica per se. Mas sua compreensão elementar da análise econômica positiva faria com que ele reconhecesse mais plenamente o custo social genuíno de qualquer dessas políticas.

Com esse conhecimento, o tomador de decisões estaria motivado a buscar e apoiar alternativas institucionais que gerem menos tensão social, menos evasão aos padrões de conduta postulados e maior adesão às normas legais. O direito e a legislação que são amplamente informados por *good economics* basear-se-ão na compreensão da função do mercado na manutenção da ordem social, que não é primariamente a de assegurar a eficiência ou maximizar o valor, medida em preços determinados pelo mercado<sup>251</sup>.

<sup>250</sup> Sobre o tema ver SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**, 2012. Disponível em: <[https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/)>. Acesso em: 26 dez. 2016 e FREIRE, Alonso. O Pêndulo de Posner. **Revista Pensamento Jurídico da FADISP**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 243-246, 2015.

<sup>251</sup> BUCHANAN. Op. Cit, p. 486. Lê-se no original: "Faced with a disruption in the norma channels of fuels supply, and especially in the face of a rapidly increasing demand for energy, many American politicians in late 1973 (mmost of whom are lawyers) commenced to talk seriously about the prospects of imposing mandatory controls over the allocation of supplies and about the subsequent necessity for rationing heating oil and gasoline among potential demanders. The chaos that any full-scale attempt to introduce such 'solutions' must create could be understood and predicted by the decision-maker trained on Posner's book who retained his critical faculties. In predicting the stress put on social order by a regime of controlled prices and rationed allocations, this lawyer

Verificados os pontos objetados pela crítica, deve-se avaliar sua pertinência à jurisprudência da crise. É inegável que, via de regra, os juristas não têm formação extrajurídica e o Judiciário não dispõe de recursos suficientes para promover prognoses consequencialistas que permitam comparar as alternativas que se aventam em cada caso. É mesmo inviável realizar pesquisas empíricas em todos os casos submetidos a todos os juízes – mas não é disso que se cogita na presente dissertação.

Como visto, na jurisprudência da crise, tribunais constitucionais são instados a se manifestar sobre casos difíceis de grande repercussão econômica. São essas questões específicas que demandam *pontualmente* esforços redobrados na construção da decisão judicial. Analisando o que foi dito: deve-se considerar em que medida a crítica operacional se adequa às decisões tomadas (i) por cortes constitucionais; (ii) em casos difíceis; e (iii) de grande repercussão econômica.

As cortes constitucionais são, em regra, compostas por poucos juízes constitucionais<sup>252</sup>, dos quais não se requer conhecimentos extrajurídicos<sup>253</sup>, nem especificamente que dominem os institutos econômicos. O notório saber é jurídico. Todavia, há nos tribunais constitucionais diversos outros agentes encarregados de auxiliar os juízes constitucionais em seu mister, como os assessores e analistas. Assim como parlamentares não detêm uma formação plural o bastante para abarcar a vasta plêiade de disciplinas objeto do processo legislativo, as funções auxiliares complementam, diversificam e aprofundam o estudo de matérias específicas.

Além do corpo técnico ordinário é possível convocar especialistas pontuais para cada decisão. Isso já é amplamente realizado por meio da colaboração de *amici curiae* e da convocação de audiências públicas, embora seu admirável papel democratizante tenha

---

(be he judge, legislator, bureaucrat, or presidential adviser), need not place an overriding value on economic efficiency per se. But his elementary understanding of positive economic analysis would cause him to recognize more fully the genuine social cost of any such policy.

With such knowledge, the decision maker should be motivated to search for and to support institutional alternatives which generate less social tension, less evasion of postulated standards of conduct, more general adherence to legal norms. Law and legislation that is thoroughly informed by good economics will be based on an understanding of the market's function in maintaining social order, which is not primarily that of insuring efficiency, or maximizing value, as measured in market-determined prices.”

<sup>252</sup> É importante que assim seja em razão do papel específico que desempenham. Ressalvadas as discussões específicas sobre supremacia judicial, aos ministros cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição, vinculando todos os demais poderes. Assim, a restrição na quantidade de membros reforça o notório saber e facilita o consenso deliberativo.

<sup>253</sup> Há exceções pontuais, que se permite desconsiderar. Por todas, vide a Corte Constitucional Belga, composta paritariamente por juristas e parlamentares.

enfrentado obstáculos práticos<sup>254</sup>. É possível, ainda, cogitar de um instrumento pouco difundido: as diligências periciais.

Conforme sugere Fernando Leal em recente artigo sobre o caso dos planos econômicos<sup>255</sup>, a designação de perito representa uma boa alternativa para os casos em que o Supremo Tribunal não decide “porque não sabe bem o que fazer”, “especialmente no contexto de atual instabilidade econômica”. Isso contribui para reforçar a confiabilidade das prognoses, um típico problema de raciocínios consequencialistas.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as Leis 9.868/99 e 9.882/99 facultam ao relator das ações em controle concentrado “designar perito ou comissão de perito para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”<sup>256</sup>. Por sua vez, o Regime Interno do STF trata da realização de exames periciais juntamente com outras diligências a serem deferidas pelo Plenário, pela Turma ou pelo Relator<sup>257</sup>.

Outra medida possível seria a sinalização da necessidade de as partes produzirem provas sobre os impactos econômicos das medidas em questão ou sobre as restrições orçamentárias atuais e eventuais. Isso seria aplicável, por exemplo, nos casos em que a Fazenda Pública federal ou estadual se situa como ré ou interessada em um recurso extraordinário em que tenha sido reconhecida a repercussão geral. Em vez do uso retórico da reserva do possível, o relator poderia estimular a adoção de dados e análises econômicas por meio de despachos específicos. As informações levantadas seriam tratadas pela parte autora e demais interessados, conferindo maior objetividade para o argumento econômico.

---

<sup>254</sup> ANDRADE, Fabio. **O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010, p. 108: O autor destaca que “se trata de um instrumento de concretização lenta e dispendiosa”, em razão de não ser “próprio de sua função típica a coleta de informações e dados, embora seja necessária a compreensão básica sobre certos aspectos específicos do tema em discussão”. Sobre o tema das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, ver também LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. As Audiências Públicas no STF: Mero instrumento de legitimação formal? In: SARMENTO, Daniel. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 489-526.

<sup>255</sup> LEAL, Fernando. Os impactos dos planos econômicos e a encruzilhada do Supremo (15/08/2016). **Jota**, Brasília, 2016 Disponível em: <<http://jota.info/osimpactosdosplanoseconomicoseencruzilhadasupremo>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

<sup>256</sup> Arts. 9º, §1º, e 20, §1º, da Lei 9.868/99 e art. 6º, §1º, da Lei 9.882/99.

<sup>257</sup> Art. 120 do RISTF.

No mesmo sentido, Fabio de Andrade assevera que “deveria ser dada a oportunidade adequada para que a parte contrária do processo se manifestasse a respeito e contraditasse ou acrescesse aos autos outros dados e informações (cálculos e explicações) que poderiam divergir daquele inicialmente colecionado”<sup>258</sup>. Essa estratégia asseguraria a paridade de armas entre as partes do litígio, reduziria o risco de erro das decisões judiciais e contribuiria para uma alocação mais eficiente dos recursos.

É possível que alguns entes, sobretudo municipais, não disponham de instituições com expertise econômica para atender satisfatoriamente à determinação judicial. Nesse caso, o ônus da prova criaria o incentivo necessário para que, ao menos no médio prazo, as partes aprimorem sua gestão orçamentária e responsabilidade fiscal, de modo a poderem avaliar a repercussão econômica de suas pretensões judicializadas.

A transferência dos custos de decisão para as partes, na linha da estratégia do sistema de incentivos mencionada acima, pode ceder a vez para a transferência a outros órgãos. É o que ocorreu na ADO 25, já analisada, em que os custos foram transferidos para o Tribunal de Contas da União, em razão de sua expertise técnica em efetuar os cálculos e estimativas necessárias ao caso.

É preciso reconhecer que, mesmo com o emprego dessas técnicas de decisão, o judiciário não conta com as mesmas ferramentas que outros poderes, havendo um déficit de expertise dificilmente sanável. Todavia, sob a premissa de que a atuação jurisdicional é necessária e útil nesses casos críticos, o emprego de instrumentos econômicos, ainda que pouco desenvolvidos, é preferível à alternativa de se desconsiderar a existência de números, cifras e custos. A síntese de Cooter ilustra bem o contraponto:

É melhor cortar o pão com uma faca cega do que com uma perfeita colher. Da mesma forma, os legisladores fariam melhor usar a análise empírica imperfeita do que a análise não-empírica perfeita. Ao usar todos os dados disponíveis para fazer previsões sobre constituições, eu não posso oferecer provas conclusivas, mas posso melhorar a qualidade de argumento<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup> ANDRADE, Fabio. **O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária...**, p. 109.

<sup>259</sup> COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 25. Lê-se no original: “It is better to cut bread with a dull knife than a perfect spoon. Similarly, lawmakers would do better to use imperfect empirical analysis than perfect non-empirical analysis. By using any available data to make predictions about constitutions, I cannot offer conclusive proofs, but I can improve the quality of argument”. O autor complementa: “Jokes: ‘What is the empirical method in the economic analysis of law? Torture the data until it confesses’; e ‘How does a lawyer do a longitudinal study? He asks himself the same question tomorrow’”.

Outro aspecto que a aplicabilidade da crítica operacional à jurisprudência da crise deve considerar consiste na complexidade dos casos sob apreciação da corte constitucional. Por se limitar a *casos difíceis*, não se considera necessária a análise prognóstica das alternativas em todos os casos submetidos às cortes constitucionais.

A proposta é que apenas quando o tribunal atuar como corte constitucional e, mais ainda, estiver diante de um caso difícil, sejam aplicáveis pesquisas empíricas. Esses casos já exigem uma reflexão mais profunda, porque a solução não se descortina da simples subsunção do direito posto. Nesse processo hermenêutico complexo, todas as armas são em princípio bem-vindas e a análise econômica é apenas mais uma.

Como sintetizam Mariana Pargendler e Bruno Salama, o jurista, em especial o juiz constitucional, será um artista, um equilibrista, a quem cabe prestigiar os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a relativa separação de poderes e, também, “as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite — daí o *input* do pensar *científico*, mas”, a conclusão é pertinente, “isto não é tudo”<sup>260</sup>.

A ressalva é importante, tendo em vista o aparente custo de oportunidade de se fazer uma análise econômica mais sofisticada. Segundo Buchanan, seria preferível realizar um estudo profundo de filosofia jurídico-política <sup>261</sup>. Preliminarmente, observe-se que custo de oportunidade já exorbita o que seria raciocínio estritamente jurídico. Ademais, por se tratar de casos pontuais, submetidos às supremas cortes constitucionais e com largo impacto financeiro, esse aparente *trade-off* não se mostra necessário. Repise-se: “*introducing more sophisticated economic*” seria excepcional e complementar a reflexões filosóficas e políticas profundas.

Além dos custos de oportunidade, devem ser considerados os de decisão e de erro. Tendo em vista os elevados custos de decisão que o raciocínio econômico gera<sup>262</sup>, sobretudo para tribunais inferiores assoberbados de decisões e metas de desempenho, reconhece-se que a análise sofisticada e multidisciplinar que se propõe não pode ser vulgarizada como estratégia ótima para todos os casos. Todavia, os custos de erro também são elevados e se tornam ainda

---

<sup>260</sup> PARGLANDER; SALAMA. Op. Cit., p. 136.

<sup>261</sup> BUCHANAN. Op. Cit., p. 492.

<sup>262</sup> SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003. Os autores concluem que os elevados custos em muitos casos justificariam a preferência pela interpretação formalista. O ponto será analisado mais detidamente diante.

maiores nos casos difíceis que envolvam quantias vultosas e muitos interessados, como ocorre na jurisprudência da crise.

Além de casos difíceis, é preciso, então, considerar as causas em que há grande repercussão econômica. Buchanan critica, contudo, a generalização, tendo em vista que em um ambiente jurídico, nem sempre o critério pragmático pode operar livremente. Há casos em que a introdução de critérios filosóficos mais amplos relativiza o pragmatismo. Buchanan cita o direito criminal como um exemplo em que a análise de custos e benefícios, maximização de valores (*maximum value*) ou eficiência não caberiam.

Embora não concorde com o exemplo atribuído, vez que a teoria dos jogos foi desenvolvida exatamente sob perspectiva criminal, é de se concordar com a ressalva de que há casos em que o espaço reservado a considerações econômicas é bastante reservado. Cite-se, por exemplo, os direitos fundamentais de liberdade<sup>263</sup>. A contrário senso, em determinados casos o raciocínio econômico se faz ainda mais necessário, a exemplo daquelas que envolvem a alocação de vultosos recursos escassos, atividade tipicamente objeto de análise econômica.

Como se verá oportunamente, a jurisprudência da crise impõe que tribunais consittucioanis se manifestem sobre normas que alocam recursos vultosos, em um contexto de grave escassez. Assim, seja revendo políticas públicas, seja avaliando medidas de austeridade, seja resolvendo conflitos federativos, as decisões tomadas nesses casos provocam grandes repercussões social, política e principalmente econômica.

## 2.2. A verdade está nas cartas: a crítica formalista

Uma das principais objeções levantadas contra a jurisprudência da crise é a que diz respeito à sua própria existência. Jurisprudência seria única, sem qualquer adjetivo que a flexibilizasse a conjuntura ou fatores externos. O papel do juiz é aplicar o Direito. Não poderia

---

<sup>263</sup> Ainda assim, merece ser revista a dicotomia entre direitos positivos e negativos, conforme seu caráter prestacional ou a existência de custos. Todos os direitos se traduzem em custos em alguma medida. (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York/London: WW Norton & Company, 2000; GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005) e mesmo direitos políticos possuem forte influência econômica, a exemplo do financiamento de campanha. Além disso, deve-se considerar a repercussão mutua que fatores econômicos distributivos possuem em relação a questões existenciais, tais quais reconhecimento ou participação (FRASER, Nancy. “Social justice in the Age of identity Politics: redistribution, recognition and participation?”. In \_\_\_\_\_; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange**. Tradução: Joel Golb. Rio de Janeiro: Verso, 2003).

ser outro o papel do juiz constitucional. Assim, tudo o que se precisa saber está nas cartas e buscar fundamentos extrajurídicos seria desvirtuar a verdade sob um qualquer pretexto político ou econômico.

Nem mesmo a crise seria capaz de alterar o agir do juiz, traduzindo-se em elemento neutro, irrelevante. Uma vertente, que busca se valer das mesmas premissas, é aquela que entende que cabe ao juiz constitucional, sobretudo em contextos críticos, fazer valer a vontade do constituinte “custe o que custar”<sup>264</sup>. Entretanto, propriamente sequer haveria neutralidade nessa variante, mas uma predisposição a assegurar a proteção dos direitos constitucionais ameaçados por medidas anti-crise. Não é desta hipótese que se trata, mas daquela anterior, que blinda o Direito de influências externas e restringe a interpretação à mera subsunção.

Como se verá adiante, a crítica confunde-se com os limites da atividade criativa do intérprete e, embora possua fundamentos razoáveis para diversas situações, não parece adequar-se às especificidades da jurisprudência da crise, marcada por casos difíceis, cujas premissas ou consequências muitas vezes são extrajurídicas e demandam uma atuação mais sofisticada do juiz constitucional. Nesses casos, a atividade criativa do juiz concilia o viés pragmático com as teorias interpretativas e as múltiplas influências.

Em síntese, o formalismo se baseia nas premissas de que (i) a atividade jurisdicional se traduz em mera subsunção<sup>265</sup>; (ii) as considerações do intérprete restringem-se à norma jurídica aplicável ao caso<sup>266</sup>; e (iii) deve ser negado o componente político-ideológico e de políticas do Direito<sup>267</sup>. A crítica formalista será desmembrada em cada um desses aspectos.

Preliminarmente, no entanto, convém justificar o ponto. A visão formalista constitui uma restrição externa imposta aos juízes e, quando apresentada de forma estática e apriorística, corresponde a uma fundação. É nesse sentido que, como antes se mencionou, o antiformalismo se insere no antifundacionalismo e ambos caracterizam a adjudicação pragmática. O pragmatismo é o antídoto para o formalismo<sup>268</sup>.

---

<sup>264</sup> Em outros termos, a questão poderia ser posta como *ruat caelum ut fiat iustitia*.

<sup>265</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 199.

<sup>266</sup> STRUCHINER. Op. Cit., p. 160 e ss.

<sup>267</sup> POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 414. Para o autor, o formalista entende que a legitimidade da norma decorre de sua fonte revestida de autoridade.

<sup>268</sup> COTTER, Thomas F. Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement. **The Georgetown Law Journal** v. 84, p. 2085, 1995 e POSNER. **Para Além do Direito...**, p. 421. Este autor, contudo, tem flexibilizado seu entendimento em publicações mais recentes. Lê-se, no original: “Legal formalism and legal pragmatism are

*Antiformalismo, antifundacionalismo e metateoria*

Por antiformalismo não se compreende a postura que se opõe ao formalismo jurídico. A afirmação desafia a lógica, mas serve para apurar a crítica. O pragmatismo é antiformalista na medida de seu antifundacionalismo. Isso significa que não é contrário aprioristicamente ao formalismo, assim como não o é a nenhuma teoria normativa. O pragmatista evita precompreensões, sobretudo aquelas que se baseiam em si mesmas, tautologicamente.

Quando o formalismo se comprova empiricamente como a melhor estratégia de decisão, o pragmatista não hesita em empregá-lo. É como defende Sunstein, para quem “o formalismo deveria ser defendido pragmaticamente, com íntima referência à performance desejável de várias instituições, e em termos de consequências”<sup>269</sup>.

Questão mais complexa consiste naquela que discute se análises empíricas e juízos prognósticos poderiam justificar a adoção *a priori* do formalismo. A questão se colocaria para qualquer outra teoria normativa, mas diversos autores já defenderam a correlação especificamente para o formalismo jurídico. Nesse sentido, a estratégia consistiria, nas palavras de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, em “os tribunais tomarem uma decisão de segunda ordem para decidir os casos, sempre que possível, de acordo com regras e não com normas, dando grande ênfase ao valor da segurança jurídica e ao valor de aderir ao entendimento comum dos mandatos constitucionais e estatutários”<sup>270</sup>.

---

opposites, with the important qualification that a pragmatic judge might in some circumstances decide to adopt a formalist rhetoric for his judicial opinions—might even decide to embrace formalism as a pragmatic strategy rather than just as a pragmatic rhetoric” (POSNER, **Law, Pragmatism and Democracy**..., p. 19) e “O pragmatista rejeita a ideia de que o Direito não é Direito a menos que seja constituído por normas, pois esse tipo de análise conceitual não é pragmática. Mas ele permanece aberto a qualquer argumento pragmático em favor das normas, por exemplo, o de que não se deve confiar que os juízes sejam capazes de tomar decisões inteligentes a menos que sejam guiados pelas normas, ou o de que as decisões baseadas em padrões produzem uma incerteza desproporcionalmente maior que qualquer ganho em matéria de flexibilidade” (POSNER. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica...** p. 414).

<sup>269</sup> SUNSTEIN, Cass. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 206. O autor conclui que “Sob um regime formalista, os legisladores serão responsivos aos incentivos, criados pelo formalismo, para agir muito bem antes do fato e para corrigir erros depois do fato. Os legisladores responderão a um regime não formalista legisladndo com desleixo e delegando poder ao Judiciario. Um Judiciario não formalista criará erros graves e injustiças. Um Judiciario não formalista criará uma incerteza considerável, com altos custos dentro do sistema jurídico (conforme os casos aumentarem em complexidade) e na prática do dia a dia (já que as pessoas não saberão como conduzir seus negócios)” (p. 235). A principal crítica que pode ser feita ao argumento reside em estabelecer uma resposta única e definitiva.

<sup>270</sup> SUNSTEIN, Cass e Adrian Vermeule. Interpretation and Institutions... Lê-se no original: "courts make a second-order decision to decide cases, where possible, according to rules rather than standards, placing great emphasis upon the value of legal certainty and the value of adhering to common understandings of constitutional and statutory commands". Segundo Alonso Freire, o formalista seria “aquele que considerava, como assunto

Assim, o pragmatismo funcionaria como estratégia de segunda ordem<sup>271</sup> a informar outra teoria normativa de decisão judicial como mais vantajosa, à luz dos custos operacionais ou em nome da segurança jurídica. Adotado o pragmatismo como decisão de segunda ordem, um juiz pragmatista poderia até mesmo ser formalista, nos casos em que o formalismo se mostrasse a estratégia decisória preferível em termos de custos e benefícios. O pragmatismo seria, assim, uma metateoria normativa. É como defendem Diego Werneck e Fernando Leal:

Ainda que objeções possam ser feitas, parece que a consideração de custos e das capacidades de descoberta, assimilação e processamento de informações por parte de quem decide em um dado contexto institucional torna preferível uma decisão de segunda ordem a julgamentos sempre detalhados em todos os casos. Isso porque a tentativa de antecipação das consequências atreladas à adoção de uma estratégia de decisão específica, como uma forma de fixar o ônus de decisão, é uma forma de reduzir, no tempo, possíveis erros e os custos envolvidos no processo decisório marcado por informações limitadas. Daí porque nem sempre as melhores consequências são alcançadas diretamente por meio da adoção de estratégias consequencialistas de primeira ordem, ou caso a caso. Nesse sentido, embora pareça *prima facie* estranho, estratégias de primeira ordem formalistas, em termos de suas consequências, podem ser preferíveis a posturas consequencialistas<sup>272</sup>.

Parece haver razoável consenso sobre a possibilidade de a teoria formalista se traduzir em melhor estratégia em determinados casos. Sem que se trate especificamente de uma decisão de segunda ordem, o pragmatismo jurídico em sentido adjudicativo “pragmaticamente” não se aplicaria. O que ora se discute é o enquadramento do pragmatismo jurídico como metateoria.

A despeito da originalidade e sofisticação do argumento, há um certo desconforto com a proposta. A ideia de o pragmatismo se tornar uma metateoria a indicar a adoção do formalismo

---

típicamente jurídico, não o resultado da regulação das relações sociais, quaisquer que eles sejam, mas a forma do próprio Direito, como modo de conhecimento das normas que deve ignorar os aspectos relevantes do que é regulado, a despeito das modificações e pleitos sociais”. FREIRE, Alonso Reis Siqueira. Odisseu ou Hércules? Sobre o pragmatismo e a análise econômica do direito de Richard A. Posner. **Revista Eletrônica do Curso de Direito–PUC Minas Serro**, n. 3, p. 21-45, 2011.

<sup>271</sup> SUNSTEIN, Cass. Second Order Decision, 1998, p. 3. Lê-se no original: “in the case of second-order decisions, however, one does not exactly deal with decisions - about - decisions. Rather, one deals with this decision about appropriate strategies for avoiding decisions or for reducing their costs. More particularly, our concern is with *strategies that people use in order to avoid getting into an ordinary decision making situation in the first instance*”.

<sup>272</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como meta teoria normativa da decisão judicial. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 203.

pelo intérprete parece paradoxal com sua própria natureza, bem como com seu caráter antifundacionalista, empírico e, sobretudo, jurídico. Explica-se.

Em primeiro lugar, a distinção entre metateoria e teoria normativa não parece se adequar ao caráter crítico do pragmatismo. Se, por um lado, um método decisório único e categórico poderia esvaziar o contexto e se confundir com fundações<sup>273</sup>, por outro, a existência de uma metateoria não resolve a dificuldade de um método único e categórico. Dessa forma, se o pragmatismo definisse a adoção do formalismo como a melhor teoria normativa para determinados casos, haveria uma única teoria normativa aplicável, o formalismo, e o pragmatismo não teria passado de reforço argumentativo ou retórico.

Disso decorre a segunda objeção, que pode ser feita com base no caráter antifundacionalista do pragmatismo. A existência de uma *second order decision* repassa a crítica de um método decisório único e categórico para um segundo grau. O pragmatismo como metateoria seria, então, uma fundação. No entanto, a concepção de pragmatismo estática, que cabe em qualquer contexto, é a cotidiana, o dito “tom pragmático”, que não se confunde com uma (meta)teoria normativa.

Para que o pragmatismo mantenha-se como uma *second order decision*, de modo que a adjudicação pragmática oriente a adoção de outra(s) teoria(s), é necessário que haja um juízo empírico bastante apurado, capaz de atualizar constantemente a análise de custo e benefício da adoção de uma ou outra estratégia decisória de primeira ordem. Essa empiria, que revisa a escolha de acordo com as influências do contexto, legitima e fragiliza a solução, minimizando a utilidade de uma metateoria. Se a cada momento deve-se conferir se a adjudicação pragmática ainda sugere a adoção do formalismo como melhor estratégia decisória, os custos decisórios serão ainda mais elevados.

Por fim, se o pragmatismo poderia fundamentar a adoção do formalismo como decisão de primeira ordem, trata-se de implementação do próprio pragmatismo, sob o risco de o formalismo servir como argumento retórico, estratégia malandra ou mera preguiça. O ponto é levantado por Posner sob a ressalva de que “um juiz pragmático pode, em determinadas circunstâncias, decidir adotar uma retórica formalista para suas decisões judiciais”, o que difere da hipótese de ele “decidir incorporar o formalismo como uma estratégia pragmática em vez de só como uma retórica pragmática”<sup>274</sup>.

---

<sup>273</sup> ARGUELHES; LEAL. Op. Cit.

<sup>274</sup> POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia...**, p. 14.

Ademais, tratando-se de pragmatismo *jurídico* – especialmente compreendido como adjudicação pragmática –, toda a teoria se desenvolve em bases jurídicas. Não se trata de fundacionalismo, mas de lógica. Caso se pudesse supor a desconstrução absoluta de qualquer preceito jurídico, estaríamos tratando de pragmatismo filosófico – e não jurídico. Assim, o só fato de se utilizar de outras estratégias ou fundamentações supostamente de primeira ordem não é suficiente para descaracterizar o argumento pragmatista. É o que se verifica frequentemente na argumentação baseada em princípios, que, apesar de certo grau de subjetividade, pode ser ainda considerada formalista<sup>275</sup>.

A alternativa que se descortina não considera o pragmatismo como uma metateoria, nem como estratégia decisória única e definitiva. O pragmatismo jurídico, ainda quando concebido como adjudicação pragmática, pode aliar-se a outras estratégias decisórias, sejam classificadas como teorias normativas, estratégias interpretativas ou comportamentos judiciais. Isso ocorre conforme as necessidades do contexto. A complexidade do caso, o objeto em questão e as possibilidades fáticas do tribunal orientarão o intérprete a adotar a estratégia decisória mais adequada.

Volte-se, então, ao formalismo.

#### *A mera subsunção*

O primeiro dos aspectos que se analisa corresponde ao *nobre sonho dos formalistas*<sup>276</sup>. Formalistas acreditam que haveria um cenário em que a ação interpretativa se limitaria à mera subsunção, à correlação exata entre fatos empíricos aos dispositivos normativos, entre ser e dever ser.

---

<sup>275</sup> POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia...**, p. 15.

<sup>276</sup> CRUZ; DUARTE. Op. Cit., p. 199.

A despeito da controvérsia sobre o tema<sup>277</sup>, parece razoável supor que esse cenário de fato exista, embora restrito aos casos fáceis, que normalmente serão solucionáveis pelas regras e elementos tradicionais de hermenêutica e interpretação<sup>278</sup>.

Nos casos difíceis enfrentados pelas cortes constitucionais, identificar uma única teoria normativa é tarefa ingrata, senão impossível. Ao mesmo tempo em que deve o juiz *reconduzir a interpretação a uma norma constitucional ou legal que lhe fundamente*, essa norma já não responde suficientemente à complexidade do caso, exigindo uma integração criativa ou evolutiva. O processo decisório é exposto por Luís Roberto Barroso:

A integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa inarredável – porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana –, deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática)<sup>279</sup>.

Exemplos, mesmo banais, facilitam a compreensão. Via de regra, para solucionar um caso com base na jurisprudência pacífica, recente e já sumulada da corte suprema, o juiz constitucional não precisa valer-se da adjudicação pragmática. Da mesma forma, a inadmissibilidade de um recurso intempestivo dispensa análises empíricas, comparação de alternativas e projeções das consequências. Não é preciso nomear o pragmatismo de metateoria para se chegar à mesma conclusão. Trata-se antes de uma reflexão prática, objetiva, que talvez melhor se aproxime do pragmatismo cotidiano.

É por essa mesma razão que o formalismo jurídico não tem espaço quando se trata de jurisprudência da crise. A corte constitucional manifesta-se em definitivo sobre questões de alta complexidade para as quais o direito posto tem pouco a esclarecer. Subsumir sequer é uma alternativa. No *case-based legal system*, do qual o ordenamento jurídico nacional tem se

---

<sup>277</sup> Em sentido contrário, CRUZ; DUARTE. Op. Cit., p. 199-247. Nas palavras do autor: “os ‘casos fáceis’ ‘surtem’, por vezes, por falta de argumentação adequada, por exigência de presteza e falta de tempo para a elaboração da decisão (excesso de serviço) ou até mesmo por falta de compromisso do magistrado em apreciar adequadamente as teses e provas carreadas aos autos. Assim, preferem lidar com ficções, tais como as das presunções absolutas e aquelas outras da perfeição da vontade ou do legislador ou da lei. A assunção de que existem ‘casos fáceis’ se explica também por uma docilização em torno do argumento de autoridade na aplicação de precedentes e súmulas de forma automática e irrefletida, especialmente no exame de semelhanças e diferenças entre os casos” (p. 247).

<sup>278</sup> BARROSO. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*..., p. 286.

<sup>279</sup> BARROSO. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*..., p. 287.

aproximado cada vez mais<sup>280</sup>, dificilmente o formalismo se apresenta como a teoria normativa mais estratégica para um pragmatista. É como aponta Posner:

O formalismo jurídico poderia ser uma estratégia pragmática sólida por analogia para enfrentar o utilitarismo. Poderia ser, mas é improvável que seja num sistema jurídico complexo, baseado em casos e não em códigos, sobretudo no mais poderoso tribunal do nosso sistema baseado em casos, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos. As conseqüências imediatas de uma decisão da Suprema Corte podem ser importantes; e especialmente quando a decisão é baseada na Constituição, pode ser extremamente difícil de desfazer. (...)

A adjudicação pragmática, por sua vez, é mais encorajada no nível da Suprema Corte pelo fato de que a Constituição oferece pouca orientação para a solução dos problemas jurídicos mais modernos e pelo fato de que os juízes constitucionais não estão constrangidos pelo formalismo objetivo e estreito sob risco de suas decisões serem revertidas por um tribunal superior<sup>281</sup>.

Bem visto não ser possível valer-se da mera subsunção pretendida pelos formalistas, a adjudicação pragmática corresponde à melhor alternativa na jurisprudência da crise. Nesse sentido, H. L. A. Hart afirma que “se ‘nos casos difíceis’ é inevitável que o juiz crie o direito, então é desejável que ele o faça tendo em vista as conseqüências de sua criação para a sociedade”<sup>282</sup>. A questão consequencialista será analisada adiante. No mesmo sentido, José Vicente Mendonça entende que “nos casos em que você terá que exercer sua discricionariedade, faça-o com os olhos nas conseqüências de sua decisão”<sup>283</sup>.

---

<sup>280</sup> Foge ao escopo desta dissertação analisar o processo de objetivação das demandas no Supremo Tribunal Federal, concretizado pela fixação cada vez mais ampla de teses de repercussão geral em contraponto com uma jurisprudência bastante autocontida que inadmitte os demais casos. Tampouco se pretende desenvolver o papel da doutrina de precedentes, prestigiado pelo Novo Código de Processo Civil, não apenas por preferências metodológicas, mas principalmente porque é inerente ao processo constitucional um certo bairrismo incompatível com a pretensão de generalização da dissertação.

<sup>281</sup> POSNER, Richard. **Law, Pragmatism and Democracy**..., p. 64. Lê-se no original: “Indeed, as I noted in the last chapter, legal formalism could be a sound pragmatic strategy by analogy to rule utilitarianism. Could be, but is unlikely to be in a complex, case-based rather than code-based legal system, above all in the most powerful court in our heavily case-based system, the United States Supreme Court. The immediate consequences of a decision by the Supreme Court can be momentous; and especially when the decision is premised on the Constitution, it may be impossibly difficult to undo. (...) Pragmatism is further encouraged at the level of the Supreme Court by the fact that the Constitution offers little guidance to the solution of most modern legal problems and by the further fact that the Justices are not constrained to the formalist straight and narrow by the prospect of being reversed by a higher Court”.

<sup>282</sup> HART, H.L.A **O Conceito do Direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

<sup>283</sup> MENDONÇA, José Vicente. **Direito Constitucional Econômico: A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 122. Embora seja incontestável a razoabilidade do argumento, entende-se insuficiente para contemplar a complexidade das situações enfrentadas

No contexto de crise, quase todos os casos enfrentados pela corte constitucional se tornam difíceis, tendo em vista as consequências sistêmicas das decisões, o que justifica que o giro pragmático se imponha sobre toda a jurisdição constitucional. Há diversos exemplos. No caso da incidência de juros sobre a dívida dos estados, não há propriamente uma discricionariedade, mas a tecnicidade do caso o torna difícil. Da mesma forma, a suspensão do pagamento de décimo terceiro a servidores públicos talvez pudesse ser dirimida com base na mera subsunção, mas a complexidade das circunstâncias fáticas impõe o recurso à adjudicação pragmática.

### *Análise restrita à norma jurídica aplicável ao caso*

Um segundo desdobramento do formalismo jurídico consiste na crença de que as normas jurídicas contemplam todas as respostas necessárias para a solução dos casos. Dessa forma, o ordenamento jurídico seria autossuficiente para oferecer para cada caso uma única solução correta<sup>284</sup>.

O conceito contempla tanto aqueles que consideram a linguagem da regra o objeto último de referência dos atos de aplicação normativa – o que corresponde ao modelo radicalmente formalista de tomada de decisões, o “formalismo baseado em regras” – quanto aqueles que admitem se respaldar em princípios, desde que imanentes a leis<sup>285</sup>. Em comum, o que caracteriza o formalista é o compromisso com a norma que lhe serve de fundamento, sendo-lhe indiferentes os resultados obtidos ou a justificativa desse pressuposto. É alheio às consequências e ao contexto, atendo-se apenas às suas premissas jurídicas<sup>286</sup>.

---

pele juiz na jurisprudência da crise. Reduzir o pragmatismo à penumbra da discricionariedade de casos difíceis poderia aminorar a influência do cenário econômico em tempos de crise.

<sup>284</sup> STRUCHINER. Op. Cit., pp. 31-32 e 160 e ss. O autor desenvolve as propriedades desse sistema de normas: “O sistema é fechado, ou seja, o conjunto de normas promulgadas pelo legislativo é exaustivo do direito; o sistema é completo, isto é, não existem lacunas no sistema de normas; o sistema é consistente, o que significa que não há contradições e antinomias normativas; e as normas do sistema são precisas, não existe nenhuma espécie de indeterminação lingüística, como ambigüidades sintáticas ou intoxicações semânticas como a vaguidade e a textura aberta da linguagem”.

<sup>285</sup> POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia...**, p. 15.

<sup>286</sup> STRUCHINER. Op. Cit., p. 162: “o formalista genuíno é aquele que está comprometido com o resultado gerado pelo predicado factual sempre que ele aponta claramente para uma resposta, mesmo que o resultado seja contrário àquele que seria produzido se fosse aplicada a justificativa da regra ou a totalidade de razões relevantes para a decisão”.

Esse aspecto do formalismo jurídico não parece sustentar-se na prática, tratando-se antes de uma descrição caricata. Ao se fechar em seu predicado factual, o intérprete sequer atentaria para os fatos ou a exequibilidade de sua decisão. São aspectos mínimos da realidade que se impõem a qualquer tomada de decisão.

A identificação do fato e sua valoração, assim como a seleção da norma, constituem, por si só, questões de alta complexidade a demandar uma atuação sensível do intérprete. Se assim o é ordinariamente, mais ainda nos casos difíceis, em que a solução jurídica refoge à mera subsunção. É quando “a solução terá de ser construída argumentativamente, à luz dos elementos do caso concreto, dos parâmetros fixados na norma e de elementos externos ao Direito”<sup>287</sup>.

Especificamente no caso da jurisprudência da crise, o contexto econômico confere um novo papel para o *fato*, que, então, passa a fazer parte da normatividade. Além disso, a relevância social e política, que decorre de decisões economicamente estratégicas, impõe uma preocupação com as fases subsequentes à valoração do fato, quais sejam a fundamentação jurídica e as consequências da decisão.

Sobre o momento posterior na aplicação do Direito, quando do controle da racionalidade e legitimidade das decisões, debruça-se, então, a argumentação jurídica. Na síntese de Noel Struchiner, “a teoria da argumentação jurídica visa a descrever, discutir e determinar quais são os critérios, sejam eles formais, materiais ou procedimentais, que explicam, pautam ou que deveriam nortear a justificação jurídica”<sup>288</sup>. A teoria preocupa-se com a racionalidade da decisão. Sobretudo nos casos difíceis, a resposta não é *descoberta*, mas *justificada*, segundo critérios e métodos<sup>289</sup>.

Dentre as considerações que cabem ao intérprete nessa fase, apontam-se: (i) necessidade de reconduzir a interpretação a uma norma constitucional ou legal que lhe fundamente; (ii)

---

<sup>287</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um Sucesso Imprevisto. In: \_\_\_\_\_. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 36-37.

<sup>288</sup> STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 119. A partir disso, o autor identifica uma dimensão empírica, uma dimensão teórica e uma dimensão normativa.

<sup>289</sup> Mais adiante, o termo será complementado, para incluir que, antes de justificada, a resposta deve ser escolhida. Nesse sentido, COTTER aponta que “in place of foundationalism and formalism, pragmatists advocate, as a method for reaching decisions, a concept embraced by the Aristotelian term ‘practical Reason’ (phronesis)” (COTTER, Thomas F. Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement. **The Georgetown Law Journal** v. 84, p. 2086, 1995).

avaliar se o fundamento jurídico predominante em dada interpretação poderia ser universalizado; e (iii) verificar quais consequências práticas produzirá no mundo dos fatos<sup>290</sup>.

Por esse último aspecto, a argumentação jurídica se abre ao consequencialismo, como se verá no próximo capítulo. Embora ainda cause certo desconforto, se confundida com o utilitarismo, a análise consequencialista deve ser temperada pelas demais considerações listadas acima, essas de fundo eminentemente jurídico. As reflexões sobre os efeitos decorrentes da decisão judicial devem, sempre que possível, ser reconduzidas aos institutos jurídicos e verificada a universalização. Tendo isso em vista, toda a adjudicação pragmática veste-se de indissociável roupagem jurídica<sup>291</sup>.

Esse aspecto, contudo, sujeita o formalismo a diversas críticas, como a que compreende o apelo à norma como um mero malabarismo a que os juízes recorrem para aparentar neutralidade<sup>292</sup>. Os juízes formulariam suas decisões previamente e, então, buscariam na norma fundamentos para racionalizá-la.

A terceira das considerações apontadas acima também encontra guarida na Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. Dentre as regras de fundamentação do discurso prático geral, a teoria aponta a necessidade de *realizabilidade*: “devem ser respeitados os limites da realizabilidade faticamente dados”. Dessa forma, deve chegar a “resultados que possam ser levados à prática”, tanto no campo do faticamente possível quanto no normativamente possível<sup>293</sup>.

A necessidade de se verificar os resultados advindos de determinada interpretação apresenta-se sob diferentes prismas. Engloba não apenas a exequibilidade efetiva, compreendida como a possibilidade fática de se produzir algum resultado, mas também, caso haja uma pluralidade de resultados possíveis, a delimitação de qual corresponde mais fidedignamente aos pressupostos da norma valorada pelo intérprete.

---

<sup>290</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: \_\_\_\_\_. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 200.

<sup>291</sup> A universalização, por sua vez, ora decorre da utilização de institutos jurídico, em essência universalizáveis, ora se confunde com mero argumento retórico.

<sup>292</sup> BARNES, Jeb. **Overruled?** Legislative overrides, pluralism, and contemporary court-Congress relations. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 60.

<sup>293</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 202.

A perspectiva de cumprimento efetivo da decisão é uma avaliação ordinariamente feita pelos órgãos judiciais, ainda que não expressamente<sup>294</sup>. Assim como, via de regra, não se pretende que uma decisão seja reformada em tribunais superiores, não se pretende seja malbaratada por sua inutilidade<sup>295</sup>. Tratando-se de jurisdição constitucional, os efeitos colaterais desse descumprimento vão muito além da autoridade judicial, podendo, no limite, comprometer a Vontade da Constituição, como será visto no próximo item.

Não são poucos os exemplos dessa reflexão na jurisdição constitucional brasileira, valendo-se mencionar, por todos, a ADI 4425 QO, em que foram modulados os efeitos da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 62/2009, que instituiu o regime especial de pagamento de precatórios. Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes demonstrou a preocupação com os resultados práticos da decisão: “O Tribunal, portanto, vê-se agora obrigado a lidar com as consequências de sua própria decisão, diante da constatação de que não é viável, do ponto de vista da realidade econômica atual, exigir a quitação total e imediata da dívida pública representada por precatórios”<sup>296</sup>.

### *O componente político-ideológico*

Por fim, convém analisar o terceiro aspecto que integra o pensamento formalista. A crítica pressupõe a negação do componente político-ideológico do Direito. O intérprete deve se ater a considerações estritamente jurídicas, blindando-se de influências econômicas ou políticas.

Em uma leitura mais branda do modelo formalista, os legalistas pós-positivistas consideram que o Direito é mais uma influência, interna, independente e mensurável. Para estes,

---

<sup>294</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial – Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: \_\_\_\_\_. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 274.

<sup>295</sup> Cite-se, como exemplo, o voto do Ministro Moreira Alves no RE 135328: “Ademais, Sr. Presidente, sou dos que sustentam que uma norma jurídica só entra em vigor no momento em que existam os meios materiais que ela pressupõe como indispensáveis para que possa ser aplicada”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 135.328, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29 jun. 1994, publicação 29 jun. 1994.

<sup>296</sup> O ministro relator Luiz Fux, no entanto, fundamentou seu voto com base nos princípios da confiança legítima e da segurança jurídica. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 4425 QO. Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux julgado em 25 mar. 2015, publicação em 04 ago. 2015.

o Direito interfere como uma força gravitacional nas decisões judiciais, e não uma subsunção mecânica e determinística<sup>297</sup>.

Tendo em vista que o juiz – em especial, o juiz constitucional – efetivamente atua em um mundo essencialmente político<sup>298</sup>, esse entendimento encontra diversas críticas e, a par dessa força gravitacional jurídica, haveria diversos outros fatores de influência da tomada de decisão judicial. Barry Friedman os identifica em oposição ao formalismo: *influência política* seria qualquer ato de instituições legitimadas ou atores políticos em um governo democrático que provoquem um resultado diferente da melhor interpretação que o juiz individualmente extrairia da lei<sup>299</sup>.

A influência desses fatores é analisada pelos modelos de comportamento judicial. De acordo com o modelo atitudinal, o juiz decide à luz de seus valores ideológicos, em detrimento dos estímulos fáticos presentes no caso concreto<sup>300</sup>. Já o modelo estratégico, abordado no capítulo anterior, identifica a interdependência das ações dos agentes políticos sob uma visão de longo prazo<sup>301</sup>. As Cortes não fixam suas políticas isoladas de tribunais superiores ou de outros poderes<sup>302</sup>. Por sua vez, o modelo institucional afasta-se de posições extremistas, considerando que as motivações judiciais são complexas, refletindo a combinação de fatores políticos, legais e estratégicos<sup>303</sup>. A síntese de Gibson parece traduzir o modelo mais fidedigno:

---

<sup>297</sup> SEGAL, Jeffrey A. *Judicial Behavior Law* In: WHITTINGTON, Keith E.; CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, R. Daniel. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

<sup>298</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. **Texas Law Review**, v. 84 n. 2, p. 257-337, 2005.

<sup>299</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, p. 257-337, 2005.

<sup>300</sup> SEGAL, Jeffrey A. *Judicial Behavior Law* In: WHITTINGTON, Keith E.; CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, R. Daniel. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. O autor traz o exemplo de três juízes (liberal, moderado e conservador), que têm de avaliar a constitucionalidade de diligências policiais de busca e apreensão, realizadas com e sem o competente mandado, em que se encontram provas robustas de criminalidade. O juiz liberal recusaria qualquer diligência em nome da privacidade, o juiz conservador autorizaria mesmo a realizada sem o respectivo mandado, enquanto o moderado prestigiaria a obtenção do mandado como fiel da balança.

<sup>301</sup> Lê-se, no original: “strategic behavior – individuals recognize the interdependency of their actions in a forward-looking way” em SPILLER, Pablo; GELY, Rafael Gely. *Strategic Judicial Decision Making*. In: WHITTINGTON, Keith E.; CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, R. Daniel. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

<sup>302</sup> SEGAL, Jeffrey A. *Judicial Behavior Law* In: WHITTINGTON, Keith E.; CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, R. Daniel. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

<sup>303</sup> BARNES, Jeb. **Overruled?** Legislative overrides, pluralism, and contemporary court-Congress relations. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 62.

“as decisões judiciais são uma função do que os juízes preferem fazer temperada pelo que eles pensam que seria adequado fazer, mas limitado pelo que entendem que seria factível”<sup>304</sup>.

A lista de estímulos fáticos é bem ampla. Jeffrey Segal considera que a discricionariedade será maior em cortes supremas em que os juízes não ambicionem outros cargos; em que as decisões não possam ser superadas por outros órgãos jurídicos; em que a corte define seu acervo, afastando casos frívolos<sup>305</sup>; em que a opinião pública assegura a independência do judiciário frente às ingerências do legislativo; em que seja garantida a vitaliciedade; e em que não haja uma cultura política desfavorável à independência judicial<sup>306</sup>. Friedman aborda, ainda, outras forças políticas<sup>307</sup>, como a interação entre juízes da corte e de outros tribunais; os valores pessoais dos juízes, como apreço por lazer e bem-estar ou vaidade; e a recalitrância de juízes de hierarquia inferior<sup>308</sup>, enquanto Kornhauser avalia a influência da doutrina<sup>309</sup> e Barnes a expectativa coletiva sobre o sentido e alcance da norma<sup>310</sup>. É possível acrescentar também a existência de credores internacionais e a Vontade da Constituição.

---

<sup>304</sup> Lê-se, no original: “judges’ decisions are a function of what they prefer to do, tempered by what they think they ought to do, but constrained by what they perceive is feasible to do” (1983, 7). Conforme FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, 2005.

<sup>305</sup> Lê-se, no original: “when the court has docket control and thus can weed out frivolous cases that no self-respecting judge could decide only on her ideology”. SEGAL, Jeffrey A. *Judicial Behavior Law In: WHITTINGTON, Keith E.; CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, R. Daniel. The Oxford Handbook of Law and Politics*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

<sup>306</sup> SEGAL, Jeffrey A. *Judicial Behavior Law In: WHITTINGTON, Keith E.; CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, R. Daniel. The Oxford Handbook of Law and Politics*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

<sup>307</sup> Por força política, Friedman considera qualquer influência exercida por instituições legítimas e atores políticos em uma democracia que impõe um resultado diverso daquele que decorreria da melhor interpretação que um juiz individualmente extrairia da norma. Lê-se, no original: “Political is used here in a broadly encompassing manner, referring to any influence brought to bear by legitimate institutions and actors of democratic government that reflects something other than the individual judge’s best judgment of the way the law determines a case’s merits”.

<sup>308</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, 2005.

<sup>309</sup> KORNHAUSER, Lewis. *The Analysis of Courts in the Economic Analysis of Law*. In: WHITTINGTON, Keith E.; CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, R. Daniel. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008. Note-se, contudo, que Kornhauser é um crítico da Teoria Política e se baseia na Análise Econômica do Direito. Para ele, a aproximação que fazem entre juízes e políticos é uma tática dos cientistas políticos para aproveitarem os métodos já desenvolvidos para o Congresso, sem considerar as peculiaridades do sistema judicial.

<sup>310</sup> BARNES, Jeb. **Overruled?** Legislative overrides, pluralism, and contemporary court-Congress relations. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 63. Lê-se, no original: “institutionalist model stresses that judges differ from other policy makers because they operate within networks of norms and expectations about how the

A influência dos demais poderes na formação da jurisdição constitucional varia de acordo com inúmeros fatores e é de difícil comprovação. Segal cita a quantidade de casos julgados, a quantidade de casas legislativas, a influência dos comitês, existência de veto presidencial e, sobretudo, a independência da Corte. Talvez fosse possível acrescentar também a força política de cada casa legislativa, a popularidade do presidente, o apoio difuso, a proximidade das eleições e a expertise técnica dos magistrados.

A partir da relação entre os poderes políticos, que se caracteriza pelas reações antecipadas e a estrutura de incentivos, o formalismo poderia ser apenas uma roupagem legítima para uma postura manipulada. Na crítica forte, que se atribui a Ferejohn<sup>311</sup>, os demais poderes podem estimular a independência do judiciário como estratégia do jogo político. Uma boa estratégia consiste em alternar ameaças com agrados (*carrots*), sobretudo se aumentam a efetividade das decisões ou parecem estimular a independência judicial. Assim, nas palavras de Friedman, “tanto quanto a força, há evidências de incentivos também influenciam a Corte”<sup>312</sup>.

É o que ocorre, por exemplo, quando o chefe do Executivo propõe ação direta de inconstitucionalidade em face de medida de austeridade que há pouco sancionou. Com isso, reparte com o Judiciário o ônus político da decisão sabidamente impopular. Nesses casos, manter um judiciário independente pode ser estratégico para o Executivo<sup>313</sup>. O Legislativo, por sua vez, pode se beneficiar da independência judicial quando o Judiciário controla a legalidade da atuação da Administração Pública<sup>314</sup>, como o cumprimento do ajuste fiscal, juridicizando a crise.

---

law should be read and applied.(...) This norms and expectations can produce shared understandings about what the law means and when it should be applied.”

<sup>311</sup> FERREJOHN *apud* FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, 2005. Lê-se, no original: “the basic reason constitutional protections for judges have remained Strong and stable over the years is that the political branches have no really wanted to alter them”.

<sup>312</sup> FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, p. 315, 2005. Lê-se, no original: “The game need not be one of all sticks and no carrots. The Court has more at stake than avoiding attack. Preserving institutional integrity and power requires judges to ensure that their orders are implemented by the other branches. (..) As with the sticks, there is evidence that implementing the carrot has its influence on the Court.”

<sup>313</sup> SALZBERGER, Eli M. **A positive analysis of the Doctrine of Separation of Powers...apud** FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, 2005. Lê-se, no original, Salzberger: “Mantain na independent judiciary to which they can delegate legislative and other public decision-making-powers, because this delegation assistis in maximizing their political support and chances of reelection”.

<sup>314</sup> MATHEW D. McCubbins; SCWARTZ, Thomas. **Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols Versus Fire Alarms**, 28 AM J. POL. SCI. 84 (2001) *apud* FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, 2005.

Estudos nos EUA mostram que a Suprema Corte relativiza suas posições de acordo com as preferências do chefe do Executivo. Para Epstein, "fortes ideólogos sobre o Tribunal votam de acordo com as suas preferências, independentemente das preferências do regime no poder (...)", no entanto, "juízes moderados são mais propensos a votar de forma conservadora quando há um presidente moderado ou conservador"<sup>315</sup>. Alegam também ser mais provável que a corte constitucional derrube a legislação quando um Congresso ideologicamente semelhante está em vigor<sup>316</sup>. Assim, o Judiciário estaria mais propenso a se desalinhar do Congresso e do Presidente em períodos eleitorais de mudança político-partidária, já que a Corte continua seguindo orientações de uma fase passada<sup>317</sup>.

As reflexões expostas no capítulo anterior sugerem que esses dados talvez não se apliquem apenas ao contexto norte-americano<sup>318</sup>. Sobretudo quando se trata da atuação da corte constitucional, os fatores extrajurídicos possuem um peso considerável na formação da decisão judicial. Como a importância do caso acirra os incentivos políticos desses agentes e sua complexidade impede soluções óbvias, supõe-se que na jurisprudência da crise a influência seja ainda maior, restando pouco espaço para o formalismo, senão meramente retórico.

### 2.3 Que se decrete, então, o estado de exceção: a crítica política

Se é lugar comum evocar-se a incapacidade dos magistrados e a autossuficiência do Direito em oposição à jurisprudência da crise, como visto acima, não menos comum é a pecha

---

<sup>315</sup> EPSTEIN et al., supra note 296, p. 610 *apud* FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, p. 317, 2005. Friedman, contudo, ressalta que faltam dados estatísticos para comprovação da hipótese.

<sup>316</sup> FRIEDMAN, Barry Friedman; HARVEY, Anna L. **Electing the Supreme Court**, 78 *IND. L.J.* v. 123, n. 125, 2003 *apud* FRIEDMAN. *Op. Cit.*, p. 317. Lê-se, no original: "using empirical data to demonstrate that the Supreme Court is more likely to overturn legislation when an ideologically similar Congress is in place."

<sup>317</sup> FISHER, Louis. **Constitucional Dialogues – Interpretation as a Political Process**. Oxford: Princeton University Press, 1988.

<sup>318</sup> No contexto brasileiro, Rodrigo Brandão identifica que, quando se trata de ruptura maior, como o advento de uma nova ordem constitucional, sobretudo em democracias recentes, a tendência é que a Corte assumira uma postura mais autorrestritiva em um primeiro momento. Essa "curva ascendente de ativismo" traduz uma reação antecipada da Corte Suprema aos riscos de retaliações, descumprimento e ataques institucionais, maiores nesse contexto (BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos de Diálogos Constitucionais nos EUA e no Brasil. In. SARMENTO, Daniel (Org.) **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 382).

de arbitrariedade atribuída às ações estatais a partir da identificação de um estado de exceção – formalmente reconhecido ou não.

Dentre os críticos que aderem a essa crítica política se inserem grupos bastante distintos. De um lado, estão os mesmos defensores ferrenhos do formalismo que então se resignam na exceção do extremo oposto, em que um juízo pré-constitucional, inexorável e caótico afasta aplicação ao Direito. Se não se pode aplicar o Direito posto é porque há um estado de exceção. Não muito distante, embora sem sobressaltos, figuram aqueles que acreditam que em determinados casos o Estado pode prevalecer sobre o Direito e, por extensão, sobre o Estado de Direito. Respondem esses outros com ares totalitários: *salus populi suprema lex est*. No meio termo, há quem preveja dentre as hipóteses constitucionais de excepcionalidade a calamidade financeira, de modo a conciliar um afastamento excepcional da ordem vigente com os termos e parâmetros previstos constitucionalmente.

A hipótese é bastante controversa, vê-se bem, e sequer é nova<sup>319</sup>.

Em períodos de grave crise, seja econômica, seja política, ressurgem o debate em torno das possibilidades e limites do constitucionalismo democrático para lidar com situações excepcionais, polarizado na aparente dicotomia normatividade-realidade. Foi assim na conferência seminal que Ferdinand Lassalle proferiu a sindicalistas em 1862, no Republicanismo de Weimar, na recessão dos anos 30 e na recente Guerra ao Terror. Em cada caso, a questão assumiu nuances muito peculiares, mas, por todos, cite-se a seguinte passagem de Benjamin Kleinerman<sup>320</sup>:

---

<sup>319</sup> Convém mencionar a ressalva feita por Maria Benedita Urbano de que as teorias clássicas, em sua maioria, referem-se ao “contexto da grande depressão dos anos 30 e das duas guerras mundiais, altura em que o executivo, fosse ele o órgão político “governo” dos sistemas parlamentares ou o Presidente dos sistemas presidenciais, não era ainda detentor de poderes legislativos habituais e apreciáveis, e em que os direitos sociais, económicos e culturais ainda não se tinham imposto”. (URBANO, Maria Benedita. Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional. In: GONÇALVES, Pedro. Et al. (Coords). **A Crise e o Direito Público**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013, p.17) Sobre o tema, ver também JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. Introduction. *Constitutional Crisis: The German and the American Experience*. In: \_\_\_\_\_ (Ed.). **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**. London: University of California Press, 2000, p. 1-39.

<sup>320</sup> KLEINERMAN, Benjamin A. Lincoln’s Example: Executive Power and the Survival of Constitutionalism. **Perspectives on Politics**, v. 3, n. 4, 2005, p. 801. Lê-se no original: “First, action outside and sometimes against the Constitution is only constitutional when the constitutional union itself is at risk; a concern for the public good is insufficient grounds for the executive to exercise discretionary power. Second, the Constitution should be understood as different during extraordinary times than during ordinary times; thus discretionary action should take place only in extraordinary circumstances and should be understood as extraordinary. Since it is only necessitated by the crisis, the action should have no effect on the existing law. To preserve constitutionalism after the crisis, the actions must not be regularized or institutionalized. Third, a line must separate the executive’s personal feeling and his official duty. He should take only those actions that fulfill his official duty, the preservation of the Constitution, even, or especially, if the people want him to go further.”

Em primeiro lugar, a ação fora e, às vezes, contrária à Constituição é apenas constitucional quando a própria união constitucional está em risco; uma preocupação com o bem público é motivo insuficiente para o executivo exercer o poder discricionário.

Em segundo lugar, a Constituição deve ser entendida de forma diferente em momentos extraordinários e em momentos ordinários; portanto, a ação discricionária deve ocorrer somente em circunstâncias extraordinárias e deve ser entendida como extraordinária. Uma vez que é apenas necessário devido à crise, a ação não deve ter qualquer efeito sobre o direito existente. Para preservar o constitucionalismo após a crise, as ações não devem ser regularizadas ou institucionalizadas.

Em terceiro lugar, uma linha deve separar o sentimento pessoal do executivo e seu dever oficial. Ele deve tomar apenas as ações que cumprem seu dever oficial, a preservação da Constituição, ou especialmente, se as pessoas querem que ele vá mais longe.

Sem pretender defender ideias já sabidamente datadas, passa-se neste tópico a verificar de que modo algumas dessas teorias constitucionais clássicas ou modernas podem inspirar o intérprete constitucional na construção de uma *juridicidade da excepcionalidade*<sup>321</sup>, que abra a norma à sua contextualização, sem com isso cancelar a rendição do Estado Democrático de Direito. Como se concluirá ao fim, o debate em torno do estado de exceção antes se coloca como mais uma crítica à jurisprudência da crise do que como uma ferramenta efetivamente útil para lidar com os casos difíceis que são submetidos à apreciação das cortes.

Os diálogos antológicos entre autores clássicos merecem, portanto, ser analisados com mais cautela, dada a sua contribuição para identificar a subjacência do conflito normatividade-realidade e expor o pluralismo de enfoques possíveis.

Em uma conferência a uma associação liberal-progressista em Berlim, Lassalle lançou a questão que julgou a mais importante da época “o que é uma Constituição?”<sup>322</sup>. O discurso procurou demonstrar que a Constituição, *em essência*, é aquela que reflete os fatores reais de

---

<sup>321</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenado. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 147.

<sup>322</sup> Conforme aponta Rosalina Araújo, “este seu livro continuou sendo citado e analisado pelos juristas e jus sociólogos do século XX, como Marx Weber, Léon Duguit, Carl Schmidt, que não serão analisado neste epílogo, e, ainda, Hans Kelsen (...)” (ARAÚJO, Rosalina Corrêa. Ferdinand Lassalle e a Resistência Völkisch ao Constitucionalismo Alemão: sobre a Constituição Escrita e a Constituição Real. (Epílogo). In: LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, p. 53-54).

poder. Dentre os fatores reais de poder, o autor menciona a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia e os banqueiros<sup>323</sup>.

Na construção de seu argumento, Lassalle criou a ficção de um incêndio que destruísse todas as normas positivadas da Prússia, de modo que se pudesse recriar as instituições. A despeito dos interesses da nação, defendidos pelo poder inorgânico da vontade popular, os fatores reais de poder se imporiam de modo inarredável, por se basearem na força do Exército, na cultura enraizada ou mesmo na interdependência dos fatores reais de poder<sup>324</sup>.

Lassalle conclui que “esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: *a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação*”. Uma vez que essa Constituição é transcrita em uma “folha de papel”, os fatores reais de poder deixam de ser apenas fatores reais e passam a corresponder a direitos, instituições jurídicas, cujo descumprimento acarreta sanções. Complementa que “as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social”<sup>325</sup>. Com isso, subordina a validade da Constituição e sua durabilidade ao aspecto sociológico de reprodução dos fatores reais de poder.

Lassalle reconhece a grande burguesia como um fator real de poder, que não se curva a alterações meramente normativas. Na alegoria que desenvolve, uma Constituição gremial, que impusesse limites à influência do capital ou aos modos de produção, longe de impor a lógica distributiva pretendida, acarretaria o fechamento de fábricas, desemprego e miséria do povo, provocando o retorno triunfal da alta burguesia<sup>326</sup>.

---

<sup>323</sup> A monarquia se alicerçaria na força do Exército; a aristocracia, na influência perante a corte e o rei; a grande burguesia, no poder do capital que empreende e emprega; e os banqueiros, na necessidade de os governos se financiarem a baixo custo político. Como partículas da essência da Constituição, Lassalle aponta também as liberdades individuais da pequena burguesia e da classe operária e, “dentro de certos limites”, a cultura coletiva e a consciência social do país. Aquele grupo até poderia perder suas liberdades políticas, como outrora, mas se insurgiria em defesa de suas liberdades individuais.

<sup>324</sup> Lassalle, contudo, vislumbra uma possibilidade de mudança no *status quo*, por meio de levante do Poder Inorgânico, demonstrando seu viés marxista: “Essas razões explicam por que uma força organizada pode sustentar-se anos a fio, sufocando o poder, muito mais forte, porém desorganizado, do país. Mas a população, um dia, cansada de ver os assuntos nacionais tão mal administrados e pior regidos e que tudo é feito contra sua vontade e os interesses gerais da nação, pode se levantar contra o poder organizado, opondo-lhe sua formidável supremacia, embora desorganizada” (LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 30). Parece razoável sustentar que não há qualquer contradição na hipótese, dado que, pela revolução, o novo *status quo* corresponderia a um novo fator real de poder.

<sup>325</sup> LASSALLE. Op. Cit., p. 45.

<sup>326</sup> Talvez os exemplos não sejam tão datados como se supõe, sobretudo no que se refere à influência do poder econômico da grande burguesia e dos banqueiros. Quanto àqueles: “que viria a acontecer se nessas condições, e a despeito de tudo, obstinadamente implantassem hoje a Constituição gremial? Aconteceria que os senhores industriais, os grandes industriais de tecidos, os fabricantes de seda, etc. fechariam as suas fábricas, despedindo

Note-se, assim, que, pela teoria sociológica, toda Constituição seria real e *efetiva* na medida em que fosse *essencialmente* uma Constituição, ou seja, que refletisse os fatores reais de poder<sup>327</sup>. Nesse particular, aproxima-se do descrédito do poder da normatividade frente à realidade posta, tal qual Schmitt.

Todavia, embora, para Lassalle, o elemento realidade atue como forma de promoção da efetividade da Constituição, a dissociação não se daria em desfavor da Constituição. Sequer seria necessária uma teoria da excepcionalidade, vez que a Constituição deixaria de ser essencialmente uma constituição ou se adaptaria caso erigido um novo fator real de poder. Lassalle admite a possibilidade de alteração da realidade fática, por meio da insurgência popular. Uma vez alterada, essa nova realidade passa a se refletir em fator real de poder, a despeito de qualquer alteração normativa. A própria necessidade de positivação dos fatores reais de poder em textos constitucionais decorreria da mudança desses fatores reais.

Há diversas críticas possíveis. Ao considerar que somente seria possível alterar a realidade em *momentos históricos de grande emoção*, Lassalle nega a possibilidade de mudança paulatina dos fatores reais de poder, e o conseqüente dinamismo da legitimação da Constituição. Ademais, Lassalle desprestigia o elemento normativo, recusando à Constituição o poder prescritivo de influência na realidade<sup>328</sup>.

Ainda como reflexo do realismo político que inspirou a virada do século XX, outro autor defende o esvaziamento da normatividade quando em conflito com uma situação fática incompatível ou crítica<sup>329</sup>. Sua contribuição histórica para a justificativa de poderes totalitários

---

os seus operários; e até as companhias de estradas de ferro seriam obrigadas a agir da mesma forma. O comércio e a indústria ficariam paralisados, grande número de pequenos industriais seriam obrigados a fechar suas oficinas e essa multidão de homens sem trabalho sairia à praça pública pedindo, exigindo pão e trabalho. Atrás dela, a grande burguesia, animando-se com a sua influência e seu prestígio, sustentando-a com o seu dinheiro, viria fatalmente à luta, na qual o triunfo não seria certamente das armas”.

<sup>327</sup> LASSALLE, Op. Cit., p. 31. Assim, a efetividade jamais seria perseguida com clamores, porque sempre vão: “quando uma Constituição escrita responde aos fatores reais de poder que regem um país, não podemos ouvir esse grito de angústia. Ninguém seria capaz de fazê-lo, ninguém poderia se aproximar da Constituição sem respeitá-la; com uma Constituição destas ninguém brinca se não quer passar mal”. (LASSALLE. Op. Cit., p. 44).

<sup>328</sup> Embora muito timidamente, convém apontar que Lassalle menciona a relação inversa, em que, uma vez expressos, os direitos precisam tornar-se fatores reais de poder, a fim de que sejam jurídicos: “ninguém desconhece o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores *reais* de poder, transformando-os dessa maneira em fatores *jurídicos*” (LASSALLE. Op Cit., p. 26). Todavia, a ênfase que atribui à Constituição como “folha de papel” ao longo do texto justifica a crítica.

<sup>329</sup> HERRERA, Carlos Miguel. **A Política dos Juristas**: Direito, liberalismo e socialismo em Weimar. São Paulo: Ed. Alameda, 2012, p. 167. O autor identifica Lassalle com o Realismo Político, ao defender a luta política como luta pelo *possível*.

em estados de exceção é referência obrigatória nos debates de filosofia política. Trata-se de Carl Schmitt.

Em 1922, na obra *Political Theology*, Schmitt afirma que o que caracteriza uma excepcionalidade é principalmente a autoridade ilimitada, porque impõe a suspensão de toda a ordem existente. “Não há norma aplicável ao caos”<sup>330</sup>. A ordem legal só faz sentido, se existir uma situação normal. Quem decide se essa situação normal realmente existe é o soberano<sup>331</sup>. Schmitt, então, complementa, “enquanto uma exceção pressupõe uma ordem constitucional que forneça diretrizes sobre como enfrentar a crise para uma estabilidade, o estado de emergência não precisa ter uma ordem existente como ponto de referência porque *necessitas non habet legem*”<sup>332</sup>.

Ele ressalva que, embora o Direito ceda, o Estado se mantém. É isso que diferencia a excepcionalidade da anarquia ou do caos: a ordem no sentido jurídico ainda prevalece, embora evidentemente não corresponda à mesma ordem no sentido ordinário. Afastando-se também com isso da teoria sociológica, Schmitt considera uma distorção da disjunção esquemática entre a sociologia e o Direito (*jurisprudence*), o argumento de que a excepcionalidade seria relegada à sociologia, por falta de relevância jurídica<sup>333</sup>.

A existência do Estado nesse contexto, segundo Schmitt, é a prova inequívoca de sua superioridade sobre a validade das normas jurídicas. Na excepcionalidade, o Estado suspende a lei com base no seu direito de autopreservação. As decisões, então, libertam-se das amarras normativas e passam a ser verdadeiramente *absolutas*. Os dois elementos do conceito ordem jurídica são então dissolvidos em noções apartadas, o que comprova a independência conceitual de Estado e normatividade. Ao contrário da situação normal, na excepcionalidade a norma é destruída<sup>334</sup>.

---

<sup>330</sup> SCHMITT, Carl. **Political Theology**: Four Chapters on the Concept of Sovereignty. Chicago: University Of Chicago Press, 2006, p. 13. Lê-se no original: “There exists no norm that is applicable to chaos”.

<sup>331</sup> O autor inicia sua obra com a frase “Sovereign is he who decides on the exception”

<sup>332</sup> Lê-se, no original “whereas na excepcion presuposes a constitutional order that provides guidelines on how to confront crisis in order an stability, a state of emergency need not have an existing order as a reference point because *necessitas non habet legem*” (SCHMITT. Op. Cit., p. 5).

<sup>333</sup> SCHMITT, **Political Theology**..., p. 13. Em sentido semelhante, Gustavo Binjenbojm: Reduzi-las, no entanto, à condição de meras situações de fato, posicionadas fora do ordenamento jurídico, não oferece nenhuma vantagem para o projeto moral de autodeterminação individual e coletiva inerente ao Estado Democrático de Direito” (BINENBOJM. Op. Cit., p. 151).

<sup>334</sup> SCHMITT, **Political Theology**..., p. 12.

Em nenhum caso o *rule of law* se verificaria: é a soberania que decide na exceção, já que emergências são, por natureza, impossíveis de antecipar. Regras criadas antes da situação emergencial seriam muito vulneráveis ao descarte. Não é possível usar a lei para dizer quando a legalidade deve ser suspensa. O máximo que se pode fazer é especificar quem tem o poder de determinar o que será feito na emergência<sup>335</sup>.

Sua teoria foi alvo de muitas críticas, sobretudo quanto à afirmação de que o Direito *nunca* poderia controlar poderes emergenciais. Como sintetiza Gustavo Binbenojm, a postura extremista schmittiana dos “espaços sem lei” não oferece qualquer caminho seguro para a preservação das conquistas do constitucionalismo democrático diante de circunstâncias excepcionais<sup>336</sup>. A simples chancela jurídica da rendição do Estado democrático de direito a um estado de não-direito dificilmente se sustenta em nome da segurança pública e menos ainda em razão de crise econômico-financeira.

Alguns autores, então, propuseram uma versão mais modesta de Schmitt. Mencione-se Adrian Vermeule e Oren Gross.

Segundo Vermeule, as situações de emergência não podem ser realisticamente governadas por regras específicas elaboradas *ex ante*, mas por *standards* vagos elaborados *ex post*. Está além da capacidade institucional dos legisladores especificar e alocar poderes de emergência em todas as contingências futuras. Em particular, os legisladores sentiriam uma enorme pressão para criar padrões vagos na fixação de procedimento legal, tanto por saberem que não podem submeter o corpo diverso de entidades administrativas a regras rigorosamente especificadas quanto por temerem as consequências do engessamento do executivo em futuras emergências<sup>337</sup>.

---

<sup>335</sup> VERMEULE. Our Schmittian..., p. 1100-1102.

<sup>336</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenado. Belo Horizonte: Forum, 2016.

<sup>337</sup> Neste sentido, acrescenta o autor: “Está além da capacidade institucional dos legisladores especificar e alocar poderes emergenciais em todas as contingências futuras; os legisladores, em particular, sentirão uma enorme pressão para criar padrões vagos e escapar às escotilhas - para emergências e outros - no código de procedimento legal que governa a mina de casos ordinários no estado administrativo, porque os legisladores sabem que não podem sujeitar massivamente corpo diverso de entidades administrativas a regras rigorosamente especificadas, e porque eles temem as consequências em futuras emergências de amarrar de forma muito apertada o executivo ao mastro.”. Lê-se no original: “(...) it is beyond the institutional capacity of lawmakers to specify and allocate emergency powers in all future contingencies; practically speaking, legislators in particular will feel enormous pressure to create vague standards and escape hatches — for emergencies and otherwise — in the code of legal procedure that governs the mine run of ordinary cases in the administrative state, because legislators know they cannot subject the massively diverse body of administrative entities to tightly specified rules, and because they fear the consequences of lashing the executive too tightly to the mast in future emergencies.” (VERMEULE. Our Schmittian..., p. 1101).

A postergação da resposta institucional à exceção também foi apresentada por Gross. O autor se aproxima de Schmitt pelo entendimento de que normas legais não podem se aplicar a exceções<sup>338</sup>. No entanto, como esclarece expressamente, afasta-se do Realismo Político ao impor um custo político ao decisor diante da incerteza de ratificação de suas medidas extralegais após cessada a crise<sup>339</sup>.

Em *Chaos and Rules*, Gross elenca alguns modelos tradicionais para lidar com a emergência: 1) *Business as usual*, pelo qual as normas e regras jurídicas comuns continuam a ser seguidas estritamente, sem alterações substanciais, mesmo em situações de emergência, de modo que a lei teria as formas para lidar com a emergência<sup>340</sup>; 2) *Accommodation*, que prega algumas mudanças substanciais, apesar de manter o sistema ordinário inalterado na maior extensão possível<sup>341</sup>; e 3) *Extra-legal measures model*, pelo qual os servidores públicos poderiam responder sob crivo da extra-legalidade quando acreditassem que sua ação é necessária para responder à calamidade, desde que, posteriormente, obtivessem ratificação direta ou indireta de suas ações, através dos tribunais, do executivo ou do legislativo<sup>342</sup>.

O autor defende que o terceiro modelo seria mais adequado para preservar os princípios fundamentais da ordem constitucional. Sustenta que, “embora sair da ordem jurídica possa ser um ‘pouco errado’, é defendido aqui para facilitar a realização de um ‘grande direito’, ou seja,

---

<sup>338</sup> GROSS, Oren. *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?* **The Yale Law Journal**, v. 112, n. 5, p. 1120, 2003: “No caso extremo, quando este estado de coisas subjacente é fundamentalmente interrompido, a norma jurídica relevante pode deixar de ser aplicável da forma como costuma ser e não pode cumprir a sua função reguladora ordinária (...) As crises minam esta base factual”. Lê-se no original: “In the extreme case, when this underlying normal state of affairs is fundamentally interrupted, the relevant legal norm may no longer be applicable as is and cannot fulfill its ordinary regulatory function.(...) Crises undermine this factual basis.”

<sup>339</sup> GROSS, Op. Cit., p. 1024: “By separating the two issues—action and ratification—the model adds an element of uncertainty hanging over the head of the public official who needs to decide how to act. That uncertainty raises the cost of taking an extralegal course of action. Hence, it ought to be clear that the Extra-Legal Measures model must not be confused with what may be called political realism”.

<sup>340</sup> GROSS. Op. Cit., p. 1043: “O sistema jurídico ordinário já fornece as respostas necessárias a qualquer crise sem a asserção legislativa ou executiva de poderes governamentais novos ou adicionais”. Lê-se no original: “The ordinary legal system already provides the necessary answers to any crisis without the legislative or executive assertion of new or additional governmental powers.”

<sup>341</sup> GROSS. Op. Cit., p. 1058: “Todos concordam com um certo grau de adaptação às pressões exercidas sobre o Estado em tempos de emergência, mantendo, ao mesmo tempo, princípios e regras legais normais, tanto quanto possível”. Lê-se no original: “They all countenance a certain degree of accommodation for the pressures exerted on the state in times of emergency, while, at the same time, maintaining normal legal principles and rules as much as possible”.

<sup>342</sup> GROSS. Op. Cit., p. 1096.

a preservação não só da ordem constitucional, mas também de seus princípios mais fundamentais e princípios<sup>343</sup>. O curioso é que, embora o autor entenda que em tempos de exceção ou emergência a lei recua e os atos estatais passam a deixar de ser legalmente restritos<sup>344</sup>, prestigia o modelo que prevê a chancela *a posteriori* por meio das instituições já consolidadas.

A réplica poderia ter sido feita pelo próprio Schmitt. Segundo o autor, a tentativa de subsumir a excepcionalidade à lei é um esforço vago dos liberais para banir a exceção da ordem legal, respondendo a emergências através da lei. Os liberais, por não suportarem a ideia de política descontrolada pela lei, colocam um verniz de legalidade que permite que o executivo faça o que quiser ao reivindicar legitimidade do estado de direito<sup>345</sup>.

Embora, em casos extremos, a norma seja destruída na exceção, a excepcionalidade permaneceria, então, acessível ao controle jurisdicional, pois ambos os elementos, tanto a norma como a decisão, permanecem dentro do quadro do jurídico. O Estado prevalece. Isso não significa, contudo, que a Constituição prevaleça.

Esse ponto específico foi enfrentado por Carl Schmitt em 1928. Em *Verfassungslehre*, o autor defende uma concepção mais moderada da teoria de excepcionalidades, compatível com a Constituição.

Sob a premissa de que somente é possível um conceito de Constituição quando se distinguem Constituição e lei constitucional<sup>346</sup>, Schmitt compreende que “a essência da Constituição não está contida em uma lei ou uma regra”, mas na decisão política do titular do poder constituinte. Exemplifica: as afirmações contidas na Constituição de Weimar de que “O Poder do Estado emana do Povo” e “o Reich alemão é uma República” denotam as decisões políticas a favor da democracia e do republicanismo, respectivamente<sup>347</sup>.

A substância da Constituição não está nas leis constitucionais, sequer nas leis fundamentais, mas nas decisões políticas concretas que denunciam a forma política de ser do povo e formam o pressuposto básico para todas as demais normas, mesmo para as leis

---

<sup>343</sup> GROSS. Op. Cit., p. 1024.

<sup>344</sup> GROSS. Op. Cit., p. 1011-1134, fev. 2003; DYZENHAUS. Op. Cit., p. 23-26.

<sup>345</sup> DYZENHAUS, David. Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order? **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 5, p. 2005-2040, 2006.

<sup>346</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 45. Lê-se no original: “Sólo es posible un concepto de Constitución cuando se distinguen Constitución y ley constitucional”.

<sup>347</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 48.

constitucionais. Assim, o estado de exceção suspende as leis constitucionais, mas não a Constituição, que é então considerada intangível.

As medidas restritivas de direito admissíveis no estado de exceção, segundo Schmitt, não põem em xeque a decisão política fundamental nem a substância da Constituição, “senão que precisamente ocorre a serviço da manutenção e subsistência da própria Constituição”<sup>348</sup>. Entendimento contrário transformaria cada prescrição constitucional-legal em um obstáculo intransponível para a defesa da Constituição, distorcendo o propósito do estado de emergência.

O estado de exceção seria uma hipótese de suspensão legítima das previsões legais-constitucionais. A contrário senso, esclarece o autor, a suspensão da Constituição seria inconstitucional quando “as disposições constitucionais-legais são postas fora de vigor sem que essa suspensão se encontre prevista em uma regulação legal-constitucional ou com desprezo de um procedimento acaso previsto para fazê-lo”<sup>349-350</sup>.

Essa perspectiva de Schmitt, sob a qual a legitimidade da suspensão decorre de previsão expressa no próprio texto constitucional, parece não guardar muita semelhança com a visão de espaço de não-Direito ou destruição da norma no caos. Reflete, assim, o modelo dualista, que

---

<sup>348</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 50. Lê-se no original: “La Constitución es intangible, mientras que las leyes constitucionales pueden ser suspendidas durante el estado de excepción, y violadas por las medidas del estado de excepción. Según el arto 48, 2, C. a., está facultado el Presidente del Reich para adoptar tales medidas; los derechos fundamentales establecidos en los arts. 114,115,117,118,123,124 y 153 C. a. pueden ser puestos temporalmente fuera de vigor. Todo esto no atenta a la decisión política fundamental ni a la sustancia de la Constitución, sino que precisamente se da en servicio del mantenimiento y subsistencia de la misma.”

<sup>349</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...**, p. 116-117. Lê-se no original: “5. Suspensión de la Constitución: Una o varias prescripciones legal-constitucionales son provisionalmente puestas fuera de vigor. a) Suspensión inconstitucional de la Constitución: las prescripciones legal-constitucionales son puestas fuera de vigor sin que esta suspensión se encuentre prevista en una regulación legal-constitucional, o con desprecio de un procedimiento acaso previsto para realizarla. b) Suspensión constitucional de la Constitución: las' prescripciones constitucionales son provisionalmente puestas fuera de vigor con observancia de las prescripciones legal-constitucionales previstas para una tal suspensión; por ejemplo, según el arto 48, 2, 2, C. a. Se ponen fuera de vigor uno, varios o todos los siete artículos de derechos fundamentales: 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153, C. a., enumerados ahí”.

<sup>350</sup> A Constituição de Weimar previa em seu Artigo 48, § 2: “Se a segurança e a ordem públicas forem seriamente perturbadas ou estiverem em perigo no âmbito do Reich alemão, o Presidente do Reich poderá adoptar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, com a ajuda, se necessário for, das Forças Armadas. Para este fim ele poderá suspender, total ou parcialmente, os direitos fundamentais consagrados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153”. Note-se que esse dispositivo foi utilizado em larga medida pelo nazismo para impor restrições a direitos e mesmo fundamentar atrocidades humanitárias. Para uma análise mais detida da teoria schmittiana e seu vício original.

pode ser compreendido como “a autoridade constitucional para usar a lei para suspender a lei, criando assim um regime excepcional ao lado do regime do direito comum”<sup>351</sup>.

O dualismo é característico dos regimes jurídicos ocidentais não absolutistas<sup>352</sup>. É o modelo que se verifica no ordenamento jurídico brasileiro. Com a positivação constitucional do estado de defesa (art. 136 da CRFB) e do estado de sítio (arts. 137 a 139 da CRFB), o Estado pode adotar medidas restritivas de direito com o fito de restabelecer a paz social, nas hipóteses de grave comoção, calamidades de grande proporção, ameaças de instabilidade institucional, declaração de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira.

A diferença fundamental entre esse dualismo de exceção e a doutrina de Carl Schmitt, não custa lembrar, é que este acredita que a *exception* é incompatível com a *rule of law*. Assim, as medidas de excepcionalidade se inseririam apenas no espaço além da lei. Pelo dualismo, mesmo os estados de crise se inserem no *rule of law*. A possibilidade de inserirem *rule by law*, de modo que a própria lei crie esse espaço, é controvertida. Dyzenhaus não atribuiu tanto peso à distinção, criada pelo próprio Schmitt, tendo em vista que, ainda que a lei se aplique, seria apenas para admitir esse afastamento excepcionalmente, deixando espaço para uma atuação *beyond the law* e tão alheia ao Estado de Direito quanto seria o *black hole*<sup>353</sup>.

A principal contribuição do modelo dualista consiste em estabelecer pressupostos, limites e procedimentos, para condicionar a adoção de soluções jurídico-institucionais que excepcionem algumas normas constitucionais<sup>354</sup>.

A mera hipótese de uma Constituição prever expressamente um estado de crise sob fundamento econômico já divide opiniões. Por um lado, traria as vantagens de forçar a reflexão sobre o real estado econômico – delimitando objetivamente ao menos o estágio inicial de alerta –, de preservar a ideia de supremacia da constituição, e de legitimar a atuação das cortes constitucionais no controle exercido sobre as medidas anti-crise<sup>355</sup>. Por outro, há quem

---

<sup>351</sup> DYZENHAUS. Op. Cit., p. 2007. Lê-se no original: “the constitutional authority to use law to suspend law, thus creating an exceptional regime alongside the regime of ordinary law, is a universal feature of the “nonabsolutist western legal tradition”.

<sup>352</sup> BINENBOJM. Op. Cit., p. 148.

<sup>353</sup> DYZENHAUS. Op. Cit., p. 2015. Lê-se no original: “In substance, there might seem to be little difference between a legal black hole and space beyond law since neither is controlled by the rule of law. But there is a difference (...). This is so especially if such theorists want to claim for the sake of legitimacy that law is playing a role, even if it is the case that the role law plays is to suspend the rule of law”.

<sup>354</sup> BINENBOJM. Op. Cit., p. 148.

<sup>355</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. **Revista de Informação Legislativa**, n. 108, p. 46-47, out./dez. 1990.

mencione a dificuldade prática de se prever e regular crises econômicas financeiras e o risco de a regulação ensejar a banalização da exceção – críticas que se aplicam a qualquer permissivo constitucional de exceção –, assim como a possibilidade de a crise se estender indefinidamente por muitas décadas<sup>356</sup>. Assim, mesmo restrita às hipóteses de emergência previamente delimitadas constitucionalmente, a hipótese é controversa, sobretudo em nome do Estado de Direito.

Como sabido, a Constituição brasileira não consagra de forma expressa um estado de crise econômico-financeira como figura autônoma ou mero subtipo dos estados de anormalidade previstos constitucionalmente. Tampouco o fazem as demais constituições das democracias ocidentais<sup>357</sup>. Seria necessária a expressa previsão constitucional de permissivos e parâmetros?

Os Governos dos Estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul entendem que não. Em 17 de junho de 2016, foi publicado o Decreto 45.692, por meio do qual o governador fluminense em exercício que estabelece estado de calamidade pública, “em razão da grave crise financeira no Estado do Rio de Janeiro, que impede o cumprimento das obrigações assumidas em decorrência da realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016”. Em decorrência, as autoridades ficaram “autorizadas a adotar medidas excepcionais necessárias à racionalização de todos os serviços públicos essenciais, com vistas à realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016”.

O decreto deu origem à Lei estadual 7.483/16, de 08 de novembro de 2016, que reconhece o estado de calamidade pública no âmbito da Administração Financeira, nos seguintes termos:

Art. 1º - Fica reconhecido o estado de calamidade pública no âmbito da administração financeira declarado pelo Decreto nº 45.692, de 17 de junho de 2016.

Parágrafo único - A presente Lei se respalda no caput do artigo 65, da Lei Complementar nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal, que suspende a contagem dos prazos e disposições estabelecidas no caput do artigo 23 e seus quatro parágrafos, no artigo 31 e no caput do artigo 70, consoante o que prescreve o inciso I do referido artigo 65 da Lei Complementar nº 101/2000.

---

<sup>356</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 41.

<sup>357</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 41 e URBANO, Maria Benedita. Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional. In: GONÇALVES, Pedro. Et al. (Coords). **A Crise e o Direito Público**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013, p. 9.

Art. 2º - O prazo de validade do presente estado de calamidade pública no âmbito da administração financeira pelo decreto nº 45.692, de 17 de junho de 2016 e reconhecida pela presente Lei, poderá se estender até 31 de dezembro de 2017.

Art. 3º - Fica sobrestada a validade dos concursos públicos realizados ou homologados antes da edição do Decreto nº 45.692, de 17 de junho de 2016, até, no máximo, o final de vigência desta Lei.

Art. 4º - Os créditos orçamentários abertos durante a vigência do estado de calamidade pública deverão considerar prioritariamente as despesas com Saúde, Educação, Assistência Social e o pagamento de servidores ativos, inativos e pensionistas.

Art. 5º - A calamidade Pública no âmbito da administração financeira do Estado do Rio de Janeiro não poderá, em nenhuma hipótese, ensejar as exceções em casos de calamidade pública previstas nos incisos XIV e XV do artigo 78 da Lei Federal 8666/93.

Art. 6º - A calamidade Pública no âmbito da administração financeira do Estado do Rio de Janeiro não poderá, em nenhuma hipótese, ensejar a dispensa de licitação prevista no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8666/93.

Art. 7º - O Poder Executivo deverá encaminhar à ALERJ em até 30 (trinta) dias:

I - o plano detalhado das medidas que pretende implementar para o enfrentamento da situação de calamidade pública.

II - relatório detalhado com todos os recursos que compõem a Receita Corrente Líquida.

Em 21 de novembro de 2016, foi a vez do governador gaúcho. Considerando (i) a crise da economia brasileira; (ii) a queda estimada do PIB e seus efeitos sobre a arrecadação tributária; (iii) “o significativo aumento dos gastos públicos, especialmente com pessoal, verificados nos exercícios anteriores”; e (iv) a necessidade de garantir a continuidade de prestação de serviços públicos essenciais, editou o Decreto 53.303, que autoriza que a Alta Administração dos entes estaduais adotem “as medidas excepcionais necessárias à racionalização de todos os serviços públicos, salvo aqueles considerados essenciais”.

O decreto foi assinado logo após o governador encaminhar à Assembleia Legislativa um projeto que previa a extinção de nove fundações, uma companhia e uma autarquia estaduais, e a extinção de quatro secretarias, o que deveria gerar a demissão de 1.100 a 1.200 funcionários e uma economia de R\$ 146,9 milhões aos cofres gaúchos<sup>358</sup>. Os efeitos jurídicos do ato são questionáveis, mas seu poder de barganha política não.

---

<sup>358</sup> EXAME. Governo do RS apresenta plano que prevê extinção de 11 órgãos. **Exame**, nov 2016. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/brasil/governo-do-rs-apresenta-plano-que-preve-extincao-de-11-orgaos/>> Acesso: 19 jan 2017.

Em sentido semelhante, parece ser esse o entendimento defendido por diversos autores portugueses em relação à jurisprudência recente do Tribunal Constitucional. Por vezes considerando a existência de um “estado de crise”, entendem serem suficientes os institutos e previsões da ordem vigente, ainda que contextualizados pela situação econômica.

Assim, Maria Bedita Urbano, por exemplo, defende que as medidas de combate à crise podem se valer das ideias-chave que subjazem às balizas estabelecidas para instituição de estado de emergência, assim como de diversos outros preceitos constitucionais, como os instituidores de deveres ao Estado. Cita, exemplificativamente:

São elas as seguintes: estado de anormalidade constitucional, estado de necessidade, alteração das circunstâncias, preservação e sobrevivência do Estado, força maior, preservação da ordem pública, garantia das condições económicas que assegurem a independência nacional, promoção do aumento do bem-estar e da qualidade de vida das pessoas baseada numa estratégia de desenvolvimento sustentável, etc. Todas estas ideias-chave se reportam a bens e valores constitucionais que se expandem para além dos dispositivos *supra* mencionados, em particular, dos que consagram o estado de sítio e o estado de emergência<sup>359</sup>.

O estado de crise se baseia no reconhecimento da necessidade de flexibilizações da ordem jurídica em situações excepcionais, a fim de viabilizar respostas adequadas às exigências das circunstâncias, mas impõe ao Tribunal Constitucional a adoção do princípio *in dubio pro* medidas anti-crise<sup>360</sup>. Isso independe de uma decretação de estado de exceção e assim se esvazia a própria discussão sobre a necessidade de haver expressa previsão constitucional do estado de calamidade financeira.

O estado de crise pressupõe a observância de parâmetros e balizas advindos da própria ordem constitucional. O estabelecimento de critérios e parâmetros que devolvam a excepcionalidade à ordem democrático-constitucional deve ser aplaudido, sobretudo diante de alternativas fatalistas e resignadas, como as demonstradas antes<sup>361</sup>. Todavia, no extremo se cogite da suspensão temporária da Constituição<sup>362</sup> ou em mera estratégia retórica de legitimação. Na crítica poética de Jorge Reis Novais, a solução poderia ser sintetizada assim:

Constituição, sim; inconstitucionalidades, não;

<sup>359</sup> URBANO. Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional..., p. 20.

<sup>360</sup> URBANO. Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional..., p. 25.

<sup>361</sup> BINENBOJM. Op. Cit., p. 147.

<sup>362</sup> Ao menos é esse o espantalho criado por Jorge Reis Novais (NOVAIS. Op. Cit., p. 43-45).

Tribunal Constitucional, sim, declarações de inconstitucionalidade, não;  
Direitos fundamentais, assim-assim, direitos fundamentais contra o Governo,  
não<sup>363</sup>.

Especificamente no quanto se refere à crise econômico-financeira, contudo, a principal crítica que se coloca a esse estado de exceção informal consiste em sua desnecessidade. A jurisdição constitucional não precisa se valer de instrumentos de exceção – senão no que se refere apenas as suas balizas materialmente constitucionais. Não há preferências apriorísticas e sequer são necessárias soluções alheias à hermenêutica constitucional, já que o próprio ordenamento jurídico, com seus postulados e institutos, é capaz de oferecer ferramentas necessárias para lidar com a crise. Isso não significa, por óbvio, que se deva ignorar o contexto e aplicar o texto constitucional “contra ventos e marés”<sup>364</sup>, mas que as respostas institucionais podem se compatibilizar com o Estado de Direito e os preceitos fundamentais e democráticos.

Explica-se. Em tais situações emergenciais, a normatividade, compreendida como capacidade de conformar a realidade, estabelecida no mundo do *dever ser*, continua intensa e reciprocamente imbricada com a realidade, que considera as possibilidades fáticas do mundo do *ser*. É importante que assim seja, para assegurar a efetividade da Constituição, evitando comandos inexecutáveis que desmoralizem a jurisdição constitucional e que possam comprometer a Vontade da Constituição muito mais do que a discussão estéril sobre estado de exceção.

O raciocínio finca raízes também em teorias clássicas, especificamente na Teoria Concretista de Konrad Hesse, célebre, sobretudo, pelos conceitos de Força Normativa da Constituição e Vontade da Constituição. A teoria insere na normatividade o elemento da realidade e, assim admite sua flexibilização pelo intérprete segundo influxos conjunturais.

Sob a égide da Lei Fundamental da Alemanha e possivelmente inspirada pelas esperanças do pós-guerra, essa teoria constitucional inova ao enfatizar a influência recíproca entre norma e fato e a abertura do texto constitucional ao intérprete<sup>365</sup>. A teoria tem recebido

---

<sup>363</sup> NOVAIS. Op. Cit., p. 51. O autor se inspirou no poema Liberdade(s) de José Carlos de Vasconcelos, publicado em *De Poema em Riste*, 1970, referindo-se aos tempos da ditadura lusitana.

<sup>364</sup> MEDEIROS, Rui. A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a crise: entre a ilusão de um problema estrutural e a tentação de um novo dirigismo constitucional. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Orgs.). **O Tribunal Constitucional e a Crise**- ensaios críticos. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 268.

especial destaque a partir da doutrina da efetividade que finca alicerces na Força Normativa, a fim de evocar a aplicabilidade das normas constitucionais pelo intérprete como salvaguarda da Constituição<sup>366</sup>.

Todavia, como será demonstrado a seguir, a teoria de Konrad Hesse acomoda diversos elementos de outras teorias: a valorização da normatividade de Kelsen, em que a Constituição figura no centro do ordenamento e tem poder de modificar e condicionar a realidade (dever ser); o idealismo liberal, de que a Constituição não apenas descreve o Estado de coisas, mas direciona a atuação política; o argumento sociológico de Lassalle, já que a Constituição não pode se dissociar da realidade, que lhe confere eficácia e validade; ou seja, ao sincretismo de Heller, que valoriza normatividade e normalidade, normas material e formalmente constitucionais de uma Constituição total. Além disso, atende ao dinamismo de Smend, já que o texto constitucional deveria ser razoavelmente aberto para permitir ao intérprete conformá-lo à realidade histórica e atual.

Em debate teórico que inicia a obra, Hesse responde às influências sociológicas de Lassalle e do realismo político, sustentando que Direito Constitucional não corresponderia apenas a uma ciência da realidade, como a ciência política e a sociologia, mas também a uma ciência normativa<sup>367</sup>. Mesmo quando não refletisse as forças hegemônicas, a Constituição seria capaz de ordenar e conformar a realidade social e política. A Constituição “folha de papel” seria dotada de *pretensão de eficácia*, haja vista que a situação por ela regulada pretenderia ser concretizada na realidade, adquirindo força normativa na medida em que lograsse realizar essa pretensão<sup>368</sup>.

---

<sup>365</sup> Quanto à abertura da Constituição, mencionando também a relação entre normatividade e realidade, André Ramos Taveres aduz que “é a **abertura das normas** constitucionais que possibilita a **evolução** do Texto Constitucional, o acompanhamento do desenvolvimento da realidade, permitindo sua permanência, superando-se, assim, a mentalidade que se tinha acerca do sistema jurídico, como um sistema (cognitivamente) fechado, conforme vigorou no positivismo formalista” (TAVARES, André Ramos. A Constituição aberta. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, n. 8, p. 326-343, 2008, p. 333).

<sup>366</sup> Essa visão tende a legitimar uma postura judicial ativista. Na crítica de Daniel Sarmento, “o viés judicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito” SARMENTO. *O Neoconstitucionalismo no Brasil...*, p. 11.

<sup>367</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 11 e 26.

<sup>368</sup> HESSE. *Op. Cit.*, p. 15-16.

Se por um lado, afirma Hesse, é fato que a pretensão de eficácia se verifica a partir da mera vigência, ainda que desconectada da realidade, por outro, valendo-se de lições de Wilhelm Humboldt, a vinculação às forças espontâneas e às *tendências dominantes de seu tempo* representa um limite à força normativa da Constituição. Em suas palavras, “se as leis culturais, sociais, políticas e *econômicas* imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital”<sup>369</sup>. A abertura da norma a influências externas é clara, ao menos no que se refere ao momento constitucional original.

A complexidade da relação entre norma e fato impõe um desdobramento importante. A Constituição reflete o contexto histórico, político e social vigente quando de sua elaboração. Tal reflexo se verifica não apenas na descrição da realidade, mas também na sua prescrição. A partir da influência das circunstâncias, o constituinte constrói, via de regra, o *dever ser*, prescrevendo os anseios que justificaram a ruptura constitucional. Isso é pacífico.

Nesse momento inicial, deve-se cuidar para que os excessos irrealizáveis não ponham em xeque a normatividade constitucional. Diante da impossibilidade fática ou jurídica, a tendência do intérprete seria negar o caráter vinculativo da norma, de modo a afastá-la por falta de normatividade. É quando surgem as teses jurídicas mitigadoras de direitos constitucionais<sup>370</sup>.

Há, contudo, um segundo cenário. Dado o dinamismo da interpretação constitucional, é possível que o descolamento entre realidade e normatividade não surja “na partida”, como resultado de ambições pretensiosas, mas “no caminho”. Há alterações fáticas capazes de criar uma nova realidade social, política ou econômica, ainda que decorram de fatores circunstanciais ou mesmo regressivos. Dessa forma, certas normas podem ter sua aplicabilidade mitigada pela realidade subjacente<sup>371</sup>.

Nessa hipótese, não se cogita de submissão da normatividade pela realidade, mas apenas de aproximação entre os dois polos. A distinção é essencial. A norma passa a adequar-se à facticidade, sem qualquer sobreposição ou subjugo, em vez de apenas prever abstrações cunhadas em um contexto que se tornou anacrônico.

---

<sup>369</sup> HESSE. Op. Cit., p. 18. Em outra passagem, Hesse esclarece: “A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo” (HESSE. Op. Cit., p. 24).

<sup>370</sup> BARROSO. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*..., p. 220. O autor inclui nessas limitações conceitos como a reserva do possível, princípios orçamentários e separação de Poderes.

<sup>371</sup> BARROSO. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*..., p. 220.

Novamente, fique claro, a relação entre norma e fato não se restringe a uma aceitação acrítica, mas engloba também prescrições da realidade que se pretende estabelecer – à luz da realidade que se tem. Em outros termos, a norma prescreve um novo *dever ser*, idealizado, pretendido, mas já bem mais factível, porque adaptado e atualizado. Não se trata propriamente da submissão da norma ao contexto. A norma, então relida, continua a prescrever a realidade e a influenciar o próprio contexto.

Nesse cenário, o alerta ao intérprete de que a impossibilidade fática não compromete a normatividade, tão alardeado como substrato último do concretismo de Hesse, já não se justifica. A norma contextualizada não se coaduna com qualquer impossibilidade fática. Valendo-se da clássica distinção entre norma e texto, que atribui caráter prático e contextualizado àquela, a impossibilidade fática se atribui ao texto, não à norma, que, assim, será sempre aplicável, na justa medida da sua possibilidade.

Assim, a Constituição não apenas reflete a realidade, concebida como uma fotografia no momento de sua elaboração, mas é por ela influenciada em um constante *condicionamento recíproco* entre norma e realidade. Por meio da normatividade do texto constitucional, a Constituição modifica a realidade subjacente, demonstrando sua força própria, motivadora e ordenadora<sup>372</sup>. Em contrapartida, na interpretação da Constituição, deixada conscientemente aberta, permite-se a definição do conteúdo constitucional à luz da realidade concreta, revelada pela livre discussão, decisão e configuração das forças políticas<sup>373</sup>.

Dessa forma, a Constituição se adapta a uma eventual mudança das condições reais dominantes numa determinada situação. A relação de interdependência estabelecida por Hesse considera que “uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição”<sup>374</sup>, embora a finalidade da proposição constitucional não possa ser sacrificada em virtude de uma mudança na situação. A solução seria uma interpretação construtiva, cujo dinamismo contribuiria para assegurar tanto a normatividade quanto a estabilidade da Constituição em cada contexto.

Verifica-se, com isso, a partir da teoria Concretista de Hesse, a possibilidade de conciliação entre a força conformadora e emancipatória da Constituição e o respeito às oscilações fáticas da realidade, de modo a assegurar uma força *ativa* à Constituição.

---

<sup>372</sup> HESSE. Op. Cit., p 11.

<sup>373</sup> SOUZA NETO; SARMENTO. Op. Cit., p. 193-195.

<sup>374</sup> HESSE. Op. Cit., p. 23.

Contudo, contribuição ainda mais valiosa da doutrina de Hesse para a presente dissertação se apresenta a partir da constatação de que “não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa se vê submetida à sua prova de força”<sup>375</sup>. Hesse defende que, em casos de conflito, a Constituição não deve ser tida *necessariamente* como a parte mais fraca, como entendem Lassalle e Schmitt<sup>376</sup> e conclui que, então, se deve “constatar a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas”<sup>377</sup>.

As situações de emergência, capazes de ameaçar a normatividade constitucional, podem ser de cunho político, econômico ou social. Dentre os casos de ameaça à ordem e segurança públicas ou à vida constitucional, Hesse menciona uma “profunda crise econômica”. A enumeração taxativa das hipóteses de estado de necessidade, assim como a positivação de um regramento, seria de pouca valia diante da situação emergencial<sup>378</sup>.

Como conciliar, então, a *superioridade da norma* em contextos de crise com o *condicionamento recíproco* entre realidade e normatividade? Hesse responde. A efetividade das normas jurídicas, no contexto de uma realidade dominada por correntes e tendências contraditórias, dependeria, em última análise, da Vontade da Constituição<sup>379</sup>, que constitui a maior garantia de sua força normativa. Quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção dentre os partícipes da vida constitucional mais efetiva será a Constituição<sup>380</sup>.

---

<sup>375</sup> HESSE. Op. Cit., p. 25.

<sup>376</sup> A referência é trazida por Hesse: “Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo (...)” (HESSE. Op. Cit., p. 25).

<sup>377</sup> HESSE. Op. Cit., p. 25.

<sup>378</sup> A posição de Hesse quanto à utilidade de um estado de necessidade suprapositivo parece contraditória. Enquanto afirma que “a existência de competência excepcional estimula a disposição para que dela se faça uso” e que apenas a preservação e fortalecimento da força normativa da Constituição poderiam fazer frente à situação fática conflituosa, critica a Lei Fundamental da Alemanha por não estabelecer uma disciplina normativa, “ficando a solução do problema entregue ao poder dos fatos”. Considerando a importância que Hesse atribui à interpretação constitucional e à Vontade da Constituição, parece razoável minimizar essa crítica. (HESSE. Op. Cit., p. 28-33).

<sup>379</sup> “Também Smend ressalta enfaticamente os perigos de uma concepção constitucional que enfatiza, unilateralmente, o significado das leis imanentes da matéria e que empreste pouco significado à vontade da conformação” (HESSE. Op. Cit., p. 19).

<sup>380</sup> HESSE. Op. Cit., p. 24.

Especificamente quanto à vontade da Constituição em tempos de crise, Jorge Reis Novais traz interessante contribuição. Combatendo o espantinho que criou, o autor defende o Tribunal Constitucional Português, em sua fase de enfrentamento de medidas de austeridade<sup>381</sup>, da suposta crítica de que se basearia em uma Constituição não mais vigente. Para tanto, aduz que “nunca a Constituição esteve tão viva entre nós como atualmente, nunca o Tribunal Constitucional e, já agora, os próprios constitucionalistas, estiveram tão vivos, tão vibrantes, nunca a jurisprudência constitucional foi objecto de tanto interesse”<sup>382</sup>.

A resposta pode ser complementada também a partir da construção da *norma*, que, reflexo da influência recíproca e dinâmica entre realidade e imperatividade, não se confunde com a normatividade. Explica-se. A influência do contexto econômico repercute na interpretação conferida pela corte constitucional à norma jurídica, que assim a integra nos limites do próprio texto.

Ciente de seus limites, o Direito Constitucional deixa-se permear por elementos de ciências políticas e sociais, “para que suas proposições tenham consistência em face da realidade”, e, com isso, estimula a Vontade da Constituição<sup>383</sup>. À doutrina, assim como ao intérprete, cabe a *profícua* sensibilização do conteúdo constitucional à influência da realidade, histórica e presente – sem que, assim, excepcionalize-se a norma nem haja a pura negação do novo contexto. Daí se conclui, por exemplo, que as teorias de excepcionalidade, bem como a estratégia de virtudes passivas da cronoterapia, talvez pouco contribuam para a formação da Vontade da Constituição.

O ajuste feito pelos tribunais para adequar os parâmetros ou normas gerais à realidade emergencial se coaduna claramente com a ideia apresentada nessa dissertação. Não se trata de estado de exceção, independentemente da leitura que se quiser fazer do instituto – dualismo, espaço de não-direito ou além do direito. A jurisprudência da crise, como se verá a seguir, atua nos limites da norma constitucional e das demais disposições constitucionais e institucionais vigentes no *rule of law*. Enquanto inserida nos limites tênues e vaporosos da franja marginal

---

<sup>381</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2014, p 43-44.

<sup>382</sup> NOVAIS. Op. Cit., p. 46.

<sup>383</sup> Hesse explica: “A íntima conexão, na Constituição, entre a normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com o seu objeto, o Direito Constitucional se conscientize desse condicionamento da normatividade” (HESSE. Op. Cit., p. 26)

dos conceitos, a jurisprudência da crise, tal qual proposta, resolve-se em bases hermenêuticas e não viola o Estado Democrático de Direito.

Isso não significa que as cortes constitucionais não se valham de uma orientação específica para a crise, uma dita jurisprudência da crise. Novamente, os parâmetros trazidos pelo modelo dualista, que adequa a excepcionalidade ao *rule of law*, podem contribuir para isso.

Cabe, no entanto, aludir a uma interessante provocação trazida por Adrian Vermeule<sup>384</sup> e David Dyzenhaus<sup>385</sup>, a partir da doutrina de Carl Schmitt. Os autores desenvolvem os conceitos de *grey hole* em oposição ao de *black hole*<sup>386</sup>.

*Black holes* existem quando estatutos ou regras legais isentam o Executivo das exigências do *rule of law* ou excluem o controle de constitucionalidade de suas ações. São vazios sem lei. *Grey holes*, por sua vez, são espaços legais nos quais existem efetivamente alguns constrangimentos legais à ação executiva, mas esses constrangimentos são tão inexpressivos que permitem, na prática, que o governo aja como quiser<sup>387</sup>. São *black holes* disfarçados, mas costumam ser mais facilmente endossados por juízes e acadêmicos, porque permitem que o agente não apenas pareça agir por lei, mas de acordo com o Estado de Direito.

Os *standards* poderiam ser vistos como aberturas do ordenamento para flexibilizações disfarçadas. O intérprete ou executor, sob chancela da corte e da doutrina constitucionais, traveste seu juízo de exceção em normas jurídicas ordinárias, dificultando o controle social das medidas impopulares que impõem alto custo. *Standards*, nesse sentido, seriam *grey holes*.

---

<sup>384</sup> VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. **Harvard Law Review**, v. 122, 2009.

<sup>385</sup> DYZENHAUS, David. Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order? **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 5, 2006.

<sup>386</sup> No ponto, cabe a ressalva de que Schmitt não trata de *black hole* propriamente, mas de *space beyond law*, que, no entanto, pouco difere substancialmente do *black hole*. Nesse sentido, DYZENHAUS. Op. Cit., p. 2015: “O entendimento de Schmitt sobre o estado de exceção não é um *black hole*, um vazio jurídico produzido. Em vez disso, é um espaço além da lei, um espaço que se revela quando a lei recua, deixando o Estado, representado pelo soberano, agir”. Lê-se no original: “Schmitt’s understanding of the state of exception is not quite a legal black hole, a juridically produced void. Rather, it is a space beyond law, a space which is revealed when law recedes, leaving the state, represented by the sovereign, to act.”

<sup>387</sup> DYZENHAUS. Op. Cit., p. 2018: “Um *grey hole* é um espaço legal no qual existem algumas restrições legais à ação executiva - não é um vazio sem lei -, mas as restrições são tão sem substância que permitem muito bem que o governo faça o que bem entender. E uma vez que esses *grey holes* permitem que o governo (...) pareça governar não só por lei mas de acordo com o Estado de Direito, eles e seu endosso por juízes e acadêmicos podem ser ainda mais perigosos”. Lê-se no original: “A *grey hole* is a legal space in which there are some legal constraints on executive action—it is not a lawless void—but the constraints are so insubstantial that they pretty well permit government to do as it pleases. And since such *grey holes* permit government (...) to seem to be governing not only by law but in accordance with the rule of law, they and their endorsement by judges and academics might be even more dangerous.”

Assim entende David Dyzenhaus, para quem se deve cercear a elaboração de quaisquer políticas emergenciais pelo executivo. Suas críticas visam equiparar *grey holes* de *black holes*. Embora o *rule of law* aparentemente permitisse a criação de *grey holes*, não o faz e os parâmetros, originalmente aplicáveis a situações normais, tornam-se arbítrios ou meros pretextos nos casos emergenciais.

A crítica é suavizada por Vermeule. Embora concorde que a diferença operacional entre o modelo de exceção e o modelo ordinário é menor do que afirma a crítica e, em tempos de emergência, tende a não existir, o autor entende que os *standards* nem sempre se enquadrariam como *grey hole*. Potencialmente sim, mas não basta que os tribunais sejam deferentes às opções dos demais poderes, sob justificativas de padrões e valores abstratos, para que assim se caracterizem. Como sugere Vermeule, os parâmetros devem ser entendidos como gradações, capazes de ajustar a intensidade do controle judicial para mais ou para menos. Quando, e somente quando, calibrada muito baixo, a aparente disponibilidade de revisão judicial revela uma farsa, em outros termos: um *grey hole*<sup>388</sup>. Nesses casos, os tribunais reduzem tanto o controle judicial que ele se torna mais aparente do que real.

É difícil especificar, em abstrato, quando exatamente isso ocorre, ou como a revisão deferente corresponde a *grey hole*<sup>389</sup>. Um dos exemplos de aplicação dos *grey holes* pelo Judiciário<sup>390</sup>, segundo Vermeule, consiste no minimalismo de Sunstein. Conforme analisado acima, este autor acredita que os juízes devem adotar uma postura minimalista ao decidirem questões constitucionais, o que deveria ser feito em tempos normais e ainda mais apropriadamente em situações emergenciais. O próprio direito contém uma série de potenciais *grey holes* à disposição dos tribunais, que, ao perceber uma emergência ou um risco significativo, ajustam esses parâmetros: “os parâmetros são ajustados para baixo; padrões de racionalidade, clareza estatutária, evidência e razoabilidade tornam-se cada vez mais espaçosos e indulgentes”<sup>391</sup>.

---

<sup>388</sup> VERMEULE. Op. Cit., p. 1121. Lê-se no original: “there is a continuum that runs from hard look review to soft look review to a legal grey hole — arbitrary and capricious review that lacks all substance, although it retains the form of law”.

<sup>389</sup> VERMEULE. Op. Cit., p. 1106.

<sup>390</sup> O autor analisa a jurisprudência dos tribunais inferiores, por ser o âmbito de maior aplicação do direito administrativo, mas o argumento se aplica perfeitamente a cortes constitucionais.

<sup>391</sup> VERMEULE. Our Schmittian..., p. 1140. Lê-se no original: “the parameters are adjusted downwards; standards of rationality, statutory clarity, evidence, and reasonableness all become more capacious and forgiving”.

Sequer a *soft look review* se confunde com o *grey hole*. Naquelas, os tribunais aceitam um raciocínio mais solto em apoio a políticas e alteram a intensidade do escrutínio de modos consistentes com as fórmulas linguísticas envolvidas num determinado caso<sup>392</sup>. Nesse caso, o exemplo seria a postura criptopragmática de redistribuição de pesos na ponderação de interesses e, principalmente, o redimensionamento dos institutos ou, como visto no capítulo anterior.

A questão é complexa e, como apontam os autores, não há fórmulas mágicas capazes de impedir que o desvirtuamento dos *standards* os transforme em *grey holes* ou mesmo que permita a identificação exata de quando a jurisdição constitucional se traduz assim. Todavia, uma estratégia que contribui para evitar essa captura da jurisprudência da crise parece estar no reforço das balizas estabelecidas, com destaque aos elementos específicos do período de crise, tal qual a temporariedade das restrições e intensidade da crise, bem como na responsividade dos agentes públicos.

Nessa linha, surge um conceito valioso que aposta em soluções jurídico-institucionais. É a *juridicidade da excepcionalidade*, desenvolvida por Gustavo Binbenbojm, que consiste em “uma tentativa da tecnologia jurídica, forjada pelo aprendizado colhido da experiência, de preservar um elo, ainda que tênue, entre o poder e o direito em situações de grave perturbação da normalidade”<sup>393</sup>. Tendo por base a atuação administrativa em estado de necessidade, importado do ordenamento português, o regime da juridicidade da excepcionalidade delimita

---

<sup>392</sup> Neste sentido, “Em *State Farm*, em uma formulação frequentemente citada, a Corte disse que ‘a agência deve examinar os dados relevantes e articular uma explicação satisfatória para sua ação, incluindo uma conexão racional entre os fatos encontrados e a escolha feita... [O tribunal de recurso] deve considerar se a decisão se baseou numa consideração dos fatores relevantes e se houve um claro erro de julgamento’. Estes testes, por sua vez, constroem uma série de parâmetros ajustáveis: Quão racional é racional? Quão arbitrária é arbitrária? Quando uma consideração adequada a fatores relevantes foi dada, e quando é claro um erro de julgamento? Tribunais em momentos diferentes podem dar um escrutínio mais ou menos intenso para a ação do governo enquanto recitar e aplicar esses testes de boa-fé. Os tribunais inferiores dão à ação administrativa, quanto mais suave o olhar, e quanto mais arbitrário e caprichoso for o teste começa a se assemelhar a um *grey hole* - uma fachada de legalidade”. Lê-se no original: “In *State Farm*, in an often quoted formulation, the Court said that “the agency must examine the relevant data and articulate a satisfactory explanation for its action including a rational connection between the facts found and the choice made... [The reviewing court] must consider whether the decision was based on a consideration of the relevant factors and whether there has been a clear error of judgment.” These tests themselves build in a series of adjustable parameters: How rational is rational? How arbitrary is arbitrary? When has adequate consideration been given to relevant factors, and when is an error of judgment clear? Courts at different times can give more or less intense scrutiny to government action while reciting and applying these tests in all good faith. The more subterranean deference courts give to administrative action, the softer the look, and the more the arbitrary and capricious test starts to resemble a grey hole — a façade of lawfulness.” (VERMEULE. *Our Schmittian...*, p. 1119).

<sup>393</sup> BINENBOJM. *Op. Cit.*, p. 151.

parâmetros para que a Administração Pública pratique atos com preterição das regras estabelecidas, sem ruptura de vínculos estabelecidos na ordem jurídica<sup>394</sup>.

Suas ideias estruturantes consistem em:

- (i) a excepcionalidade do perigo, atual ou iminente;
- (ii) o seu caráter necessariamente transitório;
- (iii) a boa-fé das autoridades administrativas;
- (iv) a proporcionalidade das medidas adotadas à essencialidade dos bens, direitos ou interesses a preservar;
- (v) a sua sujeição a mecanismos de *accountability*, inclusive mediante responsabilização civil do Estado pelos danos eventualmente resultantes para terceiros<sup>395</sup>.

O instituto foi cunhado para medidas ablativas do direito administrativo, mas a judicialização *a posteriori* dessas medidas torna os parâmetros plenamente aplicáveis à jurisprudência da crise, sobretudo quando exerce controle de constitucionalidade de norma legal ou administrativa que flexibiliza direitos.

A excepcionalidade da crise (i), bem como seu caráter necessariamente transitório (ii), são elementos específicos da postura de enfrentamento da jurisprudência da crise, que a caracterizam. Sua importância reside em justificar a adoção de uma interpretação que diverge da adota em tempos “normais”, assim como em sinalizar a ruptura com precedentes e a possível superação futura do novo entendimento.

Já a proporcionalidade das medidas adotadas (iv) configura o vínculo da jurisprudência aos padrões ordinários do Estado Democrático de Direito. Por meio da ponderação de interesses conflitantes e da preservação do núcleo intangível dos direitos fundamentais, estabelece-se a medida do “sacrifício” individual tolerável e até que ponto alguma excepcionalidade seria cabível.

Por fim, sem qualquer preterição, a atuação das cortes constitucionais nesses casos sensíveis deve envolver uma maior *accountability* que recaia tanto sobre o próprio Judiciário quanto sobre os entes que editaram as medidas anti-crise (v). Explica-se.

---

<sup>394</sup> O autor, contudo, tratando especificamente do direito administrativo, vai além e admite “restrições excepcionais e temporárias à democracia e aos direitos fundamentais”, como “o sacrifício necessário para preservá-los de mal maior”. BINENBOJM. Op. Cit., p. 151.

<sup>395</sup> BINENBOJM. Op. Cit., p. 149.

É possível que, nas situações de emergência, o controle seja feito pelo executivo e pelo legislativo, já que juízes não são os guardiões exclusivos do Estado de Direito<sup>396</sup>. Assim como apontado por Oren Gross, os poderes respondem por seus atos de exceção direta ou indiretamente para o público<sup>397</sup>. A resposta indireta poderia ser por via eleitoral e a direta pela responsabilização civil do Estado pelos danos resultantes, com base na teoria da repartição equitativa dos ônus sociais<sup>398</sup>.

Ao mencionar expressamente o contexto de crise na fundamentação jurídica de suas decisões – em que pese não possa ser esse o argumento principal, sob pena de resvalar-se ao estado de exceção –, o Judiciário reparte o ônus político com os órgãos que editaram as medidas de austeridade ou que ensejaram a situação de crise, aumentando a responsividade deles.

Por sua vez, a referência expressa aos parâmetros e ao contexto excepcional da crise permite que a opinião pública, a academia e os credores internacionais prevejam os atos ou reações às decisões, aumentando a segurança jurídica, assim como cogitem de outras alternativas. A transparência reduz o subjetivismo inerente à fundamentação baseada em princípios e torna a própria jurisdição constitucional também responsiva.

Ademais, não se admite uma predisposição genérica pela chancela de medidas anti-crise, como sugerido pelo estado de crise e que configuraria o *grey hole*. A solução ora pode ser pró ora contra o Fisco. O importante é visão sistêmica da jurisprudência da crise e a consciência de que as decisões estão imbrincadas e produzem efeitos macros. Esse respeito às consequências econômicas e não-quantificáveis, assim como uma análise de custo e benefício das alternativas possíveis flexibiliza a atuação do intérprete sem afastá-lo do império do Direito e das balizas democráticas.

Não é por outra razão que a análise pragmatista ora proposta, com critérios e métodos delineados no próximo capítulo, baseia-se na formação da decisão judicial, no sopesamento de todas as consequências *possíveis* – destaque-se “possíveis”. Não há espaço para a adoção de

---

<sup>396</sup> Cite-se por exemplo a chancela legislativa ao estado de calamidade financeira decretado pelo Executivo no Rio de Janeiro. Pode-se dizer que o controle realizado foi bem mais expressivo de uma barganha política do que de *accountability*, mas isso também se insere no jogo democrático.

<sup>397</sup> GROSS. Op. Cit., p. 1099. Lê-se no original: “the Extra-Legal Measures model calls upon public officials to act outside the legal order while openly acknowledging their actions. They must assume the risks involved in acting extralegally. It is then up to the people to decide, either directly or indirectly (e.g., through their elected representatives in the legislature), how to respond ex post to such extralegal actions. The people may decide to hold the actor to the wrongfulness of her actions, demonstrating commitment to the violated principles and values. Alternatively, they may act to approve retrospectively her actions.”

<sup>398</sup> BINENBOJM. Op. Cit., p. 150.

consequências vedadas pelo constituinte e, ao menos em um primeiro momento, tampouco para a decretação de um estado de exceção.

#### **2.4. Conclusão parcial**

Foram apresentadas três críticas comumente opostas à Jurisprudência da Crise. Era possível apontar muitas outras, como a seletividade do ativismo judicial, que escolhe valorizar o argumento econômico quando lhe apraz, ou mesmo a dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário, intensificada quando se trata diretamente de políticas públicas, ou mesmo o purismo do Direito que deveria manter-se impassível ante a sedução de outras ciências, ou ainda a intangibilidade dos direitos fundamentais em geral, que não poderiam ser valorados nem negociados. São muitas as críticas possíveis e quase todas muito relevantes.

A escolha das objeções analisadas observou dois critérios. O primeiro, de índole didática, pretendeu selecionar críticas baseadas em fundações, verdades tão arraigadas no imaginário jurídico coletivo, que, de um modo qualquer irrefletido, quase todos adeririam. O segundo critério possui viés prático – ou pragmático, no sentido cotidiano – e visa desenvolver respostas que contribuam para a proposta que será apresentada no próximo capítulo.

Os propósitos interagem. O caráter antifundacional do pragmatismo jurídico se presta a desconstruir algumas premissas dogmáticas, a fim de permitir uma análise mais abrangente do cenário que se descortina. No caso da jurisprudência da crise, a construção de uma proposta de influência do argumento econômico, que compreende o levantamento de alternativas e estratégias, conta com o enfrentamento dos preconceitos mencionados. Se não é possível superá-los integralmente, por deferência à sua racionalidade, que sejam enfrentados para que o intérprete possa lidar com eles.

Foi o que ocorreu no contraponto operacional. É inegável que o juiz constitucional não possui expertise técnica para avaliar modelos econômicos e dados estatísticos. Tampouco o tribunal possui capacidade institucional para refazer os cálculos complexos desenvolvidos pelos órgãos de apoio legislativo e governamental. Não se pode negar os riscos decorrentes de uma análise econômica malfeita. Mas não se exige tanto e há riscos de parte a parte. A consideração da análise produzida pelos especialistas, ainda que filtrada por peritos judiciais ou pelo próprio interessado em contraditório, pode ser de grande valia na estimativa de resultados. Da mesma forma, o tribunal pode criar incentivos para que outros entes colaborem na construção de

melhores alternativas. Tratadas as informações de forma crítica e relativizada, os benefícios dos dados econômicos superam os custos de sua ausência.

Da mesma forma, a crítica formalista parece adequar-se a diversos casos, sobretudo quando o custo de oportunidade e de decisão impõe uma solução interpretativa meramente satissuficiente. Todavia, não é essa hipótese presentemente tratada. A jurisprudência da crise, como repetido à exaustão, envolve a análise de casos difíceis de grande repercussão por tribunais constitucionais, que podem dispor desses custos ou transferí-los a outros agentes, mas que não podem fugir da sua participação no jogo político. Dessa forma, a adjudicação pragmática se apresenta como alternativa mais consciente com as limitações do Direito e a coexistência de diversas influências externas.

Por fim, a terceira das críticas analisadas questionou a pertinência, necessidade e utilidade de se decretar um estado de exceção, a fim de legitimar soluções que atentem contra a ordem constitucional posta. Mais do que discussões vãs sobre terminologia ou enquadramento no *rule of law* ou *rule by law*, o principal desafio dessa crítica consiste na elasticidade dos parâmetros de controle, que, no limite, permitiriam o total afastamento do Estado de Direito sob aparência de legalidade. O risco é sério e assim deve ser considerado como forma de aumentar o *accountability* dos tribunais e demais poderes públicos. Sugere-se, então, que a responsividade seja estimulada por uma juridicidade da excepcionalidade, que se vale de características típicas do contexto de crise, sem se descuidar de parâmetros constitucionais fortes. Essa metodologia será analisada a seguir.

### 3. CONSEQUENCIALISMO: UMA PROPOSTA DE INFLUÊNCIA DO IMPACTO ECONÔMICO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DURANTE A CRISE

Analisadas diversas formas como o argumento econômico efetivamente influencia a jurisdição constitucional em tempos de crise na primeira parte deste ensaio, foi possível verificar que os juízes constitucionais se preocupam com a repercussão econômica de suas decisões, sobretudo em contextos mais agudos – seja às escâncaras, seja por via oblíqua. Passou-se, em seguida, a enfrentar as críticas comumente opostas à jurisprudência da crise, ocasião em que foi possível destacar a relevância dos contrapontos apresentados.

Se não há propósito em diferenciar institutos ou comportamentos, diria um pragmatista, é porque equivalem<sup>399</sup>. Até aqui se buscou justamente refutar essa afirmação: as diferentes soluções demonstram que a jurisprudência da crise atribuiu variados pesos ao argumento econômico. No entanto, o universo da pesquisa empírica é o da tentativa de descrição de como o mundo é. O objeto do estudo são as instituições jurídicas e um problema complexo, também jurídico – a jurisprudência da crise. Falta o propósito, capaz de tratar o mundo tal como deveria ser.

A empiria ajuda a descrever a realidade. A prescrição, por sua vez, é ainda mais jurídica, porque devolve ao Direito a utilidade da reflexão, traduzida em seu aprimoramento. A análise descritiva, neste capítulo final, cede espaço para um esboço prescritivo.

Enfatizando a inexistência de uma “ciência dos meios adequada” para prescrições jurídicas, Bruno Salama e Mariana Pargendler concluem que “mesmo que se formule — cientificamente — uma proposição sobre o funcionamento do mundo, só por uma perversão da lógica se poderia desde logo dizer algo sobre como o mundo deveria ser”<sup>400</sup>. Na mesma linha, Guido Calabresi já há muito observou que a hipótese de que Direito e Economia possam dar as respostas definitivas para os dilemas normativos é “ridícula”<sup>401</sup>.

---

<sup>399</sup> PIERCE, Charles. What pragmatism is. *The Monist*, v. 15, n. 2, p. 171, abr. 1905: "Consider what effects that might conceivably have practical bearings you conceive the object of your conception to have. Then your conception of those effects is the whole of your conception of the object." JAMES, William. What Pragmatism Means. In: MENARD, Louis. (Org.). *Pragmatism: a reader*. New York: Vintage, 1997, p.: “Todo o propósito da filosofia deveria ser, então, descobrir que diferença faria, para você e para mim, em certo momento de nossas vidas, se essa ou aquela fórmula genérica fosse verdadeira.” (tradução livre).

<sup>400</sup> PARGENDLER; SALAMA. Op. Cit., p. 134. Nas palavras dos autores: “ainda que se tivesse uma ciência dos meios adequada — isto é, ainda que fosse possível modelar adequadamente as coisas do mundo econômico e, portanto, saber como de fato o mundo é —, nada saberíamos sobre como o mundo deveria ser”.

<sup>401</sup> CALABRESI, Guido. Thoughts on the Future of Economics. *Journal of Legal Education*, v. 33, p. 363, 1983.

Não se pretende tanto, o que assegura o alívio de não se perverter a lógica ou se cair no ridículo. No entanto, coerente com a postura pragmatista que se assumiu, este capítulo sugere uma alternativa de como o mundo *poderia ser*. Configura um desafio também pretensioso a organização de parâmetros e metodologia para equacionar a Jurisprudência da Crise. A estratégia foi conciliar a observação empírica do mundo com as escolhas feitas pelo constituinte – ou talvez anteriores a ele.

Assim, a partir da constatação de que o contexto econômico efetivamente influencia a jurisdição constitucional, surge a inquietação sobre a pertinência deste trabalho. Se é inevitável que a influência ocorra, *para quê* se debruçar sobre o tema?

Um dos precursores da análise econômica do Direito pode contribuir para a resposta a essa pergunta. A partir da interação entre realismo e institucionalismo, Kitch aponta que, como o sistema jurídico invariavelmente impacta na economia, os juristas devem aprender a fazer isso para auxiliar o governo a causar positivamente esse impacto. Complementa que a grande contribuição dos economistas é saber como causar esse impacto<sup>402</sup>. As cortes têm consciência de seu papel político na estruturação de um Estado de Direito e dos efeitos retumbantes de suas decisões na sociedade e nas instituições.

Edmund Kitch não trata da influência da economia na jurisprudência – senão justamente do oposto. O raciocínio é interessante e traduz uma inversão nos fatores de atuação. Assim como a economia influencia o comportamento judicial, o inverso também se verifica na prática. Quanto maior o impacto financeiro das decisões das cortes constitucionais, mais se aproximam da realização de políticas alocativas de recursos públicos e maior o reflexo que causam na economia. Parece evidente, mas cabe o destaque: economia e direito se influenciam reciprocamente.

Kitch não trata de cortes constitucionais, mas tão-somente de atos de governo. Todavia, como enfrentado mais detidamente adiante, ao dirimir controvérsias de grande repercussão

---

<sup>402</sup> “Minha impressão do que eu fui capaz de encontrar em Chicago é que o interesse que a faculdade de direito tinha em economia não surgiu de um pensamento anti-intervencionista. Ela surgiu essencialmente da ideia de que o sistema legal vai fazer isso agora [isto é, afetando o sistema econômico] e isso significa que precisamos aprender a fazer isso direito e talvez os economistas saibam algo sobre como fazer isso direito (...) Há uma grande legitimidade dada à ideia de que o governo vai fazer essas coisas e nós, nas escolas de direito, devemos tentar ajudar o governo a fazer isso direito”. Lê-se no original: “My impression from what I’ve been able to find on Chicago is that the interest that law school had in economics did not come out of any anti-interventionist thinking. It essentially came out of the idea that the legal system is going to be doing this now [i.e., impacting the economic system] and that means we need to learn how to do it right and maybe economists know something about how to do it right (...) There is a great legitimacy given to the idea that government is going to be doing these things and we in the law schools should try to help the government do it right” (KITCH, Edmund W. *The Fire of Truth: a remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970*. **Jornal of Law and Economics**, v. 26, n. 1, p. 175-176, 1983).

econômica, as cortes constitucionais se aproximam da função política de estabelecer políticas públicas, bem como de alocar recursos públicos.

Assim, transportando a lógica para a jurisprudência da crise, vê-se que a doutrina jurídica pode auxiliar, a partir do instrumental econômico, a jurisdição constitucional naquilo em que ela efetivamente impacta a economia. É esta a proposta pretensiosa do presente capítulo: responder à questão “Qual *deve ser* a influência econômica na jurisdição constitucional em tempos de crise?”.

### 3.1. Premissa: cortes constitucionais alocam recursos escassos

Ao contrário do Executivo que cria uma agenda, os juízes tomam os casos à medida que surgem. Ao contrário dos legisladores que se sentam em uma assembleia onde as facções políticas negociam, os juízes decidem, na maioria das vezes, disputas. Ao contrário dos funcionários eleitos, os juízes não podem falar livremente com os eleitores, reter uma equipe para pesquisar a opinião pública e agregar dados, ou buscar um mandato dos eleitores. A independência dos juízes circunscreve sua competência na formulação de políticas públicas (Fuller, 1978). Por exemplo, os juízes não podem administrar políticas macroeconômicas<sup>403</sup>.

As assertivas acima foram relativizadas logo em seguida pelo próprio Cooter. Em razão do juízo consequencialista, juízes são comprometidos com os resultados de suas ações e se flexibilizam diante dos fatos analisados. O autor, então, conclui que essa reflexão permite aos magistrados fazer ajustes marginais a textos normativos, criando um Direito jurisprudencial (*judge made law*).

Ainda que se concorde com as conclusões finais de Cooter, é possível contestar algumas de suas premissas – ao menos, no que tange à jurisdição constitucional.

Nem mesmo os juízes singulares julgam os casos à medida que se apresentem. A tentativa de se impor o critério cronológico por meio da nova norma geral processual, assim como as metas administrativas para redução do acervo, demonstram que antiguidade não é um elemento decisivo na seleção dos casos pelos juízes. Tratando-se de cortes constitucionais, a

---

<sup>403</sup> COOTER. Op. Cit., p. 311. Lê-se no original: “Unlike the executive who creates an agenda, judges take cases as they arise. Unlike legislators who sit in an assembly where political factions bargain, judges mostly decide disputes. Unlike elected officials, judges cannot speak freely with voters, retain a staff to survey public opinion and aggregate data, or seek a mandate from voters. The independence of judges circumscribes their competence in making public policy (Fuller 1978). For example, judges cannot manage macroeconomic policy”.

exceção se torna regra. Como foi visto linhas atrás, o poder de pauta define as prioridades, transformando o *non liquet* em um exercício retórico.

Da mesma forma, foi visto que o modelo judicial de comportamento estratégico oculta as barganhas que o judiciário costuma realizar. Quando se trata de casos difíceis, as barganhas são especialmente úteis para a transferência do alto custo decisório e de erro entre as instituições. Ademais, no conceito aqui proposto de jurisprudência da crise, não são as disputas subjetivas que representam as maiores preocupações das cortes constitucionais. Mesmo no recurso extraordinário, para tratar especificamente do ordenamento jurídico brasileiro, é a repercussão geral que estimula um agir mais consequente do intérprete.

O Judiciário não é eleito e, no Brasil, Cooter tem absoluta razão. Isso não significa, contudo, que não seja responsivo à opinião pública. Talvez até não pudesse ser, mas efetivamente é e com razoável. Ademais, por meio de audiências públicas e perícia técnica, as cortes podem encontrar maior respaldo democrático e técnico para suas decisões. É o que se coaduna ainda melhor com o quanto disposto sobre um juízo pragmatista, em que o julgador se abre a contribuições de outras doutrinas e dados específicos, a fim de balizar empírica e historicamente os resultados.

Especificamente em relação ao ponto, confira-se entendimento segundo o qual juízes pragmatistas criam efetivamente políticas públicas:

Um juiz pragmatista é um juiz preocupado em intervir na realidade social – criando, com suas decisões, verdadeiras políticas públicas. Ele não se encontra fechado dentro do sistema jurídico: a concepção pragmatista do direito implica que se adotem recursos não-jurídicos em sua aplicação, e que se recebam, constantemente, contribuições de outras disciplinas em sua elaboração<sup>404</sup>.

Por fim, não parece ser a independência do Judiciário que o impede de estabelecer políticas públicas. A separação de poderes atribuiu essa função primordialmente aos poderes (puramente) políticos, dotados de maior capacidade institucional para tanto, mas atribuiu aos juízes o controle de constitucionalidade de normas, inclusive daquelas que instituem políticas públicas. É nesse momento que os juízes constitucionais, conscientes da repercussão de suas decisões e da independência com que devem enfrentar tais casos, “ajustam” as normas que estabelecem políticas públicas. Em uma leitura menos eufemística, nesses casos estarão fazendo política pública.

---

<sup>404</sup> POGREBINSCHI, Thamy. **O que é o Pragmatismo Jurídico?**, p. 2. Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

Sob outra perspectiva, a realização de políticas públicas pelo Judiciário também decorre de seu mister constitucional de promover os fins socialmente relevantes, conforme delineados na Lei Maior. Compreendidas as políticas públicas como “políticas que de fato constituem as necessidades e os interesses do público, as necessidades e interesses ‘comuns’ no sentido de serem necessidades e interesses da comunidade”<sup>405</sup>, a atuação jurisdicional deve verificar se as normas editadas efetivamente perseguem esses objetivos concretos. A política pública propõe ao jurista o desafio de integrar meios jurídicos e fins normativos, sejam esses a eficiência econômica, diminuição da violência doméstica, melhoria da saúde pública ou redução do desmatamento<sup>406</sup>.

É bem verdade que esse conceito amplo de política pública favorece o enquadramento, resultando em afirmações bem categóricas, como a acima transcrita ou a de que “o Poder Judiciário de muitos países, incluindo-se o Brasil, está envolvido até o pescoço com a formulação de políticas públicas”<sup>407</sup>. Os seguintes pressupostos reforçam o argumento: (i) o giro constitucional-democrático reforça o mister dos poderes públicos de proteção de direitos fundamentais e demais fins estabelecidos na Constituição; (ii) todos os direitos representam custos financeiros em alguma medida; e (iii) a jurisdição constitucional realiza políticas alocativas de recursos públicos.

Todavia, mesmo se considerados como políticas públicas apenas os planos gerais e abstratos, instituídos por poderes eleitos, para persecução de um objetivo legítimo, as cortes constitucionais realizam políticas públicas em contexto de crise. Isso porque, ao avaliar se as políticas públicas atendem aos fins constitucionais, as cortes constitucionais (re)distribuem os custos envolvidos na concessão de cada direito, o que, em um contexto de escassez, impõe aos poderes uma adaptação da alocação de recursos públicos também em outras políticas.

É fato que nem todas as decisões judiciais podem ser comparadas com elaborações de políticas públicas, mas não é de todas as decisões que esta dissertação trata. No que concerne à jurisprudência da crise, são relevantes apenas as decisões que possuem ampla repercussão econômica e social, de modo que transcendam os limites da postulação. Como dito, não se

---

<sup>405</sup> POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: Teoria Social e Política. Rio de Janeiro: Relume Demará, 2005, p. 158.

<sup>406</sup> PARGENDLER; SALAMA. Op. Cit., p. 112.

<sup>407</sup> PARGENDLER; SALAMA. Op. Cit., p. 127.

analisa o papel do Judiciário, mas tão somente da jurisdição constitucional, em especial quando exercida concentradamente pelas cortes constitucionais.

De todo o modo, nem toda a jurisdição constitucional exercida concentradamente por tribunais constitucionais corresponde a políticas públicas. Na maioria dos casos, não corresponde e, no ponto, é preciso concordar com os críticos. Há casos em que se discute a constitucionalidade da vaquejada, a utilização de banheiros públicos em conformidade com identidade de gênero ou o procedimento de *impeachment*. De fato, embora também impliquem custos, não se confundem com políticas públicas, nem é desses casos que se trata.

Quando, então, o tribunal constitucional pauta políticas públicas? A hipótese mais evidente se verifica quando é instado a rever omissões, parciais ou totais, dos demais poderes políticos. No Brasil, não são poucos os exemplos, o que, no entanto, depende do ativismo judicial de cada cenário.

O instrumento mais utilizado para tanto tem sido a arguição de descumprimento de preceito fundamental oponível face a ato do Poder Público. Dentre as ações recentemente ajuizadas com tal propósito, podem ser citadas três: ADPF 347 MC<sup>408</sup>, ADPF 45 MC<sup>409</sup> e ADPF c/c ADI 5581 MC<sup>410</sup>.

Há também outros casos, como os Recursos Extraordinários 566.471<sup>411</sup> e 657.718<sup>412</sup>, ainda pendentes de julgamento, que tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), bem como a ADPF 54<sup>413</sup>, que admite o aborto de feto anencefálico, vez que implicam alterações em serviços públicos e privados de

---

<sup>408</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº 347 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09 set. 2015, publicação em 19 fev. 2016.

<sup>409</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº 45, Decisão Monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29 abr. 2004, publicação em 04 mai. 2004.

<sup>410</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental c/c Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 5581 MC, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Carmen Lúcia, pendente de julgamento.

<sup>411</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 566471, Rel. Min. Marco Aurélio, pendente de julgamento.

<sup>412</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 657718, Rel. Min. Marco Aurélio, pendente de julgamento

<sup>413</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº 54, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12 abr. 2012, publicação em 30 abr. 2013.

saúde e distribuição de custos, ainda que o universo de beneficiados seja mais restrito em certos casos.

Em matéria de benefício social, o enquadramento é ainda mais nítido. No RE 567.985<sup>414</sup> e na ADI 1.232<sup>415</sup>, o Supremo Tribunal Federal avaliou o requisito financeiro estabelecido pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) para concessão do benefício assistencial a portadores de deficiência ou idosos.

O mesmo se verifica nas decisões judiciais que tratam de ações afirmativas de acesso ao ensino superior, dentre as quais destacam-se as de cotas raciais<sup>416</sup> e do PROUNI<sup>417</sup>. Embora nesses casos tenha havido chancela de opções políticas feitas pelos órgãos democraticamente eleitos, a autocontenção ou a deferência não foi o fundamento das decisões, de modo que é possível a equiparação ao estabelecimento de política pública.

Nem sempre o enquadramento é tão evidente. Há casos cujo objeto consiste na alocação de recursos públicos em si e não em relação a uma destinação assistencial ou a um programa de governo. Cada vez mais frequentes em cenário de crise econômica, a formação e a disposição dos caixas pelos entes públicos têm sido discutidas em diversas oportunidades.

É sabido que todas as decisões judiciais implicam custos. A despeito daqueles que se escudam nos valores imensuráveis dos direitos fundamentais para caracterizar sua *priceless*, todos os direitos têm custos e toda a alocação de recursos escassos de grande repercussão corresponde a uma política distributiva a ser considerada contextualmente como interligada.

Mais ainda. Tendo em vista as consequências sistêmicas das decisões, é imperioso considerar que a conexão entre as causas vai muito além das hipóteses de cumulação de demandas. Enquanto a conexão inter-relaciona as causas de mesmo objeto e o sistema de precedentes judiciais interconecta os casos com idêntica causa de pedir, o sistema de repercussão geral correlaciona os temas e a visão geral interliga os gastos. A premissa de que

---

<sup>414</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 567985, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Gilmar Mendes, julgado em 18 abr. 2013, publicação em 02 out. 2013.

<sup>415</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 1.232, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, julgado em 27 ago. 1998, publicação em 01 jun. 2001.

<sup>415</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº 186, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26 abr. 2012, publicação em 20 out. 2014.

<sup>416</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* nº 186, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26 abr. 2012, publicação em 20 out. 2014.

<sup>417</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 3330, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 03 mai. 2012, publicação em 22 mar. 2013.

“cada caso é um caso” não se aplica a cortes constitucionais, sobretudo quando se trata da alocação de recursos públicos escassos ou de reparação de danos socialmente difusos gerados pela crise econômica global.

A valorização das consequências sistêmicas é considerada por Posner um dos princípios do pragmatismo legal, que o diferencia de uma adjudicação *ad hoc*, em que os casos são decididos com base em suas consequências imediatas e específicas. O valor sistêmico corresponde a um certo compromisso com valores sociais e políticos decorrentes da continuidade, coerência, generalidade, imparcialidade e previsibilidade do Estado de Direito. Isso não se confunde com o formalismo jurídico, nem pretende engessar o intérprete, muito menos impede outros *trade-off* que eventualmente se imponham no caso concreto<sup>418</sup>.

Em sentido contrário, Vermeule e Sunstein criticam a dicotomia trazida por Posner. Para os autores, mesmo a estratégia que outorga aos magistrados a escolha da decisão a partir de seus efeitos imediatos também considera a repercussão sistêmica dessa metateoria. Os efeitos sistêmicos seriam, então, inafastáveis<sup>419</sup>. A afirmação parece pressupor a existência de uma metateoria que possa “permitir que juízes, de certa forma, interpretem dispositivos de modo a maximizar suas consequências benéficas”<sup>420</sup>.

A perspectiva conglobante é salutar tanto por segurança jurídica, quanto pela responsividade dos juízes constitucionais aos jurisdicionados. Esse respeito a uma visão macroscópica da jurisprudência da crise corresponde à maior previsibilidade, que facilita o

---

<sup>418</sup> “Isso não significa formalismo jurídico no sentido de conformidade cega com normas preexistentes - ruat caelum ut fiat iustitia (deixe os céus caírem desde que se faça justiça) - e, portanto, uma renúncia de toda flexibilidade judicial, criatividade e adaptabilidade. Significa uma consideração devida (não exclusiva, não excluindo *tradeoffs*) pelo valor político e social da continuidade, coerência, generalidade, imparcialidade e previsibilidade na definição e administração de direitos e deveres legais. Reconhece a conveniência não de extinguir mas de circunscrever a discricção judicial”. Lê-se no original: “[T]his does not signify legal formalism in the sense of blind conformity to preexisting norms—ruat caelum ut fiat iustitia (let the heavens fall so long as justice is done)—and thus a renunciation of all judicial flexibility, creativity, and adaptivity. It signifies a due regard (not exclusive, not precluding tradeoffs) for the political and social value of continuity, coherence, generality, impartiality, and predictability in the definition and administration of legal rights and duties. It recognizes the desirability not of extinguishing but of circumscribing judicial discretion”. (POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2005, p. 61).

<sup>419</sup> SUNSTEIN; VERMEULE. Interpretation and Institutions..., p. 22. “It should be apparent that this distinction between case-specific consequences and systemic consequences, between the pragmatist maximand and the pragmatic sideconstraint, is illusory. The decision to license judges, in some domain, to interpret statutes so as to maximize beneficial consequences in the case at hand is itself a system-level choice of a particular kind, a choice that will have system-level effects on the legislatures, agencies and litigants who must anticipate the judges’ efforts to sort cases from one domain to the other.”

<sup>420</sup> Lê-se no original: “to license judges, in some domain, to interpret statutes so as to maximize beneficial consequences”.

planejamento institucional e o controle social da atuação do Poder Judiciário. Mais do que evitar arbitrariedades, essa pacificação presente e futura representa um viés mais democrático do Poder Judiciário.

O ponto deve ser visto com algumas reservas, é claro. Conforme já mencionado, há diversos fatores que influenciam as decisões judiciais, de modo que é difícil antever tendências ou cobrar coerência. Um novo ministro ou um arrefecimento nos indicadores econômicos podem justificar uma guinada brusca. Ademais, como elucida Posner, os precedentes têm um importante peso empírico e historicista, mas não representam fundações capazes por si só de balizar prognoses.

Dessa forma, a toda a evidência, a alocação de recursos públicos escassos compõe o núcleo duro da formação de políticas públicas. Em Portugal e na Lituânia, foi o que se verificou nos casos cujo objeto consistia em redução salarial por leis orçamentárias. Na Colômbia, no Peru e na Argentina, os exemplos se referem a cortes de gastos com direitos sociais e planos econômicos. No Brasil, por enquanto, é o que se verifica em conflitos financeiros e federativos, como multa de repatriação, compensações tributárias por isenções e o repasse dos duodécimos.

Há duas razões para se afirmar que as cortes constitucionais também atuam na elaboração de políticas públicas. A *primeira* consiste em justificar o emprego por órgãos jurisdicionais de instrumentais econômicos cunhados para auxiliar a elaboração de políticas públicas por entes eleitos. A *segunda* consiste em identificar tais casos, a fim de propor um regramento específico apriorístico, como uma decisão de segunda ordem.

Vejamos em ordem.

### **3.2. Ferramentas: a jurisdição constitucional sob análise econômica**

Uma consideração conceitual se faz necessária. Embora o termo análise econômica seja adotado sem qualquer rigor técnico, muitas vezes traduzido equivocadamente por *law and economics* nesta dissertação, há autores que distinguem os institutos. Tomando por base as lições recentes de Guido Calabresi, a Análise Econômica do Direito (*Economic Analysis of Law*) corresponde à utilização da teoria econômica para analisar o mundo jurídico. Como resultado desse exame, confirma-se, questiona-se e, muitas vezes, busca-se a reforma da

realidade jurídica. Levada ao extremo, a análise pode concluir que o mundo jurídico não se enquadra em padrões de racionalidade, sob o ponto de vista da teoria econômica<sup>421</sup>.

Por sua vez, a Lei e Economia (*Law and Economics*), busca explicar o mundo jurídico a partir da descrição da realidade feita por juristas. Caso haja impasse, questiona-se se há algo em sua maneira de ver o mundo que os levou a descaracterizar a realidade. Essa pergunta ajuda, por exemplo, a desvendar efeitos reversos de decisões judiciais formalistas. Se, mesmo sob uma visão mais abrangente da realidade jurídica, a teoria econômica não pode explicar algumas regras e práticas, *Law and Economics* questiona se a teoria econômica poderia ser ajustada para explicar por que o mundo real do direito é como ele é. Se tal teoria mais ampliada ou mitigada puder fazer isso, propõe-se que a teoria econômica seja usada de tal forma<sup>422</sup>.

Em 1924, John Commons escreveu *Law and Economics*, considerado um dos precursores do instituto. Inicia o texto apontando que “dos cinco conceitos elementares ou princípios da teoria econômica, pelo menos quatro são funcionais também para a ciência do direito, ou seja, Escassez, *Futurity*, *Custom* e Soberania. Um quinto conceito de economia, Eficiência, conecta essa ciência com as ciências físicas”<sup>423</sup>. Sendo inegável a incorporação da eficiência no constitucionalismo atual, a conexão entre as ciências econômica e jurídica mostra-se ainda mais aproximada.

A convivência harmoniosa entre *Law and Economics* e o pragmatismo jurídico não é pacífica. Muitos dos institutos e premissas subjacentes a essa doutrina parecem inconsistentes com um compromisso pragmático com o antifundacionalismo, o antiformalismo e o instrumentalismo, seja por não serem empíricos, seja por não serem falseáveis. No entanto, como se enfrentou no capítulo anterior, essas limitações devem ser avaliadas à luz das alternativas que se tem e, em alguns contextos, dentre os quais o da jurisprudência da crise, a análise econômica pode ser a melhor ferramenta disponível para prever as consequências<sup>424</sup>. É

---

<sup>421</sup> CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics**: Essays in Reform and Recollection. New Haven: Yale University Press, 2016, p. 14-15.

<sup>422</sup> CALABRESI. Op. Cit., p. 15-17.

<sup>423</sup> COMMONS, John R. *Law and Economics*. **Yale Law Journal**, v. 34, p. 371, fev. 1925. Lê-se no original: “Of the five elementary concepts or principles of economic theory, at least four are functional also to the science of law, namely, Scarcity, Futurity, Custom and Sovereignty. A fifth concept of economics, Efficiency, connects that science with the physical sciences.”.

<sup>424</sup> No mesmo sentido, aponta Thomas Cotter. Lê-se, no original: “many of the principles and assumptions underlying conventional law and economics scholarship are inconsistent with a pragmatic commitment to antifoundationalism, antiformalism, and instrumentalism. In particular, I argue that much law and economics research is based on a foundational commitment to the principle that much of the research is formalistic, in the sense of being deductive rather than empirical; and that the use of economic analysis to predict and control our

que os *insights* da análise econômica podem ser incorporados à razão prática, enquanto ao mesmo tempo a disciplina do direito e da economia em si pode tornar-se mais pragmática.

É comum apontarem diferenças estruturais entre o pensamento jurídico e o econômico, em nome de uma suposta autonomia das ciências. Dentre tantas críticas, mencionam as diferentes visões *ex post* e *ex ante*, respectivamente atribuídas a juristas e economistas<sup>425</sup>. Ao se deparar com um problema, os juízes se voltariam para casos anteriores para fazerem um raciocínio silogístico<sup>426</sup>. Já para os economistas, a análise começaria antes de a disputa existir, de modo que as partes possuam a oportunidade de reorganizar suas atividades para minimizar as possibilidades de disputas e os custos que adviriam de um conflito. Assim, economistas se preocupariam mais com as repercussões de um remédio legal e os incentivos criados para potenciais litigantes que se encontrem na mesma situação no futuro.

Embora a crítica seja pertinente à maioria das decisões judiciais, de viés formalista, não parece se aplicar tanto ao presente caso. Tem se exigido dos juízes constitucionais, nos últimos anos, maior sofisticação no raciocínio econômico. De um lado, a resolução da disputa adota a visão retrospectiva, num exercício de repartição de ganhos e perdas dada a ocorrência de um conflito. Nesse momento, efetivamente focam mais em institutos consagrados de justiça, igualdade e equidade para chegar a uma decisão. De outro, o grande impacto econômico, político e social de suas decisões, provocado pela complexidade das questões, pela supremacia judicial e pela objetivação de demandas, impõe a adoção concomitante de uma visão prospectiva, capaz de avaliar a efetividade social das decisões e de induzir as pessoas a se

---

environment, by forecasting the likely result of changing various legal rules, is often undercut by the analyst's inability to generate predictions that are empirically falsifiable. (...)I argue that reconstruction is possible: that the defects of law and economics must be assessed in light of the defects inherent to other decisionmaking methodologies; that in some contexts, economic analysis may be the best available tool for predicting consequences, and therefore can be of substantial value to the rational policymaker; and that the insights of economic analysis can be incorporated into practical reason, while at the same time the discipline of law and economics itself can become more pragmatic". (COTTER, Thomas F. Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement. **The Georgetown Law Journal**, v. 84, p. 2098, 1995).

<sup>425</sup> MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to postmodernismo and beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 45.

<sup>426</sup> Nesse sentido, Fernando Leal cita o voto da Ministra Ellen Gracie, relatora da Reclamação nº 5.780, como exemplo de um tipo de preocupação decisória vinculada mais com a manutenção da integridade de um sistema de princípios no âmbito do qual se deve inserir a decisão jurídica a ser tomada do que com possíveis efeitos de outras respostas concebíveis. O tomador de decisão acredita estar vinculado a certos princípios que deve ao máximo realizar em qualquer processo decisório, no que, segundo o autor, "se exprime um compromisso eminentemente retrospectivo entre a decisão presente e o sistema jurídico" (LEAL, Fernando. **Hermenêutica do Direito Econômico e Consequencialismo**. p. 10-11 (Trabalho ainda em fase de elaboração obtido com o autor, que autorizou a citação)).

informarem ou mudarem suas posições em virtude dos efeitos sobre incentivos, comportamentos futuros e performance<sup>427</sup>.

É comum se classificar a Análise Econômica do Direito em prescritiva (normativa) e descritiva (positiva). Enquanto a dimensão positiva busca revelar o Direito no mundo real dos fatos, a interação entre direito e economia e como os elementos da microeconomia podem ser úteis para a interpretação e aplicação de normas jurídicas, a prescritiva procura se relacionar com justiça distributiva, maximização de bem-estar e políticas públicas.

Os teóricos da análise econômica descritiva identificam três visões. A visão reducionista, à qual não se adere, reduz o âmbito de atuação do direito a um mero reflexo da economia; a explicativa considera que a economia contribui para a compreensão das escolhas normativas feitas em contexto de escassez que definem o sistema jurídico; e, por fim, sob uma perspectiva preditiva, a economia ajuda a prever as consequências das regras e dos fenômenos jurídicos nas condutas dos atores, com intensidade variável a cada setor. A visão preditiva se aproxima da análise prescritiva, com o diferencial de que aquela apenas se vale do instrumental da economia para a identificação das consequências<sup>428</sup>.

Na síntese de Calabresi, os “[m]odelos econômicos levam juristas a ver o mundo real mais claramente! Isso ocorre, porém, precisamente porque demonstra como a relação bilateral entre os teóricos econômicos e os juristas pode ajudar os juristas a compreender melhor o mundo jurídico”<sup>429</sup>. Dessa forma, as teorias econômicas possuem aplicabilidade prática sobre as questões jurídicas ao poder auxiliar a atividade jurisdicional a ser mais eficiente em seu mister. Para tanto, diversos institutos da economia tomam lugar, a exemplo da teoria da escassez, dos custos, dos incentivos, da teoria do preço e da análise de custo-benefício.

A escassez, para o economista, vai muito além da constatação da finitude do bem alocável. A teoria econômica da escassez se mostra na chamada “lei da oferta e da demanda”, ou melhor, nas relações funcionais dos três elementos indissociáveis: oferta, demanda e preço. Uma mudança originada nas dimensões de qualquer dessas variáveis de escassez é seguida por mudanças nas dimensões dos outros dois.

---

<sup>427</sup> MERCURO; MEDEMA. Op. Cit., p. 45.

<sup>428</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia?” **Systemas-Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, v. 1, n. 1, p. 4-6, 2009.

<sup>429</sup> CALABRESI. Op. Cit., p. 30. Lê-se no original: “Economic modeling led legal scholars to see the real world more clearly! This example, however, precisely because it demonstrates how the bilateral relationship between the economic theorists and legal scholars can help legal scholars understand the legal world better”.

Aplicada a teoria à jurisprudência da crise, vê-se que os recursos públicos estão cada vez mais escassos, o que equivale a uma redução da oferta, assim como os demais entes federativos, os empresários e os cidadãos estão também enfrentam os efeitos da crise, demonstrando um aumento expressivo da demanda. Como reflexo, o preço aumenta. O raciocínio é quase banal, mas serve de pontapé inicial. Nessa equação podem ser inseridos ainda o custo de decisão, o custo de erro, os preços implícitos, as taxas de desconto, a transferência de custos sociais, dentre outros instrumentos da teoria econômica.

A escassez é fundamental também para o jurista, no que se refere ao conceito de propriedade e, no ponto, se aproxima bastante do senso comum de finitude. Os objetos ilimitados na oferta são irrelevantes para o direito de propriedade, de modo que nem os proprietários nem os tribunais podem reivindicar o título. O único significado de algum direito, às vezes alegado, de propriedade ligada a objetos cuja quantidade é ilimitada em suprimento e podem ser usado por todas as pessoas, está em sua pertença a objetos, cuja quantidade é limitada em oferta e pode, portanto, ser excluída de uso por outras pessoas, como estações de rádio e espaços de terra<sup>430</sup>.

Por propriedade, entenda-se bem, não está compreendida apenas a posse, uso e gozo de bens materiais. A Análise Econômica do Direito trata da “propriedade como um conjunto complexo de direitos adquiridos, de deveres impostos e de liberdades e exposições permitidas, derivadas de uma grande variedade de custos, cujos proprietários, guildas, empresários e trabalhadores têm influenciado o suficiente para que os tribunais autorizem”<sup>431</sup>. Nesse sentido, inserem-se no conceito a força de trabalho, a atividade empresarial, terra e os direitos, capazes de se traduzir em custos.

Outro conceito elementar da economia que tem se mostrado de grande valia em contextos de crise são os incentivos, inerentes à Teoria do Preço. Essa teoria é aplicada ao Direito ao se interpretar constrangimentos legais como preços. Muitos direitos e poderes constitucionais não possuem uma sanção imediatamente correspondente ao seu descumprimento, o que não significa que não haja preços e incentivos<sup>432</sup>. Incentivos promovem

---

<sup>430</sup> COMMONS. Op. Cit., p. 371.

<sup>431</sup> COMMONS. Op. Cit., p. 376. Lê-se no original: “property as a complex set of acquired rights, of imposed duties, and of permitted liberties and exposures, derived from a great variety of custos which landlords, guilds, business men and laboring men have been influential enough to get the courts to authorize”.

<sup>432</sup> COOTER. **The Strategic Constitution...**, p. 30-31. O autor cita, “Por exemplo, uma constituição pode prescrever como promulgar uma lei sem especificar punições para quem contornar o procedimento. Ou uma constituição pode garantir a liberdade de religião ao indivíduo sem especificar como proteger seu exercício.

determinada conduta pretendida, ou seja, determinada consequência, ainda que por meio de estímulos não coercitivos, não sancionatórios. Precedentes judiciais criam incentivos justamente porque estabilizam expectativas sobre as regras do jogo e, ao fazê-lo, alteram os custos relativos de diferentes condutas<sup>433</sup>.

Há incentivos para transferência dos custos financeiros decorrentes da crise e transferência dos custos de decisão, em ambos os casos tem sido comum sua utilização pela suprema corte.

Como exemplo de incentivos que transferem os custos financeiros da crise, tem-se a decisão de corte imediato de remuneração de servidores públicos grevistas. A partir da decisão, que traduz uma virada jurisprudencial velada em relação a outros precedentes emblemáticos da Corte não tão antigos assim<sup>434</sup>, o tribunal criou um incentivo negativo para os servidores públicos realizarem movimentos grevistas. Dado que a força de trabalho, em termos econômicos, representa um valor de troca (*exchange-value*)<sup>435</sup> para o mercado de trabalho, a greve representa um custo para o empregador, ainda que se trate de um ente público.

Embora esse custo seja naturalmente arcado como moeda de troca para forçar negociações – ou seja, incentivo –, quanto mais limitada for a margem de negociação maior será o custo para a contraparte. Diante do contexto de crise e das restrições de gastos públicos que se avizinham, a negociação é quase inviável. Como visto, o Supremo tratou de distribuir

---

Mesmo sem sanções explícitas, no entanto, as constituições criam incentivos passíveis de análise econômica.”. Lê-se no original: “For example, a constitution may prescribe how to enact a law without specifying punishments for circumventing the procedure. Or a constitution may guarantee freedom of religion to the individual without specifying how to protect its exercise. Even without explicit sanctions, however, constitutions create incentives amenable to economic analysis.”.

<sup>433</sup> PARGENDLER; SALAMA. Op. Cit., p. 126.

<sup>434</sup> Por todos, veja BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção* nº 719, Decisão Monocrática, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 24 mai. 2005, publicação em DJ 03 jun. 2005.

<sup>435</sup> “Propriedade incorpórea é a execução legal de contratos aprovados; e propriedade "intangível" passou a ser distinguido, especialmente nos casos de utilidade pública e trabalhista, como o "valor de troca" ou "poder de compra" de qualquer propriedade nos mercados, como o valor de troca da boa vontade intangível de uma empresa, bem como o valor de troca da unidade física e do inventário, ou o valor de troca da mão-de-obra nos mercados de trabalho, ou o poder de compra do crédito nos mercados monetários, e esses poderes de compra constituem os "ativos" do homem de negócios e os salários do operário que são sua propriedade intangível”. Lê-se no original: “Incorporeal property is the legal enforcement of approved contracts; and "intangible" property has come to be distinguished, especially in the public utility and labor cases, as the "exchange-value," or "purchasing power," of any and all property upon the markets, such as the exchange-value of the intangible good-will of a business as well as the exchange-value of the physical plant and inventory, or **the exchange-value of labor on the labor markets**, or the purchasing power of credit on the money markets, and these purchasing powers constitute the business man's "assets" and the laborer's wages which are their intangible property”. (COMMONS, John R. Law and Economics. *Yale Law Journal*, v. 34, p. 373, fev. 1925).

esse custo, embora sem explicitar o contexto, as circunstâncias específicas do caso ou a mudança de entendimento.

É comum também que, na jurisprudência da crise, sejam criados incentivos para transferência dos *custos de decisão* e dos *custos de erro* – muitas vezes inflacionados por se tratar de questões de alta complexidade técnica, como se analisou em itens anteriores.

Foi o que parece ter ocorrido recentemente nos seguintes casos, já analisados: (i) no Mandado de Segurança 34023, sobre a capitalização de juros de entes federativos, em que a liminar e o prazo concedidos serviram como incentivo para solução negocial; (ii) nas Ações Cíveis Originárias 2.939, 2.938, 2.931, 2.940, 2.941, 2.942, 2.935, 2.936 e 2.934, em que a liminar determinava à União depositar em conta judicial, à disposição do STF, os valores correspondentes ao Fundo de Participação dos Estados (FPE); e (iii) na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25, em que o Plenário estabeleceu prazo de 12 meses para o Congresso purgar a mora, com base em “entendimentos entre os estados” manifestados no Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz, sob pena de o TCU decidir o montante devido pela União e a divisão entre os entes<sup>436</sup>.

Neste último caso, a Corte criou também um incentivo para assegurar a efetividade da decisão, sabidamente uma dificuldade em declarações de inconstitucionalidade por omissão.

A importância de incentivos para assegurar a efetividade do provimento jurisdicional é analisada por Gerald Rosenberg, em especial quando a Suprema Corte o profere em favor de minorias vulneráveis<sup>437</sup>. A partir dos famosos precedentes *Brown v Board of Education* e *Roe v Wade*, o autor sugere, com base na análise econômica, que a implementação é mais provável de ocorrer se pelo menos uma das três condições estiver presente: (1) atores não judiciais oferecem incentivos para o cumprimento; (2) os atores não judiciais impõem custos por incumprimento; (3) decisões judiciais permitem a implementação do mercado.

Dentre os exemplos de incentivos que o autor cita estão o Título VI da Lei de Direitos Civis de 1964 que permitia que os Departamentos de Saúde, Educação e Bem-Estar (“HEW”) cortassem fundos federais para programas em que a discriminação racial era praticada. Esse conjunto de incentivos econômicos e custos foi criado pelo Congresso e aplicado com a

---

<sup>436</sup> CANÁRIO, Pedro. Congresso tem um ano para aprovar compensação de renúncia de ICMS. **Consultor Jurídico**, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-30/stf-ano-congresso-aprovar-compensacao-renuncia-icms>>. Acesso em: 26 dez 2016.

<sup>437</sup> ROSENBERG, Gerald N. The Implementation of Constitutional Rights: Insights from Law and Economics. **University Chicago Law Review**, v. 64, 1997. p. 1215-1216.

cooperação do departamento de Justiça. No caso *Roe*, um dos incentivos foi conferido naturalmente pelo próprio mercado, por meio do setor hospitalar, que lucrava com o aumento das operações<sup>438</sup>.

Na jurisprudência da crise, os atores costumam adotar uma postura *não-estratégica*, compreendida como aquela em que, no jogo interativo, o participante não atribui grande importância ao comportamento alheio<sup>439</sup>. É o que se verifica nas ADPF que tratam de políticas públicas, assim como em outras demandas objetivas de largo espectro.

Há casos, no entanto, em que os envolvidos efetivamente adotam comportamento estratégico, a exemplo das ações tributárias ou de servidores públicos, em que é possível delimitar com clareza os interesses contrapostos, mesmo quando se trata de ações objetivas<sup>440</sup>.

Nesse sentido, é oportuna a observação feita por Frank Easterbrook:

Os juízes que consideram os casos meramente como ocasiões para a justa repartição de ganhos e perdas quase sempre garantem que haverá menos ganhos e mais perdas amanhã (...) não é que criar incentivos para conduta futura deve ser o único objetivo da Corte em julgar disputas legais, mas que o Tribunal está constrangido a enviar os sinais errados para o sistema econômico, a menos que os juízes *apreciem as consequências das regras legais para o comportamento futuro*<sup>441</sup>.

Já a análise jurídico-econômica normativa é a arena na qual políticas legais são debatidas e formuladas e é muito mais controversa que a Análise Econômica de Direito

---

<sup>438</sup> ROSENBERG. Op. Cit., p. 1217.

<sup>439</sup> COOTER. Op. Cit., p. 32: O autor complementa: “Por exemplo, alguns cidadãos decidem como votar em eleições gerais com base nos méritos dos candidatos, com pouca preocupação com a forma como os outros cidadãos votam. No entanto, o direito e a política envolvem frequentemente um pequeno número de atores que se comportam estrategicamente. Para ilustrar, os litigantes no tribunal e os candidatos às eleições formam estratégias antecipando os movimentos de seus oponentes”. Lê-se no original: “For example, some citizens decide how to vote in general elections on the merits of the candidates, with little concern for how other citizens vote. Law and politics, however, often involve small numbers of actors who behave strategically. To illustrate, litigants in court and candidates in elections form strategies by anticipating the moves of their opponents.”.

<sup>440</sup> COOTER. Op. Cit., p. 313: “Uma lei é geral no âmbito da sua aplicação. Mudar uma lei afeta todos que estão ou estarão sujeitos a ela. Os efeitos de um novo precedente se espalham para muito além dos litigantes”. Lê-se no original: “A law is general in the scope of its application. Changing a law affects everyone who is, or will be, subject to it. The effects of a new precedent spill far beyond the litigants”.

<sup>441</sup> EASTERBROOK, Frank. The Supreme Court 1983 Term. *Harvard Law Review*, Cambridg, n. 4, p. 10-11, 1984-1985. Lê-se no original: “Judges who look at cases merely as occasions for the fair apportionment of gains and losses almost invariably ensure that there will be fewer gains and more losses tomorrow (...) is not that creating incentives for future conduct should be the Court’s sole objective in adjudicating legal disputes, but that the Court is bound to send the wrong signals to the economic system unless the Justices *appreciate the consequences of legal rules for future behavior*”.

descritiva. Ronald Dworkin afirma que o lado empírico ou positivo da análise econômica do direito é “usualmente muito útil”, ainda que considere o lado normativo “simplista e confuso”<sup>442</sup>. Dois pontos que ainda ensejam muita discussão dizem respeito a que papéis a eficiência e a análise de distribuição devem ter no *Law and Economics* e como juízes e formuladores de políticas devem escolher dentre os objetivos concorrentes.

Assim, a questão primária no âmbito normativo é verificar em que extensão a eficiência deve ser o critério ou um dos critérios de seleção entre diversas regras legais. Muitos autores afirmam que o critério da máxima riqueza, por exemplo, reifica a distribuição de renda já existente, de modo que favoreceria aqueles que já detêm a riqueza. Outros não se focam tanto no critério da eficiência, mas nos impactos de alocação e distribuição de estruturas legais alternativas e regras de trabalho. Ainda não há consenso sobre como ter uma análise sistemática que envolva alocação e distribuição e sobre quais regras devem ser adotadas para escolher entre resultados de bases combinadas<sup>443</sup>.

Há quem sustente que o instrumental econômico, em especial a análise de custo benefício, não se adequa a políticas distributivas por ser neutro em relação a quem ganha e quem perde<sup>444</sup>. Dessa forma, ao contornar as falhas de mercado, as ferramentas da economia não visariam compensar desequilíbrios distributivos ou uma eventual hipossuficiência. A observação é válida e provoca uma importante reflexão sobre a análise dos dados.

Explica-se. Ainda que os instrumentos econômicos, sobretudo da microeconomia, possam ser neutros, isso não significa que a sua utilização - por economistas, administradores públicos ou juristas - seja igualmente neutra. A ponderação incumbe ao decisor, não aos dados. Não parece que a macroeconomia, por exemplo, que se dedica a indicadores de emprego, escolaridade e pobreza, possa ser alheia à justiça distributiva. É justamente por tal razão que,

---

<sup>442</sup> DWORKIN, Ronald. Entrevista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 25, p. 302, jan./mar. 2006.

<sup>443</sup> MERCURO; MEDEMA. Op. Cit.

<sup>444</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. The Economic Analysis of Public Law. **European Journal of Law and Economics**, v. 1, p. 54, 1994: “A análise de custo-benefício não é uma ferramenta apropriada quando as questões de justiça distributiva são primordiais. O procedimento é neutro sobre quem ganha e quem perde. A negligência das questões distributivas não implica que os economistas acreditam que tais questões não são importantes, mas apenas que as leis destinadas a corrigir as falhas do mercado são veículos redistributivos pobres”. Lê-se no original: “Cost-benefit analysis is not an appropriate tool when distributive justice issues are paramount. The procedure is neutral about who gains and who loses. The neglect of distributive issues does not imply that economists believe that such issues are unimportant, but only that statutes designed to correct market failures are poor redistributive vehicles.”

como se verá detalhadamente a seguir, o peso a ser atribuído aos efeitos econômicos de eventual decisão mostra-se maior ou menor a depender do bem jurídico em jogo<sup>445</sup>.

Assim, como se verá mais detidamente adiante, ao comparar as alternativas de decisão elencadas, o julgador pode se valer de mais diversos parâmetros de valoração. O critério de escolha não precisa ser redução de custos, nem eficiência, nem maximização de bem-estar. Pode ser, *também*, a depender do caso. Tratando-se de atividade jurisdicional, o juiz não pode se despir dos demais fatores de influência e, sobretudo, do propósito visado pelo constituinte. É o giro democrático-constitucional que também inspira o atuar dos agentes públicos<sup>446</sup>.

Grosso modo, é possível exemplificar o argumento com a proteção ao consumidor. Encontra-se estampada no rol do artigo 170 da Constituição Federal a defesa do consumidor, assim como outros princípios de mesma estatura, como a propriedade privada e a livre concorrência. A Ordem Econômica, portanto, não pode esvaziar a proteção do consumidor, ainda que cálculos objetivos comprovem que o custo da legislação consumeirista para o empresariado e o desenvolvimento econômico nacional superam os benefícios verificáveis pelo grupo consumidor. A vulnerabilidade desse grupo justificou a ponderação realizada pelo próprio constituinte, impondo que na avaliação de custo-benefício seja considerada a compensação do desnível.

De modo algum a ressalva impede a utilização da análise econômica do Direito para avaliar se os objetivos pretendidos estão sendo efetivamente alcançados ou como poderiam sê-lo. Em criterioso estudo sobre o tema, Bruno Bodart aborda casos em que, sob pretexto de proteção ao consumidor, o judiciário adota postura duras de efeitos perversos<sup>447</sup>.

Foi o que parece ter se verificado no REsp 1.479.039<sup>448</sup>, quando o Superior Tribunal de Justiça considerou abusiva a concessão de desconto para pagamento em dinheiro ou cheque. Sob o pretexto de assegurar “o equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, de modo a

---

<sup>445</sup> Nada obstante, a partir da diferenciação apresentada acima, é possível presumir que a Susan Rose-Ackerman estivesse se referindo à utilização da teoria de custos e benefícios para a análise jurídico-econômica normativa, visto que há razoável consenso sobre sua aplicabilidade na descrição da realidade. Ainda assim, não perfilhamos a crítica.

<sup>446</sup> BINENBOJM. Op. Cit.

<sup>447</sup> BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Uma Análise Econômica do Direito do Consumidor: Como Leis Consumeristas Prejudicam Os Mais Pobres Sem Beneficiar Consumidores*, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2870931>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

<sup>448</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1479039/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 06 out. 2015, publicação em 16 out. 2015.

preservar a boa-fé e a proteção do consumidor”, a decisão transferiu o ônus daqueles que utilizavam cartões de crédito para todos os consumidores, prejudicando os mais vulneráveis que sequer têm acesso ao sistema bancário. A comparação entre custos e benefícios e os efeitos possíveis no caso deve considerar não (apenas) os custos para os empresários, mas principalmente o atingimento dos objetivos protetivos em sua essência.

Esses objetivos podem ser quantificados como benefícios a pesar a favor da intervenção, justificando os custos. Cass Sunstein traz uma ilustração interessante<sup>449</sup>. Uma determinada norma regulatória foi elaborada para aumentar a economia de combustível de veículos. A Agência acrescentou, ainda, a economia de tempo, como benefício auxiliar, porque verificou que os consumidores teriam de ir muito menos ao posto de gasolina. Foram rentabilizados como benefícios tanto a economia financeira quanto o tempo. No exemplo, os benefícios (particulares) eram altos a ponto de justificar os custos regulatórios<sup>450</sup>.

### 3.3. Método: Consequencialismo, Custo-Benefício e Razoabilidade

“O mundo dos custos e benefícios (que inclui levar em consideração a maldade de ações desagradáveis e as violações a liberdades e direitos) é um universo decisional bastante diferente do raciocínio a marretadas de deveres e obrigações independentes de consequências”<sup>451</sup>. A frase de Amartya Sen ilustra bem a temática deste item, ao inserir no mundo da análise de custos-benefícios aspectos econômicos e extraeconômicos, sob um viés consequencialista. A proposta ora apresentada é, então, de que o consequencialismo jurídico, a análise de custo-benefício e a razoabilidade componham a metodologia adotada pela Jurisprudência da Crise.

---

<sup>449</sup> SUNSTEIN, Cass. O mundo real da análise de custo-benefício: 36 questões (e quase tantas respostas quanto). **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 266, p. 33, mai./ago. 2014.

<sup>450</sup> O autor aponta, ainda, que alguns comentaristas criticaram a ponderação feita, por entender que os benefícios particulares de consumidores poderiam ser precificados por eles, impedindo a intervenção estatal: “alegam que a economia de combustível particular não deveria ser contabilizada, e, também, que a economia de tempo não deveria ser contabilizada, pois os consumidores são perfeitamente capazes de levar em conta essas economias, ao decidirem o tipo de veículo que desejam comprar” (SUNSTEIN. Op. Cit., p. 33-34).

<sup>451</sup> SEN, Amartya **Rationality and Freedom**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2002. Lê-se no original “The world of costs and benefits (which includes taking note of the badness of nasty actions and of violations of freedom and rights) is quite a different decisional universe from the sledgehammer reasoning of consequence-independent duties and obligations”.

Compreendido como estimativa de resultados ou juízo prognóstico, o consequentialismo deve ser empregado para todos os valores em jogo – e não apenas para os reflexos econômicos da decisão. Dessa forma, ao avaliar as consequências de determinada alternativa, o julgador considera o impacto orçamentário causado, o possível retorno financeiro para a produtividade do setor, a geração de emprego, o aumento do consumo, sendo estes fatores quantificáveis economicamente. Avalia também a adequação dos resultados prováveis com a teleologia da norma – *ratio legis e legislatoris* – e com os valores mais próximos do núcleo da dignidade da pessoa humana. Em cada avaliação consequentialista, considera não apenas os efeitos imediatos, ou atinentes aos sujeitos processuais, mas também os efeitos sistêmicos, considerada a jurisprudência em termos globais.

Estimadas as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais de cada alternativa, passa-se à etapa seguinte: análise de custo-benefício. Passa-se a atribuir pesos às consequências e a comparar os pesos então atribuídos.

Como a avaliação envolve custos de difícil mensuração e benefícios não comparáveis, o resultado final não poderia ser reduzido a uma equação matemática. Pressupõe, ao contrário, como não poderia deixar de ser ao se tratar de atividade jurisdicional, certa dose de subjetivismo, traduzido como razoabilidade, na linha de Posner<sup>452</sup>.

São esses, então, os elementos do método proposto.

Inicia-se pelo consequentialismo. O consequentialismo filosófico considera que o conhecimento no âmbito do pragmatismo se produz pela antecipação das consequências futuras. De acordo com essa máxima consequentialista, o significado de uma proposição, bem como a sua verdade, apenas pode ser conhecido se for verificado a partir do teste de suas consequências<sup>453</sup>. Como não se pretende provar a verdade ou o significado da jurisprudência da crise, não é disso que se trata presentemente.

O consequentialismo jurídico é mais objetivo e considera que decisões judiciais que se pretendam pragmáticas necessariamente devem ter em conta uma etapa preliminar de individualização de pares de decisões entre as quais o juiz pode optar e os estados de coisas hipoteticamente decorrentes de cada uma delas<sup>454</sup>.

---

<sup>452</sup> POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2005.

<sup>453</sup> POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: Teoria Social e Política**. Rio de Janeiro: Relume Demará, 2005, p. 38-39.

Essa atividade de identificação das consequências atreladas a cada alternativa de decisão abrange um juízo prognóstico, que se baseia em evidência, lógica, estatística ou probabilidade. Quase investigativa, essa etapa inclui não apenas aquelas consequências que decorram de condições de certeza como as que são apenas prováveis (ditas estocásticas). De modo bastante simplificado, é possível afirmar que aquele que pretende tomar uma decisão consequente descreve a realidade em “pares que correlacionem as alternativas decisórias  $A_1, A_2, A_3... A_n$  às respectivas consequências  $C_1, C_2, C_3...C_n$ ”<sup>455</sup>.

A simplificação, a toda a evidência, não contempla a complexidade das questões efetivamente apresentadas aos tribunais constitucionais, menos ainda as referidas na crise. Uma mesma alternativa suscita uma gama variada de consequências, de curto ou longo prazo, monetizáveis ou não, econômicas ou extraeconômicas, imediatas ou sistêmicas, dentre outras classificações possíveis.

Tome-se o exemplo hipotético de uma alternativa de provimento integral do pedido ( $A_1$ ) formulado em ADPF sobre políticas públicas. Dentre as consequências possíveis, verifica-se que, por corresponder a um custo financeiro descomunal, a decisão pode acarretar violação das regras de responsabilidade fiscal do ente ( $C_1$ ) ou não ser cumprida no longo prazo ( $C_2$ ); sistemicamente, a alternativa pode produzir efeitos perversos em prejuízo de outros interesses do próprio beneficiário ( $C_3$ ) ou de outro grupo ( $C_4$ ); por outro lado, pode promover a perfeita proteção do bem jurídico especificamente tutelado pelo constituinte ( $C_5$ ) e mesmo benefícios colaterais não previstos originalmente ( $C_6$ ) ou ainda irradiação de direitos fundamentais de difícil mensuração, como igualdade ou dignidade ( $C_7$ ).

Em uma segunda etapa, que será analisada adiante, passa-se à valoração dentro de uma certa escala de preferências, de cada consequência. Nesta dimensão normativa, cabe ao tomador de decisão, com base em um ou mais critérios, identificar em cada alternativa quais as consequências que convergem em maior medida para a realização do valor de referência, e, a partir dessa conclusão, determinar qual é a alternativa de decisão mais adequada para a solução do problema que se lhe apresenta<sup>456</sup>.

---

<sup>454</sup> ARGUELHES; LEAL. Pragmatismo como meta teoria normativa..., p. 190. Os autores tratam de duas etapas, mas a segunda, que corresponderia à “ordenação desses pares com base em algum critério pelo qual se estabeleçam relações de preferência entre os estados de coisas possíveis” será analisada fora do conceito de consequentialismo.

<sup>455</sup> ARGUELHES; LEAL. Pragmatismo como meta teoria normativa..., p. 190.

<sup>456</sup> LEAL, Fernando. **Hermenêutica do Direito Econômico**..., p. 15. O autor exemplifica o argumento a partir do Requerimento nº 08700.004221/2007-56, vinculado ao Proc. Adm. 08012.011142/2006-79 no CADE, em que se discutia a vantajosidade de se celebrar ou não um Termo de Cessação de Conduta em um caso de cartel:

O argumento *ad consequentiam* com frequência figura dentre as formas falaciosas de retórica. Antes de desenvolver os limites e possibilidades do consequencialismo na jurisprudência da crise, parece prudente diferenciar consequencialismo falacioso e não falacioso, o que envolve algumas premissas. Passa-se a expor algumas delas.

O consequencialismo não corresponde a um teste de verdade, em nada contribuindo para a confirmação ou falsidade de uma tese<sup>457</sup>. Ao contrário, o consequencialismo argumenta sobre uma dada ação ou política, a partir de suas consequências desejáveis ou não. Dessa forma, uma alternativa inconstitucional não é sequer uma alternativa, independentemente da desejabilidade de suas consequências. É pragmático, então, sugerir que a análise da juridicidade da alternativa seja prévia à comparação de suas consequências, para que o consequencialismo não seja vão.

Uma segunda hipótese falaciosa de utilização do argumento consequencialista decorre da utilização para comparação de valores a fatos<sup>458</sup>. O consequencialismo se presta a comparar

---

“foram identificados os pares de alternativas de decisão {celebrar TCC; não celebrar TCC}, as suas respectivas consequências {suspensão e posterior arquivamento do Proc. Adm.; continuar a litigar administrativa e judicialmente}. Para o oferecimento de uma resposta, foi usado como critério de apreciação das consequências o “valor monetário esperado” (expresso no caso como valor presente da sanção esperada), principal critério para a tomada de decisão sob condições de incerteza. Os estados do mundo identificados foram (a) Celebra TCC: R\$ 43.000.000,00 e (b) Não celebra TCC (VPSE = R\$ 44.250.000,17), resultante das seguintes combinações de valores e probabilidades de ocorrência: Sanção de 20% faturamento bruto: 25,5%, Sanção de 15% faturamento bruto: 52,5%, Sanção de 30% faturamento bruto: 4,5%, Sanção de 0%: 17,5%. Dados foram: Faturamento bruto: R\$ 427.821.000,32, Período estimado duração PA/PJ: 42/84 meses. Além disso, foram colocados juntamente com a alternativa (a) os seguintes efeitos: redução dos custos sociais e certas externalidades positivas (desalinhamento cartel, *enforcement* da legislação, facilidade para punir demais membros do cartel). Nas palavras do conselheiro: “[a] análise da conveniência e oportunidade da proposta deve, a meu ver, ser realizada a partir de um critério ‘consequencialista’ de decisão, i.e., da valoração das consequências associadas à decisão de celebrar o TCC e à decisão de não celebrar o TCC tal como este se apresenta, contando-se a decisão de celebrar o TCC como ‘conveniente e oportuna’ (...) se e somente se as consequências esperadas a ela associadas forem, *desse* ponto de vista exclusivamente, ‘estritamente preferíveis’ àquelas associadas à decisão de não celebrá-lo’.”

<sup>457</sup> “*Hipótese Um* O modo falacioso de argumentação é definido como argumento para aceitar a verdade (ou falsidade) de uma proposição citando as consequências de aceitar essa proposição (ou não aceitá-la). O modo de argumentação não escalonável é o argumento contra (ou por) algum curso de ação, política, etc., com base em consequências indesejáveis (ou desejáveis)”. Lê-se no original: “*Hypothesis One* The fallacious mode of argument is defined as argument for accepting the truth (or falsity) of a proposition by citing the consequences of accepting that proposition (or not accepting it). The nonfallacious mode of argument is argument against (or for) some course of action, policy, etc., on the basis of undesirable (or desirable) consequences”. (WALTON, Douglas. *Historical Origins of Argumentum ad Consequentiam*. **Argumentation**, v. 13, 1999, p. 259).

<sup>458</sup> “A forma falaciosa envolve uma confusão entre proposições que expressam fatos e proposições que expressam valores: ‘Não é permitido testar uma afirmação (proposição descritiva) apontando os efeitos indesejáveis da asserção (proposição avaliativa), porque os fatos e valores são, então, confundidos’ (p. 162). A forma não falaciosa envolve uma proposição de ‘incitação’ que recomenda um curso de ação: ‘no caso de um curso de ação sugerido, por exemplo, é justificável examinar as possíveis consequências’ (p. 162). A distinção a que se apela é a que existe entre o uso de uma proposição para descrever fatos (função descritiva) e o uso de uma proposição para expressar valores, e em particular recomendar um curso de ação (função expressiva)”. Lê-se no original: “The fallacious form involves a confusion between propositions that express facts and propositions that express values: ‘It is not

ações, ainda que eventualmente concretizem valores. Dessa forma, mostra-se mais descritivo que valorativo. Eventual afastamento da alternativa em razão da preterição de suas consequências não depõe contra os valores subjacentes, mas tão somente quanto àquela específica ação avaliada. Assim, se eventualmente a flexibilização da jornada produzir consequências desejáveis em um determinado cenário de crise do mercado de trabalho e da indústria nacional, não há que se cogitar da vitória do liberalismo ou a desvalorização do trabalho humano.

Por fim, pode-se apontar uma terceira forma de argumento falacioso, que ocorre quando se distorce o contexto em que determinada escolha foi realizada como forma de refutar a verdade das consequências<sup>459</sup>. Evidentemente, toda a crítica é livre e presumidamente útil. No entanto, o argumento consequencialista não falacioso é utilizado em um contexto deliberativo, em que se comparam consequências de determinadas alternativas, ainda que se resumam a “alternativa A” e “alternativa não-A”. Como se verá adiante, o consequencialismo compara resultados que possivelmente serão obtidos em cada alternativa. A crítica *a posteriori* das escolhas feitas costuma deslocar-se do contexto dialético, calcando-se nas consequências efetivamente produzidas.

A terceira hipótese reforça a importância do contexto de cada decisão – e dos fatores historicistas, como aponta Posner –, mas tem aplicabilidade mitigada na jurisprudência da crise. É que o contexto dialético é inerente à atividade jurisdicional. O argumento *ad consequenciam* se baseia na comparação das consequências entre as políticas e ações possíveis em determinado

---

permissible to test an assertion (descriptive proposition) by pointing out the undesirable effects of the assertion (evaluative proposition), because facts and values are then confused' (p. 162). The nonfallacious form involves an 'inciting' proposition that recommends a course of action: 'in the case of a suggested course of action, for instance, it is justifiable to examine the possible consequences' (p. 162). The distinction appealed to is that between the use of a proposition to describe facts (descriptive function) and the use of a proposition to express values, and in particular to recommend a course of action (expressive function)". (VAN EEMEREN, F. H.; GROOTENDORST, R. *Argumentation, Communication and Fallacies*, Hillsdale (N.J.), 1992, p. 162. *Apud* WALTON. *Op. Cit.*, p. 259).

<sup>459</sup> “A forma falaciosa envolve uma mudança de um contexto de uso do argumento para outro. Argumento de consequências é comum e apropriado quando usado em um tipo de diálogo chamado deliberação para argumentar contra um curso de ação proposto. Mas se o diálogo é o de ser uma discussão crítica, ou outro tipo de diálogo em que uma tese deve ser provada verdadeira ou falsa, o uso do argumento de consequências (argumentando que a tese é verdadeira ou falsa, porque aceitando ou rejeitando que ela tem consequências boas ou más) não é relevante. A razão pela qual esse argumento pode parecer relevante é devido à mudança dialética”. Lê-se no original: “The fallacious form involves a shift from one context of use of the argument to another. Argument from consequences is both common and appropriate when used in a type of dialogue called deliberation to argue for against a proposed course of action. But if the dialogue is supposed to be that of a critical discussion, or other type of dialogue in which a thesis is to be proved true or false, use of argument from consequences (arguing that the thesis is true or false because accepting or rejecting it has good or bad consequences) is not relevant. The reason why such an argument may appear to be relevant is because of the dialectical shift”. (WALTON. *Op. Cit.*, p. 259).

contexto. Nesse ponto, é deliberativo. Caso futuramente a prognose se mostre equivocada ou o contexto mude ou surjam melhores alternativas, a corte constitucional deverá rever seu entendimento. Novamente, será deliberativo.

Alguns autores defendem que o consequencialismo poderia ser afastado, por razões pragmáticas, nos casos em que uma estratégia interpretativa de otimização se mostrasse excessivamente custosa. Ainda que se considere razoável a assertiva, não se aplica ao presente caso. Pelas dimensões objetivas e de longo prazo, os casos analisados presentemente não podem se contentar com uma estratégia dita satisfatória<sup>460</sup>. Ao contrário, como regras e precedentes mostram-se de pouca valia e a relevância das questões impõe um custo de decisão e de erro muito maior, os ônus argumentativo e operacional inerentes ao cálculo das consequências de cada hipótese não podem ser afastados.

Defende-se presentemente que o consequencialismo jurídico deve ser adotado como estratégia de decisão, embora isso não signifique que a balança tenderá sempre para a alternativa que represente menor repercussão econômica. A resposta não é categórica, nem o são o método ou o critério. Ainda que se utilize sempre o consequencialismo, como se propõe, o critério adotado parece variar conforme os múltiplos parâmetros. Se isso significa relegar o consequencialismo a uma decisão de segunda ordem, não há objeções aqui, senão aquela de restar indefinida uma qualquer estratégia de primeira ordem.

Importante ressalva preliminar é feita por McCosh<sup>461</sup>, em uma das primeiras referências ao consequencialismo jurídico. Segundo o autor, o consequencialismo não revela juízos de verdade ou correção da propositura. Isso não significa que o autor o relegue a um espaço residual. Ao contrário, o consequencialismo não se prestaria a validar opções “inverídicas ou erradas”, com a licença quase poética dessas categorias, ficando esse juízo condicionado à prévia justeza das hipóteses em razão das preferíveis consequências que produziriam. Aquele a quem incumbe decidir sequer deveria proceder à verificação e comparação das consequências nesses casos. Confira-se:

Argumento das Consequências. Isso é permitido em questões de pura conveniência, como, por exemplo, ao considerar uma proposta para aprovar uma lei para a supressão da intemperança, ou jogo ou licenciosidade; devemos

---

<sup>460</sup> VERMEULE, Adrian. Três estratégias de interpretação. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo Jurídico**: Textos em Debate. São Paulo: Saraiva; Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. O autor classifica em maximizante, otimizante e satisficente.

<sup>461</sup> MCCOSH, James. **The Laws of Discursive Thought**: A Tert-Book of Formal Logic, New York: Robert Carter and Brothers, 1879, p. 189-190.

investigar se isso atingiria o fim em vista. Mas quando a questão é de verdade ou de direito, não devemos, em primeira instância, apelar aos resultados. Há uma tendência constante de alguns, quando uma nova verdade científica é divulgada, a rejeitá-la, porque ela pode produzir consequências malignas, minando crenças religiosas, ou bons sentimentos sociais. Mas se uma doutrina for verdadeira e uma ação for correta, as consequências devem ser boas, quer as vejamos ou não. **Depois de termos estabelecido a verdade ou a falsidade de uma doutrina sobre evidências independentes, então podemos traçar as consequências - sempre, no entanto, com espírito de franqueza e justiça.**<sup>462</sup>

O contraponto merece cautela. A prévia análise de juridicidade ou veracidade da decisão não pode admitir um afastamento do método decisório por malabarismo retórico. A generalização da crítica, então, poderia permitir desvios, como uma conta de chegada<sup>463</sup>. No entanto, se a ressalva se limitar aos casos em que a alternativa se inserir em espaços de certeza negativa, a tese é perfeita e, sob esse viés, McCosh não diverge do quanto aqui exposto.

Por sua vez, Posner entende que, em hipóteses excepcionais, o consequencialismo seria afastado por suas consequências não serem as mais apropriadas ao caso. É o que se verifica quando a decisão judicial se funda em normas jurídicas objetivas, como aquela que determina a punição de motorista que exceder determinado limite de velocidade, ou quando a norma constitucional ou legislativa já delimita o âmbito de atuação judicial de forma clara.

A ressalva é relevante, mas tampouco se aplica à jurisprudência da crise, em que casos difíceis são decididos em última instância pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário. Como o próprio autor ressalva: um pragmatista provavelmente acredita que deve haver alguma escapatória em normas que limitem a atuação judicial.

---

<sup>462</sup> WALTON. Op. Cit., p. 258. Lê-se no original: “Argument from Consequences. This is allowable in questions of pure expediency, as for example, in considering a proposal to pass a law for the suppression of intemperance, or gambling, or licentiousness; we ought to inquire whether it would effect the end in view. But when the question is one of truth or right, we should not in the first instance appeal to results. There is a constant tendency on the part of some, when a new scientific truth is divulged, to reject it because it may produce evil consequences by undermining religious beliefs, or good social sentiments. But if a doctrine be true, and a deed be right, the consequences must be good whether we see it or not. After we have established the truth or falsehood of a doctrine on independent evidence, then we may allowably trace the consequences - always, however, in a spirit of candor and fairness”.

<sup>463</sup> Walton, por sua vez, analisa McCosh sob outra perspectiva: “The first step McCosh takes is to point out that in practical deliberations (matters of expediency), the use of argumentation from consequences can be perfectly reasonable, and should be presumed to be nonfallacious. However, when there is a shift from its use in such a context of action-directed deliberation to another kind of use, where 'the question is one of truth or right', one needs to be extremely careful not to commit the fallacy of leaping to condemn a view because of the cited or alleged bad consequences of holding that view” (WALTON. Op. Cit., p. 258).

Em outros casos, é possível que o consequencialismo seja muito oneroso ou impossível por não estarem disponíveis os dados necessários para o juízo prospectivo. O ato de analisar os problemas possui seus próprios benefícios e custos. Se, por um lado, permite uma melhor compreensão e aprimora as práticas e técnicas de decisão, por outro, representa um custo associado ao grande esforço para resolver problemas potencialmente intratáveis e difíceis<sup>464</sup>. Esse custo torna-se especialmente maior na jurisprudência da crise, vez que os problemas não se repetem com frequência.

A ressalva é pertinente e encontra eco nas reflexões de Fernando Leal e Diego Werneck quanto ao problema da observância. Os autores apontam que “obter informações suficientes e confiáveis sobre como o mundo funciona e como as pessoas se comportam em diferentes cenários, elaborar prognoses, identificar as possíveis consequências de cada alternativa de decisão disponível para o caso e ainda ordenar essas consequências costuma ser custoso”<sup>465</sup>.

Como visto, o consequencialismo jurídico abrange a consideração de consequências imediatas e sistêmicas. Por consequências sistêmicas compreende-se tanto as que exorbitam os limites subjetivos do caso exposto, supondo-se uma universalização, quanto as que estimam os impactos das alternativas em outras relações jurídicas. Exemplo da primeira hipótese se verifica quando em discussão a constitucionalidade de um determinado tributo estadual e se presume os efeitos da decisão para outros tributos análogos ou idênticos de outros entes federados. Exemplo do segundo caso ocorre quando se considera os impactos de uma desoneração tributária na cadeia produtiva ou em mercados internacionais eventualmente concorrentes.

Os exemplos evidentemente não se limitam ao âmbito tributário. Um caso recente em que o Supremo Tribunal Federal avaliou as consequências sistêmicas das alternativas apresentadas quanto a outros sujeitos foram os Recursos Extraordinários 566.471<sup>466</sup> e 657.718<sup>467</sup>, cujo julgamento foi interrompido por pedido de vista do ministro Teori Zavascki. Tais recursos tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de

---

<sup>464</sup> SUNSTEIN, Cass. O mundo real da análise de custo-benefício..., p. 16.

<sup>465</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Leal. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”, **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, p. 10 e ss, 2016.

<sup>466</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 566.471, Rel. Min. Marco Aurélio, ainda em julgamento.

<sup>467</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 657.718, Rel. Min. Marco Aurélio, ainda em julgamento.

Vigilância Sanitária (Anvisa). As demandas originais foram propostas por pessoas físicas, mas não é preciso comprovar que os efeitos vão muito além das partes processuais.

As consequências sistêmicas para outras relações jurídicas também se verificam nas reações antecipadas, expostas acima. É quando o Judiciário acena para outros poderes a reação que terá, caso instado a se debruçar sobre determinado assunto. Foi o que parece ter ocorrido no caso da desaposentação, em que o Supremo Tribunal Federal admitiu que o instituto seria possível não fosse a falta de previsão legal. Com isso, sinalizou postura de deferência legislativa frente à Reforma da Previdência que presentemente se discute no Congresso Nacional. A outra alternativa, que consistia em encontrar fundamento constitucional para a desaposentação, impor ao Poder Legislativo um alto custo de sobrepor-se à decisão judicial – *overrule* – ou de instituir receitas alternativas que repusessem aos cofres federais os custos decorrentes da desaposentação.

Em sentido análogo, o governo dos Estados Unidos fixou a Circular A-4 da OMB, que, ao orientar os órgãos reguladores na formulação de suas políticas, estabelece a importância de a análise consequencialista considerar efeitos que não decorrem imediatamente da decisão. É o que chama de *benefício auxiliar e risco de compensação*<sup>468</sup>. Confira-se:

Sua análise deveria olhar, além dos benefícios e custos diretos de sua regulamentação, e considerar qualquer benefício auxiliar e riscos de compensação importantes. Um benefício auxiliar é um impacto favorável da regra, que é tipicamente não relacionado ou secundário, para o propósito estatutário da regulamentação (por exemplo, a redução das emissões das refinarias em função de padrões mais rigorosos de economia de combustível para caminhões leves) enquanto um risco de compensação é uma consequência adversa econômica, de saúde, de segurança ou ambiental, que ocorre por causa de uma regra e não está já contabilizado no custo direto da regra. (por exemplo, impactos de segurança adversa causados por padrões mais rigorosos de economia de combustível para caminhões leves)<sup>469</sup>.

---

<sup>468</sup> Lê-se no original: “Ancillary Benefits and Countervailing Risks”.

<sup>469</sup> Circular A-4 September 17, 2003 TO THE HEADS OF EXECUTIVE AGENCIES AND ESTABLISHMENTS. Disponível em: <[https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/regulatory\\_matters\\_pdf/a-4.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/regulatory_matters_pdf/a-4.pdf)>. Acesso em: 21 dez 2016. Lê-se no original: “Your analysis should look beyond the direct benefits and direct costs of your rulemaking and consider any important ancillary benefits and countervailing risks. An ancillary benefit is a favorable impact of the rule that is typically unrelated or secondary to the statutory purpose of the rulemaking (e.g., reduced refinery emissions due to more stringent fuel economy standards for light trucks) while a countervailing risk is an adverse economic, health, safety, or environmental consequence that occurs due to a rule and is not already accounted for in the direct cost of the rule (e.g., adverse safety impacts from more stringent fuel-economy standards for light trucks)”.

Considerar as consequências sistêmicas também corresponde a examinar o impacto das medidas de austeridade não só a curto e médio prazo, mas também a longo prazo<sup>470</sup>. A retirada ou redução de alguns serviços sociais pode ter um impacto devastador sobre a igualdade substantiva a longo prazo. Por exemplo, cortes no orçamento estatal para a educação podem ser uma grande ameaça para a igualdade de oportunidades das crianças em sua vida adulta, especialmente para aquelas que não têm acesso à educação privada, de modo que seus efeitos se protraem no tempo de forma muitas vezes irreversível.

Da mesma forma, uma medida temporária de corte de investimentos em insulina ou coquetéis antirretrovirais acarreta consequências drásticas de longo prazo. Ao se analisar a temporariedade das medidas e das decisões, deve-se ter em mente se os efeitos danosos se protraem no tempo, sendo irreversíveis ainda quando cedida a crise<sup>471</sup>.

Inviabilizar a atividade empresarial, sobretudo de pequeno porte no terceiro setor, acarreta prejuízos não apenas para aquela empresa, mas para os trabalhadores e prestadores de serviço que vivem daquela atividade. É inegável o caráter pragmatista do princípio da preservação da empresa, que flexibiliza regras a fim de evitar consequências negativas definitivas.

Há, assim, diversos exemplos de aplicação do pragmatismo jurídico que não se afastam de conceitos jurídicos, embora resultem na adoção da reflexão consequencialista dos resultados possíveis e desejáveis de cada decisão judicial. Como as estratégias analisadas em outros capítulos desta dissertação, existem mecanismos, mais ou menos evidentes, que prestigiam a influência do contexto fático na jurisdição constitucional. Dentre os instrumentos jurídicos mais evidentes, alinhados estritamente com esse propósito, podem ser mencionados a modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade, a suspensão de segurança e a cominação de prazo em casos de inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>470</sup> CARMONA, Magdalena Sepulveda. Alternatives to austerity: a human rights framework for economic recovery. In: NOLAN, Aoife (Ed.). **Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 23-56.

<sup>471</sup> NOLAN, Aoife Nolan; LUSIANI, Nicholas J.; COURTIS, Christian. Two steps forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights. In: NOLAN, Aoife (Ed.). **Economic and Social Rights After The Global Financial Crisis**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014, p. 140: “Likewise, a temporary reduction in certain types of social spending will have enduring, sometimes permanent, effects. A short-term cut to budget support for essential medicines, for example, can have catastrophic, at times fatal, effects on poor people living with HIV/AIDS, no matter whether the government reinstates the previous funding line in its next annual budget”.

Como exemplo, cite-se, mais uma vez, o Acórdão 353/2012 do Tribunal Constitucional Português, em que se analisou a constitucionalidade das normas da Lei do Orçamento de Estado que previam restrições no pagamento de verbas remuneratórias de servidores e pensionistas. Com base no princípio da igualdade, ao recair apenas sobre as pessoas que auferem remunerações e pensões por verbas públicas, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade das normas impugnadas com modulação de efeitos.

A modulação foi feita a partir de considerações pragmatistas de ordem econômica, sensíveis às consequências econômicas da norma e de sua invalidação, frente ao contexto específico. Confira-se:

É inegável que no atual contexto uma medida deste tipo tem, desde logo, uma razão justificativa que é a sua eficácia nos resultados a curto prazo, ao nível da redução do défice público, sendo certo que, de momento, na situação em que o país se encontra e tendo em conta os compromissos internacionais assumidos, essa redução do défice se apresenta como um objetivo prioritário de política económica e financeira. Ora, não oferece dúvidas que tal medida, efetivamente, permite uma redução segura e imediata de despesas fixas com pensões e remunerações do setor público que possibilitam uma poupança certa e garantida para os cofres do Estado, embora também não possa ser ignorado que ela igualmente determina automaticamente uma diminuição da receita do IRS e das contribuições para a Segurança Social e tem efeitos recessivos no consumo interno, com a consequente diminuição generalizada das receitas públicas.

(...)

6. Estas medidas de suspensão do pagamento de remunerações e de pensões inserem-se, como ficou aludido, no quadro de uma política económico-financeira, tendente à redução do défice público a curto prazo, de modo a dar cumprimento aos limites (4,5% do PIB em 2012) impostos nos memorandos acima mencionados, os quais condicionam a concretização dos empréstimos faseados acordados com a União Europeia e com o Fundo Monetário Internacional.

Sendo essencial para o Estado Português, no atual contexto de grave emergência, continuar a ter acesso a este financiamento externo, o cumprimento de tal valor orçamental revela-se, por isso, um objetivo de excecional interesse público.

Ora, encontrando-se a execução orçamental de 2012 já em curso avançado, reconhece-se que as consequências da declaração de inconstitucionalidade acima anunciada, sem mais, poderiam determinar, inevitavelmente, esse incumprimento, pondo em perigo a manutenção do financiamento acordado e a consequente solvabilidade do Estado. Na verdade, o montante da poupança líquida da despesa pública que se obtém com a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou prestações equivalentes a quem auferem por verbas públicas, assume uma dimensão relevante nas contas públicas e no esforço financeiro para se atingir a meta traçada, pelo que **difficilmente seria possível, no período que resta até ao final do ano, projetar e executar medidas alternativas que produzissem efeitos ainda em 2012**, de modo a poder alcançar-se a meta orçamental fixada.

Estamos, pois, perante uma situação em que um interesse público de excecional relevo exige que o Tribunal Constitucional restrinja os efeitos da

declaração de inconstitucionalidade, nos termos permitidos pelo artigo 282.º, n.º 4, da Constituição, não os aplicando à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012.

Há recentes exemplos em que o Supremo Tribunal Federal considerou consequências sistêmicas de suas decisões. Ao julgar o Recurso Extraordinário 693.456, acima analisado, o Supremo Tribunal Federal não discutia apenas a possibilidade de corte de remuneração dos servidores grevistas da FAETEC. Tampouco se limitava ao tema 531 fixado em sede de repercussão geral<sup>472</sup>. Por meio desse julgamento, o Supremo promoveu uma releitura no entendimento já consolidado de que servidores públicos poderiam fazer greve tal qual trabalhadores do setor privado. Mais ainda, como repercussão política da decisão, o Supremo chancelou o corte remuneratório como medida de apoio à austeridade dos entes públicos, anunciada pela PEC dos gastos, ainda em tramitação.

Uma outra consequência possível, tratando-se de direitos remuneratórios de servidores, é a redução causar prejuízo à prestação de serviços públicos e também a grande fuga de trabalhadores para outros países. Na Romênia, por exemplo, onde houve um congelamento do emprego e uma redução de 25% do salário bruto dos funcionários de serviços estatais, muitos cargos em hospitais e outros serviços públicos se tornaram vagos<sup>473</sup>. A realidade brasileira de serviços públicos de má qualidade, infraestrutura precária, vínculo público estável e dificuldade de mobilidade da força de trabalho torna o êxodo pouco provável, mas ainda assim merece ser considerado.

Essencial já nesse momento é destacar que o consequencialismo jurídico não pode ser traduzido apenas nas consequências *econômicas* de determinadas alternativas. O argumento econômico deve ser sempre considerado, conforme exhaustivamente declarado e adiante demonstrado, mas longe de ser o único fator de decisão. Daí decorre uma importante distinção a fazer entre consequencialismo e utilitarismo. Este último contempla o método consequencialista, mas adota como razão de decidir a produção de vantagens de hipótese<sup>474</sup>. Há quem restrinja ainda mais o âmbito conceitual do utilitarismo, afirmando que valoriza a

---

<sup>472</sup> Tema 531: “Desconto nos vencimentos dos servidores públicos dos dias não trabalhados em virtude de greve”.

<sup>473</sup> RUXTON, Sandy. **How the Economic and Financial Crisis Is Affecting Children and Young People in Europe**. Eurochild Report, dez. 2012, p. 12.

<sup>474</sup> SEN, Amartya **Rationality and Freedom**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2002.

hipótese que represente maiores vantagens para um maior número de pessoas, diferenciando de outras linhas que prestigiam a maximização de riqueza em geral<sup>475</sup>.

De todo o modo, o utilitarismo abrange um consequencialismo voltado para a análise de custos e benefícios numérica ou financeiramente comparáveis, que tacitamente incorporou *argumentum ad consequentiam*. Amplamente difundido nos anos 50 e 60, o método divide uma decisão em um conjunto de “resultados” mutuamente exclusivos e, em seguida, atribui um valor de probabilidade numérico e valor de utilidade (tipicamente, em cifras) a cada resultado. A decisão pode então ser feita mecanicamente, simplesmente escolhendo o resultado que tem o maior valor numérico quando a probabilidade de cada resultado é multiplicada pelo seu valor de utilidade (ou se houver um empate, escolhendo entre os que têm o valor mais alto).

Um cuidado adicional na utilização do argumento consequencialista decorre de sua baixa disposição ao risco. Não se trata aqui de se rechaçar uma alternativa em razão das consequências indesejáveis que possa ensejar. Esse falso dilema é inerente ao próprio consequencialismo, que, como visto, deve considerar todas as vantagens e desvantagens possivelmente advindas da hipótese. A questão se coloca diante da incerteza. Caso não se saiba ao certo quais as possíveis vantagens decorrentes de uma determinada alternativa, ela tende a ser afastada em razão de seus custos estimáveis. O risco em si provoca um custo, mas a ser contraposto com a possibilidade – e não probabilidade – de benefício. O risco em si não pode ser o único custo, sob pena de imobilismo.

Da mesma forma, a crise não pode ser considerada um custo por si só, nem mesmo uma consequência a ser valorada. Embora algumas decisões possam de algum modo acirrá-la, a existência da crise não pode ser afastada, já que se impõe a todas as alternativas decisórias ( $A_i$ ). Sua influência potencializa os impactos econômicos da decisão e os custos dos demais fatores envolvidos. Esses sim são elementos a serem valorados e comparados. Considerar que a intensidade da crise possa ser somada ou subtraída dos demais custos corresponde a, em última análise, defender que uma crise muito grave estimularia o passivismo judicial. Foi visto acima que há quem defenda a cronoterapia como uma forma de adjudicação pragmática, mas essa não pode ser de maneira alguma a resposta padrão.

Em tempos de grave crise, a preocupação com os sistemas de proteção social também pode ser traduzida em termos econômicos. As desigualdades persistentes diminuem a coesão

---

<sup>475</sup> Noel Struchiner e a metáfora do árbitro de futebol, conforme já mencionado (STRUCHINER. Op. Cit., p. 162-163).

social e aumentam os sentimentos de insegurança e de exclusão, agravados por crises sucessivas. Caso essas desigualdades persistam – e, além disso, sejam agravadas pela insegurança alimentar, diminuição da disponibilidade de recursos naturais e mudanças climáticas imprevisíveis - a agitação social e conflito são suscetíveis de aumentar. Essas reações, inegavelmente legítimas, representam alto custo<sup>476</sup>.

A solução *ad consequentiam* impõe, então, que também sejam sopesados os benefícios do experimentalismo e da liberdade. Um exemplo auxilia o entendimento. Uma lei federal que aumente a tributação de cigarros provocará boas consequências, porque evidências demonstram que o mercado consumidor de cigarro reage a oscilações de preço e que fumar aumenta os riscos de doenças cardiopulmonares fatais que representam gastos milionários à saúde pública<sup>477</sup>. A mesma consequência se verificaria, contudo, fosse o consumo simplesmente proibido e a lógica se estende para todas as atividades de risco, como o consumo de bebidas alcóolicas, a direção de motocicletas ou a prática de esportes radicais. Em muitos casos, há efetivamente restrições legais que decorrem justamente da aversão ao risco, como na comercialização de medicamentos experimentais, mas o argumento consequencialista não pode se traduzir apenas nesses fatores.

Na classificação desenvolvida por Luís Fernando Schuartz<sup>478</sup>, o consequencialismo jurídico pode ser considerado fraco ou forte, conforme o grau de intensidade que se lhe atribua o decisionismo judicial. Assim, o consequencialismo forte considera que somente aquela que representar os melhores resultados dentro dos parâmetros fixados será a decisão correta. Por sua vez, o consequencialismo fraco defende que o peso atribuído às consequências do provimento judicial deve ser, no máximo, igual ao dos demais elementos formadores da convicção judicial. Essa concepção fraca abarca tanto aqueles que atribuem caráter residual ao consequencialismo, dado que somente se aplica se não houver outro método a justificar a melhor decisão, quanto aqueles que consideram que o consequencialismo merece tanta consideração quanto qualquer outro critério decisional. Nesse ínterim, todas as miríades intermediárias integrariam o consequencialismo fraco.

Na presente dissertação, propõe-se a adoção do consequencialismo fraco, embora com a ressalva de que a classificação fraco-forte talvez não seja suficiente. Passa-se, então, tanto a

---

<sup>476</sup> Sobre o *widespread social unrest* que assolou a Grécia em 2011, ver DIMOPOULOS. Op. Cit., p. 5.

<sup>477</sup> WALTON. Op. Cit., p. 253.

<sup>478</sup> SCHUARTZ. Op. Cit., p. 2-3.

justificar o abandono apriorístico do consequencialismo forte, quanto a especificar de que consequencialismo fraco se trata.

A concepção de que, dentre todos os instrumentos jurídicos de que possa se valer o intérprete, apenas o consequencialista seria digno de prestígio, desvaloriza os demais métodos hermenêuticos, assim como o próprio intérprete e o contexto.

A hipótese pode ser rechaçada também por meio da teoria das capacidades institucionais. O caráter empírico e contingente das capacidades institucionais impede que as respostas para as questões relacionadas a métodos e posturas mais adequadas de decisão tenham um viés único. Ao contrário, em razão de sua inevitável dimensão contextual ou circunstancial, só podem ser fixadas em arranjos institucionais e momentos específicos<sup>479</sup>.

A alternativa, em defesa do consequencialismo forte, seria considerar que o consequencialismo equivale ao resultado final da ponderação dos interesses contrapostos, de modo que, embutidos os valores como critérios de escolha, possa se considerar existente apenas *uma* resposta certa. A visão se desdobra em duas: 1) concepção conglobante do consequencialismo jurídico e 2) existência de uma resposta certa. Embora se considere razoável a concepção conglobante, há uma aparente tautologia em utilizá-la para justificar a predileção pelo consequencialismo forte ou por um consequencialismo em si. Se ele contempla todos os demais, é único, o que esvazia qualquer classificação. Ademais, transforma-se o problema em uma qualificação jurídica do instituto, que de técnica confunde-se com teoria normativa ou com modelo de decisão judicial. Já a existência de uma única resposta certa deve ser rechaçada por ser incompatível com o raciocínio pragmatista<sup>480</sup>.

Qual, então, a definição de consequencialismo (fraco) é proposta nesta dissertação? A hipótese aqui desenvolvida é de que se deve considerar *também* as consequências de cunho econômico das decisões – sempre, mas em diferentes graus. Afasta-se desde logo o consequencialismo residual.

É importante ressaltar que o consequencialismo, no marco teórico em que se funda essa dissertação, corresponde a um dos elementos do pragmatismo, embora com ele não se confunda. Richard Posner, já em sua recente releitura do instituto que reduziu ao do pragmatismo cotidiano, aduz que “reconhecendo que pragmatismo e consequencialismo não

---

<sup>479</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Leal. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”, **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, p. 196-197, 2016.

<sup>480</sup> Parece incompatível também com o argumento das capacidades institucionais que inspira esse capítulo, como destacam Fernando Leal e Diego Arguelhes (ARGUELHES; LEAL. Op. Cit.).

são sinônimos, o juiz pragmático será sensível a outras contribuições, além das consequências, que são importantes para as pessoas (e para os juízes!)”<sup>481</sup>.

Não é desse pragmatismo que se trata presentemente. Como visto, o consequencialismo integra o pragmatismo e assim não pode ser afastado. O juiz pragmatista sempre estará jungido à análise das consequências de suas decisões, sob pena de perder a pecha. Isso não significa, contudo, que esteja comprometido com o consequencialismo *econômico* ou com qualquer outro critério de comparação entre as consequências prognosticamente advindas das alternativas. A independência quanto aos critérios também é inerente ao juízo pragmático, em decorrência de outro elemento já analisado: o antifundacionalismo.

Alçar a repercussão econômica a critério definidor da escolha do julgador é uma simplificação que descaracteriza o pragmatismo, aproximando-o do utilitarismo. A utilidade-satisfação, maximização da riqueza, eficientismo ou, mesmo por oposição, o formalismo positivista, não devem ser promovidos a dogmas.

Sem que se pretenda reduzir o pragmatismo à máxima de que cada caso é um caso, é importante admitir que, sim, cada caso é um caso, mas não há qualquer aleatoriedade nisso. Cada caso é um caso, porque não há fundações prévias insofismáveis, porque o contexto é complexo e impõe a consideração de todas as circunstâncias envolvidas e porque as consequências podem variar.

As consequências variam não apenas em termos fáticos, mas também teóricos. Ainda que descritivamente tenha-se a identificação das consequências  $C_1, C_2... C_n$ , sequer nessa fase há objetivação. É possível que o intérprete se depare com uma prognose mais precisa ou mais fluida. Da mesma forma, na comparação entre as consequências estimadas, âmbito prescritivo, é possível incorrer em critérios variados conforme os valores em jogo.

Uma crítica frequente a este método decorre da superestimativa da importância dos cálculos de custos e benefícios projetados, com exclusão de outros fatores relevantes que não podem ser quantificados facilmente<sup>482</sup>.

---

<sup>481</sup> POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**..., p. 364. Lê-se no original: “Recognizing that pragmatism and consequentialism are not synonyms, the pragmatic judge will be sensitive to other considerations, besides consequences, that are important to people (and to judges!)”.

<sup>482</sup> WALTON. Op. Cit., p. 263. No mesmo sentido, ROSE-ACKERMAN, Susan. Putting Cost-benefit Analysis in its Place: Rethinking Regulatory Review. **University of Miami Law Review**, vol 65. 335-356 (2011). Disponível em <http://repository.law.miami.edu/umlr/vol65/iss2/3Susan> Acesso em 30 jan 2017. O espantelho da autora adota como critério de valoração a “welfare economics”. Lê-se no original: “I seek to challenge the hegemony of CBA on two grounds. First, cost-benefit analysis should be used to evaluate only a limited class of regulatory policies, and even then it should be supplemented with value choices not dictated by welfare

Quanto ao ponto, parece claro que decorre de uma concepção restrita da análise de custo-benefício. É possível, de fato, identificar análises de custo-benefício puramente econômicas, em que são somadas consequências positivas e negativas de cada hipótese em equação simples<sup>483</sup>. Não precisa ser assim, nem é essa a presente proposta. Conforme elucida Amartya Sen, uma avaliação ampla de custos e benefícios permite que se incluam como consequências relevantes “não só coisas como a felicidade ou a satisfação de um desejo sobre as quais utilitaristas tendem a se concentrar, mas também se certas ações foram executadas ou direitos particulares foram violados”<sup>484</sup>.

A ideia também foi retomada por Cass Sunstein, com a propriedade de ter sido o administrador do Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA), durante o primeiro Governo Obama. À ocasião, desenvolveu a análise de custo-benefício humanizada (*humanizing cost-benefit analysis*), que respeita a necessidade de atender às prováveis consequências, enquanto desloca o foco para o que a análise custo-benefício luta para capturar, incluindo a dignidade humana e outros valores não quantificáveis. Em suas palavras, “não podemos perder de vista valores não quantificáveis, que às vezes são o ímpeto por trás das políticas regulatórias”<sup>485</sup>.

Sunstein atuou na elaboração da *Executive Order* n. 13.563, um tipo de miniconstituição para o Estado regulatório, que pretende aprimorar a regulação nos Estados Unidos por meio da valorização da análise de custos e benefícios<sup>486</sup>. Na alínea *c* da Seção 1, que trata de princípios

---

economics. Second, CBA presents an impoverished normative framework for policy choices that do not fall into this first category” (p. 337).

<sup>483</sup> SCHUARTZ. Op. Cit., p. 4. “Por exemplo, sejam D1 e D2 duas alternativas de decisão que geram, respectivamente, as alocações econômicas C1 e C2, e suponham-se que C1 seja mais eficiente que C2 e C2 seja mais justa do ponto de vista distributivo que C1 (...)” Veja-se que o autor transfere os aspectos extraeconômicos para a valoração das consequências, que, no entanto, limitam-se a efeitos econômicos.

<sup>484</sup> SEN, Amartya. **Rationality and Freedom**..., p. 559. Lê-se no original: “Costs and benefits are evaluated, in this approach, by looking at consequences of the respective decisions. Broadly consequential evaluation allows the relevant consequences to include not only such things as happiness or the fulfillment of desire on which utilitarians trend to concentrate, but also whether certain actions have been performed or particular rights have been violated. This inclusiveness is resisted by some”.

<sup>485</sup> SUNSTEIN, Cass. **Valuing Life: Humanizing the Regulatory State**. Chicago: The University of Chicago Press, 2014, p. 174. Lê-se no original: “we cannot lose sight of nonquantifiable values, which are sometimes the impetus behind regulatory policies”. O autor complementa “While in government, I spoke a great deal about “humanizing cost-benefit analysis.” With this phrase, I meant to refer to four related ideas. The first is the need to attend to the likely consequences—a point that accounts for my enthusiasm for cost-benefit analysis. The second is to put a spotlight on what cost-benefit analysis struggles to capture, including human dignity (...)” (p. 5).

<sup>486</sup> SUNSTEIN, Cass. O mundo real da análise de custo-benefício: **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 266, p. 16, maio/ago. 2014.

gerais de regulação (*Section 1. General Principles of Regulation*), o documento estabelece que, na antecipação dos benefícios e custos envolvidos em uma estratégia regulatória, “cada agência pode considerar (e discutir qualitativamente) valores que são difíceis ou impossíveis de quantificar, incluídos equidade, dignidade humana, justiça e impactos distributivos”<sup>487-488</sup>.

O ponto merece um destaque.

Em termos quase banais, a análise de custos e benefícios compara as estimativas de resultado positivo e negativo de várias alternativas. Se os custos superam os benefícios, a medida deve ser estimulada. Via de regra, se os benefícios forem mais baixos do que os custos, a escolha indicada será pela rejeição dessa alternativa. Se os custos excederem os benefícios, o decisor deve dedicar seus recursos a outras alternativas, ou trabalhar para identificar uma abordagem na qual os benefícios excedam os custos.

A análise de custo-benefício é antes uma disciplina geral, com algumas regras básicas, do que um modelo matemático. Está sujeita a inúmeras críticas, como aquela que preferia uma avaliação implícita, em vez de uma avaliação consequential ampla (*broadly consequential evaluation*), em se tratando de bens de difícil mensuração<sup>489</sup>. As controvérsias aumentam à medida que são impostas exigências adicionais, incluindo demandas estruturais e indiferenças avaliativas<sup>490</sup>.

A regra básica, assim, pode ser excepcionalizada caso haja considerações especiais, tais como uma obrigação legal, ou um benefício extraordinário ainda que não quantificável<sup>491</sup>. A

---

<sup>487</sup> Lê-se no original: “(c) In applying these principles, each agency is directed to use the best available techniques to quantify anticipated present and future benefits and costs as accurately as possible. Where appropriate and permitted by law, each agency may consider (and discuss qualitatively) values that are difficult or impossible to quantify, including equity, human dignity, fairness, and distributive impacts.”. PRESIDENTIAL DOCUMENTS. Improving Regulation and Regulatory Review. **Federal Register**, v. 76, n. 14, p. 3821, jan. 2011. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-01-21/pdf/2011-1385.pdf>>. Acesso em: 20 jan 2016.

<sup>488</sup> SARMENTO. **Dignidade da Pessoa Humana**..., p. 90. O autor sintetiza: “o uso da técnica envolve a atribuição de um peso – por vezes monetizado – à dignidade envolvida em cada caso, que é considerado em conjunto com os pesos de diversos outros elementos, para que se alcance a solução mais adequada, sob o prisma da relação entre o custo e o benefício”. Essa relação será desenvolvida adiante.

<sup>489</sup> ROSE-ACKERMAN. Putting Cost-benefit Analysis in its Place, p. 354. A autora critica a concepção ampla (“some urge that it can counter the impact of narrow interests by incorporating a comprehensive list of costs and benefits”), conceituando a análise econômica como uma técnica (“a technique for ‘project’ choice in the public sector that seeks to analogize those choices to the ones made by business firms picking profitable projects”).

<sup>490</sup> SEN. Op. Cit., p. 576. Nas palavras do autor: “Há ganhos e perdas – os ganhos principalmente na conveniência e usabilidade e perdas principalmente no alcance do exercício de avaliação”. Lê-se no original: “There are gains and losses -the gains mainly in convenience and usability and losses mainly in the reach of the evaluative exercise”.

<sup>491</sup> SUNSTEIN. O mundo real da análise de custo-benefício... O autor, entretanto, cuida apenas de reguladores.

análise contempla ainda institutos mais complexos, como benefícios colaterais e compensações de risco, anteriormente abordados; ponderação de probabilidade; benefícios líquidos; taxas de desconto; benefícios difíceis ou impossíveis de quantificar; e análise de equivalência (*break-even analysis*).

A ponderação de probabilidade visa a reduzir o campo de alternativas que trazem benefícios literalmente inestimáveis, compreendidos naturalmente em uma vasta amplitude. O exemplo é apresentado por Sunstein, em que os custos anuais de uma regulação são de US\$ 1,5 bilhão e os benefícios anuais variam entre US\$ 800 e US\$ 2 bilhões. Nessas hipóteses, os vários pontos da variação devem estar, dentro do possível, sujeitos à ponderação de probabilidade, de modo a apresentar algum tipo de valor inesperado. Se essa ponderação não for possível, face às informações existentes, devem ser desenvolvidos trabalhos técnicos para obter uma melhor compreensão da variação. A afirmação é quase intuitiva.

Por benefícios líquidos (*net benefits*), compreende-se a diferença entre os custos e benefícios estimados para cada alternativa. A regra é simples, mas ganha especial relevo em termos comparativos, sobretudo quando contraposta ao conceito de *razão*. É como aponta a Circular A-4 do OMB: “O tamanho dos benefícios líquidos, a diferença absoluta entre os custos e benefícios elaborados, indica se uma política é mais eficiente do que outra. A razão entre benefícios e custos não é um indicador significativo de benefícios líquidos, e não deveria ser utilizada para esse propósito”.

A explicação é simples: a análise de custo-benefício é um instrumental para avaliar os elementos, mas o propósito é aumentar os benefícios líquidos. Em termos mais objetivos: “o ponto principal da análise de custo benefício é fornecer algumas informações sobre como aumentar o bem-estar social”<sup>492</sup>. A ideia fica mais clara quando se comparam duas alternativas. Se, na alternativa A, os custos são de R\$ 1 milhão e os benefícios de R\$10 milhões, o benefício líquido será de R\$ 9 milhões e a razão de 10/1. Em comparação, a alternativa B apresenta custo de R\$ 300 milhões e benefício de R\$ 400 milhões. A razão em B é de 4/3, muito inferior à da alternativa A, mas o que importa não é a razão, mas o benefício líquido, que é superior em B. Como socialmente é preferível um benefício de 100 milhões a um de 9 milhões, esta se apresenta como melhor alternativa.

---

<sup>492</sup> SUNSTEIN. *Valuing Life...*, p. 61. Lê-se no original: “the whole point of cost-benefit analysis is to provide some insight into how to increase social welfare”.

A mesma lógica se estende a casos em que os custos superam os benefícios, embora nem sempre haja uma hipótese vencedora quando isso ocorre. Em outro exemplo de Cass Sunstein, “os custos de um regulamento, de acordo com a abordagem A, são de US\$ 1 bilhão. Os benefícios são de US\$ 200 milhões. De acordo com a abordagem B, os custos são de US\$ 20 milhões, mas os benefícios são meramente de US\$ 1 milhão”<sup>493</sup>. A relação custo/benefício da abordagem A é de 5/1, enquanto a da abordagem B é de 20/1. Apesar disso, a abordagem B é preferível à abordagem A, porque apresenta um benefício líquido, ainda que negativo, maior.

Se o argumento já é controvertido quando os benefícios superam os custos, mais ainda nesse último exemplo. No primeiro caso, o desconforto ecoa a crítica utilitarista já pontuada de que a análise visa promover o aumento do bem-estar social, travestido de maximização do benefício líquido. Sobretudo por envolver custos e benefícios de difícil ou impossível mensuração, a análise de custo-benefício feita pela jurisdição constitucional contempla objetivos complexos e variados, que vão muito além da lógica aritmética de um benefício líquido.

O segundo exemplo, em que os custos superam os benefícios, traz a informação interessante de que para o modelo regulatório norte-americano é possível – embora improvável – justificar uma medida deficitária. Isso é especialmente relevante em se tratando de crise e de elevados custos – de decisão, sociais, de transação ou mesmo de oportunidade. O ponto sensível, contudo, diz respeito à valorização do benefício líquido como critério de decisão nesses casos. Ora, é razoável que em hipóteses excepcionais – e a crise provoca a excepcionalidade – medidas deficitárias sejam justificáveis, mas preterir a relação custo/benefício parece subestimar os custos não-econômicos envolvidos. A ressalva é pertinente para reconduzir os cálculos aritméticos desenvolvidos por Cass Sunstein ao seu papel meramente ilustrativo.

Por fim, de todos os instrumentos levantados a que mais pertine à jurisprudência da crise é o que trata de benefícios difíceis ou impossíveis de quantificar, não por falta de informação, mas pela própria natureza do bem em jogo. Um exemplo facilita a compreensão.

Nos EUA, o Departamento de Justiça incluiu uma disposição destinada a proteger os usuários de cadeira de rodas pela determinação da construção de novos banheiros, que contenham espaço suficiente para acesso e movimentação. Dentre todas as medidas propostas por esse Regulamento para acessibilidade, essa foi considerada uma das mais custosas

---

<sup>493</sup> SUNSTEIN. O mundo real da análise de custo-benefício..., p. 38.

monetariamente. Após levantamento pormenorizado dos custos e benefícios monetizáveis ou não e consulta aos especialistas, o relatório final da Análise de Impacto Regulatório – RIA concluiu que os benefícios superavam os custos.

A resposta do Departamento de Justiça vale a pena ser transcrita:

A Ordem Executiva 12866 refere-se explicitamente não apenas aos custos e benefícios monetizáveis, mas também aos ‘impactos distributivos’ e ‘patrimônio’, ver E.O. 12866, seção 1 (a), e é importante reconhecer que a ADA tem a intenção de fornecer benefícios importantes que são distributivos e de caráter equitativo. (...) Muitos dos benefícios desta regra derivam da provisão de tais normas, que promoverão a inclusão, reduzirão o estigma e o constrangimento potencial, e combaterão o isolamento, a segregação e a cidadania de segunda classe de indivíduos com deficiência. Alguns desses benefícios são, nas palavras da Ordem Executiva 12866, ‘difíceis de quantificar, mas, no entanto, essencial considerar’. 12866, seção 1 (a). O Departamento considerou esses benefícios aqui.

**Análise Final do Impacto Regulatório.** A RIA Final incorpora uma análise abrangente do custo-benefício das regras finais tanto para o título II como para o título III e avalia os benefícios e custos incrementais das Normas de 2010 em relação a um cenário de linha de base primário. (...) Do ponto de vista econômico (conforme especificado na Circular A-4 da OMB), os resultados da RIA final demonstram que as regras finais do Departamento aumentam os recursos sociais e, portanto, representam um bem público porque os benefícios monetários excedem os custos monetizados - ou seja, Valor presente líquido positivo (NPV)<sup>494</sup>.

Cass Sunstein estressa o argumento, considerando hipoteticamente que a mesma norma que impôs reformas para acessibilidade de deficientes custe US\$ 1 bilhão em contraste com os benefícios estimados em US\$ 175 milhões. Questiona se, na hipótese, o déficit de US\$ 825 milhões poderia ser justificado pela referência aos valores não quantitativos. A colocação é relevantíssima. Embora os documentos oficiais acolá, assim como aqui, não deem respostas específicas, a questão causa o desconforto de destruir o argumento demagógico de que o

---

<sup>494</sup> U.S. Department of Justice. Nondiscrimination on the Basis of Disability in State and Local Government Services; Final Rules. **Federal Register**, v. 75, n. 178, p. 56168, set. 2010. Lê-se no original: “Executive Order 12866 refers explicitly not only to monetizable costs and benefits but also to “distributive impacts” and “equity,” see E.O. 12866, section 1(a), and it is important to recognize that the ADA is intended to provide important benefits that are distributional and equitable in character. (...) Many of the benefits of this rule stem from the provision of such standards, which will promote inclusion, reduce stigma and potential embarrassment, and combat isolation, segregation, and second-class citizenship of individuals with disabilities. Some of these benefits are, in the words of Executive Order 12866, “difficult to quantify, but nevertheless essential to consider.” E.O. 12866, section 1(a). The Department has considered such benefits here. Final Regulatory Impact Analysis The Final RIA embodies a comprehensive benefit-cost analysis of the final rules for both title II and title III and assesses the incremental benefits and costs of the 2010 (...) From an economic perspective (as specified in OMB Circular A-4), the results of the Final RIA demonstrate that the Department’s final rules increase social resources and thus represent a public good because monetized benefits exceed monetized costs—that is, the regulations have a positive net present value (NPV)”.

benefício seria imponderável. É, sim, inestimável, mas em sentido literal, dado que não pode ser calculado. Isso não significa que possa ser excepcionado da análise de custo-benefício em alguma medida<sup>495</sup>. Fosse o caso, não haveria pedras portuguesas em nenhuma via pública, dado que sabidamente prejudicam o bem-estar de pessoas com mobilidade reduzida.

A tese é bastante lógica e, sem dúvida, contribui para solucionar impasses relevantes de quantificação, tais como aqueles decorrentes de uma inviabilidade técnica ou fática de estimativa. A razoabilidade impõe maior sensibilidade, mas continua sendo necessário avaliar as consequências e os custos da medida. Se a medida se mostrar tão desproporcional que gere riscos de compensação muito custosos, como a eventual insolvência das empresas sobre as quais recaiam os custos, deve-se considerar medidas alternativas, como transferência parcial ou integral do ônus, ou outras alternativas igualmente eficazes e menos custosas.

Nesses casos, é comum apresentarem um instrumento metodológico chamado análise de equivalência (*breakeven analysis*), que, grosso modo, corresponde à colocação da pergunta “o quão alto os benefícios não quantificados, ou não monetizados, teriam de ser, de forma que esses benefícios justificassem os custos?”. A resposta assegura uma margem de atuação, geralmente por ser possível antever limites máximos e mínimos de benefícios suficientes. Importante destacar: o foco dessa análise é transferido para o benefício estimado e não para razão, subtração ou custo.

Embora seja controversa sua adequação para balizar a proteção conferida quando se trata de bem tão essencial à dignidade como no caso dos deficientes, note-se que, ainda nessa hipótese, o Departamento de Justiça submeteu a norma à análise de impacto regulatório de órgãos técnicos especialistas. O ponto é importante para destacar que o simples fato de se lidar com benefícios não quantificáveis decorrentes de valores jurídicos maiores, como dignidade, equidade e justiça distributiva, não é suficiente para afastar a análise de custo-benefício.

É possível aplicar o raciocínio ao caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3351, ainda pendente de julgamento, em que se discutem as políticas públicas de combate à zika e a outras doenças transmissíveis pelo mosquito *aedes aegypti*.

Na ação, cumulada com arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Requerente pleiteia seja distribuído gratuitamente na rede pública de saúde o implante subdérmico hormonal e o DIU com liberação do hormônio levonorgestrel (DIU-LNG), “por ter alta eficácia contraceptiva e baixa descontinuação, pois, uma vez implantado, o uso é passivo e

---

<sup>495</sup> Um cartaz dos Médicos sem Fronteiras ilustra a distinção: “Nossa independência não tem preço, mas tem um custo”. Lê-se no original: “Notre indépendance n’a pas de prix, mais elle a un coût”.

os efeitos, incluindo sangramentos, são mínimos”. Em defesa, o Ministério da Saúde afirma que disponibiliza gratuitamente diversos métodos contraceptivos, tais quais “preservativo masculino e feminino, pílula combinada, anticoncepcional injetável mensal e trimestral, dispositivo intrauterino (DIU), diafragma, anticoncepção de emergência e minipílula”.

Não há dúvidas de que a zika é um problema grave de saúde pública, cujos riscos envolvem a microcefalia e outras doenças neurológicas terríveis e irreversíveis. Tampouco há dúvidas de que os benefícios de proteção à mulher não são quantificáveis, embora muito valiosos. No entanto, isso não é suficiente para ensejar o deferimento de qualquer pleito formulado na referida ação. No caso, devem ser considerados os custos de aquisição, implantação e conservação do medicamento solicitado, estimada a quantidade de mulheres eventualmente interessadas em adotar esse método contraceptivo e os riscos de contaminação pela doença ou de eficácia contraceptiva em caso da utilização do método face aos demais já disponíveis. Dificilmente, o pleito sobrevive à análise de custo-benefício, a despeito da relevância do benefício não-quantificável.

É possível estressar ainda mais o argumento e restringir à hipótese em que houvesse apenas um grupo bastante restrito de beneficiados, ou que houvesse mera possibilidade não estimável de benefício ou que os beneficiados não se inserissem em um grupo tão vulnerável. Essas e outras ponderações extraeconômicas serão analisadas mais adiante.

Passa-se, então, ao terceiro elemento do método proposto. Como definir o equilíbrio correto entre consequências? Seguramente, não há um único algoritmo: “o critério definitivo da adjudicação pragmática é a *reasonableness*”<sup>496</sup>. Na razoabilidade, complementa Posner, devem ser sopesados os prós e os contras, que “incluem não apenas as consequências específicas da decisão, desde que possam ser discernidas, mas também o material legal padrão e a desejabilidade de preservar os valores da norma jurídica. Abrangem ainda mais – incluem considerações psicológicas e ponderada tão variadas que tornam a enumeração exaustiva impossível”<sup>497</sup>.

---

<sup>496</sup> POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia...**, p. 47. No original, consta “The ultimate criterion of pragmatic adjudication is reasonableness” (POSNER. **Law, Pragmatism and Democracy...**, p. 59). Embora traduzido para “o critério definitivo da adjudicação pragmática é a racionalidade” (POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia...**, p. 47), parece mais adequada a expressão “razoabilidade”, consoante adotada em outras partes da obra.

<sup>497</sup> POSNER. **Direito, Pragmatismo e Democracia...**, p. 50.

A complexidade de fatores considerados pela metodologia proposta reafirma o caráter pragmático da solução e contribui para a diferenciação entre consequencialismo e pragmatismo. Como visto à exaustão, adotada a teoria tripartite difundida por Thamy Pogrebinski, o pragmatismo abrange não apenas o consequencialismo, mas também o antifundacionalismo e o contextualismo. Caso o consequencialismo pudesse ser concebido como uma técnica universal ou como a única resposta certa, transformar-se-ia em dogma e perderia seu caráter empírico e temporal. Ao fim, seria apenas mais uma regra a ser aplicada. O mesmo se poderia dizer da análise de custo-benefício, incapaz de por si indicar qual a melhor alternativa. Consiste em técnicas cuja grande contribuição decorre de aumentar a *accountability* dos julgadores ao reduzir o casuísmo e a arbitrariedade<sup>498</sup>. A jurisprudência da crise, contudo, por ser jurisprudência e por haver crise, não prescinde de certa dose de subjetivismo. Gustavo Binenbojm bem resume a questão:

Em todo o caso, todavia, o *desvalor* econômico da medida precisa ser apropriado e igualmente valorado pela ordem político-jurídica, de modo a invalidar aquela decisão. Isso demonstra que o raciocínio pragmatista no âmbito do direito pode valer-se do instrumental da análise econômica como seu aliado na evidenciação de resultados futuros indesejáveis, mas seu reconhecimento e sancionamento como algo antissocial ou antijurídico depende de um juízo externo à própria ciência econômica<sup>499</sup>.

Percebe-se, assim, que a proposta ora apresentada não é matemática, nem objetiva, muito menos simples. A situação é complexa e, como tal, deve valorizar todos os elementos envolvidos, conforme listados no próximo item. Isso não significa, a toda a evidência, que se exija um juízo preciso ou definitivo de cada elemento. Isso não seria nem possível, nem desejável, por impor um custo de decisão com o qual a Corte Constitucional dificilmente poderia arcar<sup>500</sup>.

---

<sup>498</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner **Revista do Instituto do Direito Brasileiro** - RIDB, Ano 1 (2012), nº 1, p. 436: “A utilização da premissa de racionalidade não significa que necessariamente haja um cálculo consciente de custos de benefícios; o ponto é simplesmente o de que a premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é geralmente previsível”.

<sup>499</sup> BINENBOJM. Op. Cit., p. 59-60.

<sup>500</sup> Robert Cooter destaca, ainda, o custo de oportunidade da alocação de tempo da Corte para uma análise mais “artesanal”: “As the opportunity cost of the court’s time increases, the court will tend to favor general rules over case-by-case decisions”. (COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 261). A observação é interessante, mas não parece se aplicar ao ordenamento brasileiro, a exemplo do que se verificou no julgamento da AP nº 470 (Mensalão).

### 3.4. Parâmetros: a gravidade da crise, o impacto econômico e os bens jurídicos

A essa altura já se percebe que os reflexos econômicos são apenas um dos elementos da equação proposta aos juízes constitucionais, a quem cabe antever os resultados possíveis da cada alternativa (consequencialismo), a fim de contrapor os prós e contras (análise de custo-benefício) sob um critério ora patrimonial ora extrapatrimonial (razoabilidade).

Volta-se, então, à pergunta-chave deste capítulo: qual deve ser o peso atribuído aos reflexos econômicos das decisões das cortes constitucionais em contexto de crise? Para uma questão tão complexa, a resposta não poderia ser outra: depende. Os reflexos econômicos da decisão terão importância decisiva ou residual a depender dos demais fatores a serem considerados, bem como de sua própria mensuração. Como visto, a complexidade dos parâmetros, muitas vezes tidos por incomparáveis e imensuráveis, demonstra a dificuldade da atividade jurisdicional nesses casos.

Tratando-se da jurisprudência da crise, o argumento econômico ganha especial relevo. Seja positivo, seja negativo, o impacto financeiro da decisão oscila ao sabor da gravidade da crise. Em linhas gerais, a gravidade da crise potencializa os impactos financeiros da decisão, ao passo que a essencialidade do bem em jogo mitiga a relevância desse fator. Os demais elementos, monetizados ou não, continuam influenciando tal qual.

A analogia envolve uma equação bastante simples, em que o juízo consequencialista de cada alternativa ( $A_i$ ) considera o impacto econômico da decisão ( $C_s$ ), a intensidade da crise (*crise*) e a essencialidade do bem tutelado ( $C_b$ ) e todos os demais fatores positivos e negativos ( $C_n$ ). Quanto maior a crise, maior o impacto econômico da alternativa, mantidos constantes os demais fatores de influência. No entanto, a alternativa ainda poderia se mostrar vantajosa se capaz de satisfazer um interesse jurídico de redobrada envergadura.

A equação judicial considera diversos fatores, dos quais se destacam três. Como se verá detalhadamente adiante, são esses a gravidade da crise, o impacto econômico da decisão e a essencialidade do bem jurídico em jogo.

É preciso justificar a classificação. Por que três? Sem fetiche numérico, poderiam ser quatro ou cinco houvesse encontrado outros fatores de mesma envergadura. Não tendo ocorrido, são apenas três. Por que *esses* três? É o que se pretende explicar adiante. Por que não outros? As influências externas, mencionadas no primeiro capítulo, assim como as convicções

personais do magistrado e as estratégias de decisão, não foram esquecidas. Esses são modelos de comportamento judicial, que, como vimos, orientam o agir individual e institucional do magistrado, tal qual o argumento econômico.

Explica-se. O fator econômico é mais um dentre os tantos que compõem a decisão judicial e, como visto, terá peso maior ou menor de acordo com os critérios apontados. Em decorrência, os demais fatores de influência ( $C_n$ ), naquilo que forem incompatíveis, terão espaço maior ou menor a depender da relevância que seja atribuída ao argumento econômico.

Não é necessário que esses outros fatores interajam com os impactos econômicos da decisão, embora seja possível. Foi o que parece ter ocorrido com a pressão internacional que o Estado Português sofreu a partir da assinatura do Memorando de Entendimentos. Na ocasião, o Tribunal Constitucional Português expressamente aludiu ao documento como argumento de reforço para cancelar as medidas de austeridade.

Além da pressão de organismos internacionais, também se inserem na vala comum ( $C_n$ ) as preferências pessoais de cada juiz constitucional, valorizadas no modelo atitudinal. No caso, a probabilidade de desequilibrar a equação, alterando o peso do argumento econômico é maior. Assim, se um ministro é declaradamente contrário a análises consequencialistas e abraça fervorosamente a crítica moral, o argumento econômico terá um peso diminuto em suas decisões, mas provavelmente sairá vencido, se a resultante dos três parâmetros indicar outro sentido.

Há, ainda, um apontamento relevante. Os três parâmetros não são excludentes e todos atuam sob uma lógica gradual. Assim, qualquer que seja a questão em discussão, a Corte Constitucional irá considerar o nível de intensidade da crise econômica, a maior ou menor dimensão dos efeitos econômicos da decisão e a proximidade com o núcleo essencial da dignidade humana. Por essa razão, cada fator deve se submeter a diversas considerações, sabidamente instáveis, como as consequências episódicas e sistêmicas, as de longo e curto prazo, a probabilidade e a irreversibilidade.

Em resposta à questão “por que *esses* três?”, é preciso admitir que a escolha dos parâmetros não é tão aleatória assim. Em 2007, às vésperas de estourar a grave crise financeira mundial, a Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU elaborou o relatório de Avaliação da Obrigação de “Máxima Disponibilidade de Recursos”, a fim de esclarecer aos Estados signatários o alcance da expressão “adotar medidas (...) até o máximo dos recursos que

disponha”, inserta no parágrafo 1º do artigo 2º do Pacto Internacional de DESC<sup>501</sup>. O relatório pretendia estimular a progressividade da proteção aos DESC, expressamente imposta no tal artigo, mas, em tempos de crise, empresta seus termos para assegurar *alguma* proteção.

Há referência expressa a “tempos de severas restrições de recursos”, quando a Comissão estabelece que “os Estados devem proteger os membros mais desfavorecidos e marginalizados ou grupos da sociedade, por meio da adoção de programas relativamente de baixo custo direcionados”<sup>502</sup>. Estabelece também que, sempre que os recursos disponíveis sejam manifestamente insuficientes, a obrigação mantém-se “para assegurar o *mais amplo gozo possível* dos direitos econômicos, sociais e culturais sob as circunstâncias prevalecentes”.

O que torna a cartilha da ONU mais pertinente, por sua vez, é o rol de critérios objetivos que estabelece em seu artigo 10 para avaliar a utilização do argumento “escassez de recursos” por países que tenham adotado medidas regressivas. A metodologia proposta sugere que sejam observados os seguintes critérios:

- (A) o nível de desenvolvimento do país;
- (B) a gravidade da alegada violação, em especial, se a situação em causa compromete a apreciação do mínimo existencial do direito pactuado;
- (C) a atual situação econômica do país, em especial, se o país está passando por um período de recessão econômica;
- (D) a existência de outras reivindicações graves sobre os recursos limitados do Estado; por exemplo, resultante de um desastre natural recente ou de recente conflito armado interno ou internacional;
- (E) se o Estado procurou identificar as opções de baixo custo; e
- (F) se o Estado procurou cooperação e assistência ou, sem razão suficiente, rejeitou ofertas de recursos da comunidade internacional para os efeitos da aplicação das disposições do Pacto.<sup>503</sup>

Ao aludir à “atual situação econômica do país, em especial, se o país está passando por um período de recessão econômica”, no item (C), o relatório contempla o parâmetro de *gravidade da crise*. Da mesma forma, “a existência de outras reivindicações graves sobre os recursos limitados do Estado; por exemplo, resultante de um desastre natural recente ou de recente conflito armado interno ou internacional” demonstra o custo de oportunidade que decorre do período de escassez de recursos. Estivesse o país em cenário de opulência, esses dois pontos não seriam suscitados, já que o peso seria nulo.

---

<sup>501</sup> ONU. Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **An Evaluation of the Obligation to take steps to the “Maximum of Available Resources” under an optional protocol to the covenant**. Thirty-eighth session, 30 April – 18 May 2007.

<sup>502</sup> Idem.

<sup>503</sup> Idem.

Por sua vez, a consequência não monetizável sobre o bem jurídico tutelado foi contemplada no critério (B), por meio do qual o ente público deve se desincumbir do ônus referente à “gravidade da alegada violação, em especial, se a situação em causa compromete a apreciação do mínimo existencial do direito pactuado”. Já o impacto econômico da decisão decorre do item (F), em que se requer verificar “se o Estado procurou cooperação e assistência”.

Uma observação pertinente se refere ao item (E). É sabido que os Estados devem dedicar o máximo de recursos disponíveis para garantir a realização progressiva de todos os direitos econômicos, sociais e culturais dos cidadãos, da forma mais eficaz possível. Isto deve ocorrer mesmo em tempos de recursos escassos, causados por um processo de ajuste, recessão econômica, ou por outros fatores. Magdalena Carmona oferece como exemplos, o aumento dos impostos sobre os ricos, o investimento em serviços públicos ou com cortes no orçamento de defesa<sup>504</sup>.

Esta obrigação impõe limitações à liberdade de um Estado para alocar os recursos disponíveis, definidos não só como recursos do próprio país, mas também aqueles disponíveis através de 'Estados de assistência e cooperação' internacionais. Esse princípio também depende de como o Estado gera e mobiliza recursos para financiar o cumprimento dessas obrigações: Por exemplo, se um Estado gera pouca receita e aloca uma alta proporção do seu orçamento para a defesa, a sua capacidade de fornecer níveis suficientes de serviços públicos estará comprometida.

Esse é um dos requisitos mais polêmicos e ideologicamente capturável. Segundo Magdalena Carmona, esse passo implica priorizar reforma tributária que reduza benefícios fiscais do capital estrangeiro e incide prioritariamente sobre os mais ricos e impedir que o orçamento seja direcionado ao resgate de instituições financeiras<sup>505</sup>. É controversa a eficácia desses mecanismos como estratégia de combate à crise econômica, que também precisa de estímulos para que os agentes econômicos se recuperem e investimentos retornem a seus patamares normais.

Há, no entanto, outras medidas sugeridas que se aplicam sem maiores polêmicas. São essas as reformas tributárias que priorizem tributos diretos e progressivos, o combate à evasão fiscal e ao desvio ilícito de recursos públicos, bem como ajustes fiscais que diminuam os custos

---

<sup>504</sup> CARMONA. Op. Cit.

<sup>505</sup> A autora aponta que, de 2008 a 2011, os países europeus comprometeram 4,5 trilhões de euros (equivalente a 37 por cento da produção econômica da UE) para resgatar suas instituições financeiras e que países em desenvolvimento acumularam perdas de receitas por benefícios ao capital estrangeiro na ordem dos US\$ 138 bilhões por ano.

da máquina pública. Foi estimado que a evasão fiscal resultou em perdas de receita anual de US\$ 285 bilhões para os países desenvolvidos<sup>506</sup>. Nessa linha, há inúmeras e recentes iniciativas no ordenamento brasileiro, a exemplo da repatriação de recursos e operações policiais de combate à corrupção.

Em que pese não tenham força normativa, a orientação da ONU influencia diretamente a formação da convicção do magistrado na jurisprudência da crise, sobretudo por propor uma sistematização em terreno marcado por casuísmos<sup>507</sup>.<sup>508</sup> É o que se verifica no caso *Quisberth Castro*<sup>509</sup>, em que a Suprema Corte da Argentina expressamente fundamentou sua decisão sobre o direito à moradia nas balizas estabelecidas pela Comissão da ONU.

No caso, uma família sem-teto, em que o filho menor de idade possuía deficiências, demandou a Cidade de Buenos Aires diante da situação emergencial que enfrentava. Havia opções disponíveis, como abrigos noturnos e programas limitados de subsídio, mas que não eram adequados à sua situação específica. A Corte Superior da Cidade de Buenos Aires rejeitou o pedido sob o argumento de que o Estado seria obrigado a prover apenas um conteúdo mínimo do direito à moradia. A Suprema Corte, então, reformou a decisão de forma enfática. Dentre outros argumentos, baseou-se nas balizas estabelecidas pela Comissão, que, segundo o acordo, inadmitiriam a recusa estatal com base na reserva do possível<sup>510</sup>.

Um outro respaldo teórico para se elencar como parâmetros a gravidade da crise, o impacto econômico e a essencialidade da prestação, consiste na *juridicidade da excepcionalidade*, analisada no capítulo anterior. Já se assentou que a jurisprudência da crise

<sup>506</sup> CARMONA. Alternatives to austerity...

<sup>507</sup> CARMONA, Magdalena Sepúlveda. Colombia: The Constitutional Court's Role in Addressing Social Injustice. In: LANGFORD, Malcolm (Ed.). **Social Rights Jurisprudence Emerging Trends in International and Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

<sup>508</sup> Assim como a ONU, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) propôs um conjunto de medidas políticas que os países podem adotar para fortalecer seus esforços em curso para enfrentar a crise. É o Pacto Mundial para o Emprego, que foi aprovada na Conferência Internacional do Trabalho em 2009 e conta com a parceria de organizações de empregadores. Em essência, o Pacto consiste em um portfólio integrado de políticas que centralizam a proteção social ao emprego como resposta à crise, traduzindo-se em medidas adaptadas às situações nacionais e locais. Foram feitas orientações específicas para cada país. BUREAU FOR EMPLOYERS' ACTIVITIES. Employers' organisations responding to the impact of the crisis. **International Labour Office**, Bureau for Employers' Activities, Geneva: ILO, 2010. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/english/dialogue/actemp/downloads/publications/working\\_paper\\_n2.pdf](http://www.ilo.org/public/english/dialogue/actemp/downloads/publications/working_paper_n2.pdf)>. Acesso em: 11 set 2015.

<sup>509</sup> CSJN, Quisberth Catro, S.Y. C/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (24/04/2012)

<sup>510</sup> MAURINO. Op Cit., p. 319.

não se confunde com o estado de exceção, aproximando-se com ressalvas de um regime especial. Ainda assim, os institutos da teoria das excepcionalidades podem trazer interessantes contribuições, como essa que se desenvolve a seguir.

Na consolidação de José Manuel Sérvulo Correia, os princípios estruturantes desse regime, que também é conhecido por “juridicidade *contra legem*”<sup>511</sup>, consistem na transitoriedade da situação, boa-fé, proporcionalidade na atuação, sujeição a mecanismos de *accountability* e respeito pelos direitos fundamentais<sup>512</sup>. Desenvolvidos à luz da jurisprudência da crise, três aspectos merecem destaque.

De início, deve-se ter em vista que não é qualquer tipo de perigo que autoriza a deflagração de providências desviantes da legalidade ordinária, mas tão-somente uma crise econômica excepcionalmente grave, que ameace bens, direitos ou interesses essenciais, e cuja preservação não se revele possível senão pela adoção de condutas diferentes das impostas ou permitidas pelas normas de direito a princípio aplicáveis<sup>513</sup>. Por essa razão, a excepcionalização é sempre transitória, limitada à vigência das circunstâncias anormais. O abrandamento da crise exigirá providências legislativas ou constitucionais de adaptação, talvez até com algum regime de transição<sup>514</sup>.

Além disso, a ausência de diretivas normativas quanto aos poderes de necessidade deve ser compensada pela força conformadora do dever de proporcionalidade, que considere tanto os pressupostos de essencialidade constitucional do bem, direito ou interesse a ser preservado na situação de perigo como o respeito pelos direitos fundamentais. Referindo-se à essencialidade, José Manuel afirma que, “pressupõe ainda uma ponderação, feita à luz das circunstâncias concretas, entre os efeitos negativos da frustração do interesse em causa graças ao apego à legalidade primária e os inconvenientes resultantes da postergação desta última”<sup>515</sup>, embora ressalve que não se deve perder o referencial dogmático na providência constitucionalmente tutelada.

---

<sup>511</sup> BINENBOJM. Op. Cit., 149.

<sup>512</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. Prefácio ao livro de MIRANDA, Juliana Gomes. **Teoria da excepcionalidade administrativa**: a juridicização do estado de necessidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 15.

<sup>513</sup> BINENBOJM. Op. Cit., 149.

<sup>514</sup> BINENBOJM. Op. Cit., 149.

<sup>515</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. Prefácio ao livro de MIRANDA, Juliana Gomes. **Teoria da excepcionalidade administrativa**: a juridicização do estado de necessidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 14.

Por fim, como os terceiros afetados não poderão valer-se da tutela jurisdicional contra eventuais ofensas a suas posições subjetivas, dada a definitividade das decisões dos tribunais constitucionais, é necessário que a conduta da corte esteja sujeita a mecanismos institucionais de *accountability*, prévios ou sucessivos. Sempre que possível, o controle prévio deve ser feito por meio de audiências públicas e pareceres técnicos, que comprovem a gravidade da crise e os impactos econômicos da decisão. Por não haver instâncias superiores, o controle posterior é social e para que a sociedade civil e as instituições o realizem as decisões devem estar bem fundamentadas, com referências, por exemplo, ao bem jurídico tutelado, aos custos e benefícios envolvidos e à excepcionalidade do contexto de crise.

Tece-se a seguir algumas considerações específicas sobre cada um dos três elementos.

### *A Gravidade da crise*

A gravidade da crise corresponde ao fiel da balança da jurisdição constitucional em tempos de crise. Ao aumentar os custos envolvidos – de oportunidade, decisão, erro, transação e sociais –, a crise assume a especial relevância de potencializar o impacto econômico da decisão.

Há quem afaste esse elemento sob a afirmação genérica de que sempre estivemos em crise<sup>516</sup>. Ainda que tenham sido frequentes os períodos de crise econômica ou política nas jovens democracias capitalistas nas últimas décadas, neutralizá-los por equiparação não parece ser a alternativa mais honesta. Há muitas crises, mas nem todas têm a mesma intensidade ou incidem sempre da mesma forma. Por essa razão, o fator analisado não corresponde à existência da crise, mas à sua *gravidade*, verificada em gradações.

Assim, a crise deverá ser considerada na medida de sua intensidade. Quanto mais grave a crise, maior o impacto econômico e, ressalvada a influência decisiva de outro fator, maiores os sacrifícios considerados legítimos. A contrário senso, quanto mais branda a crise, mais a jurisdição constitucional se aproxima de suas ponderações ordinárias. Como todos esperam – no sentido da esperança, ao menos –, as crises econômicas devem ser controladas em algum momento. Razoável supor que seu impacto tenderá a ser zero.

O maior desafio será aferir a intensidade da crise, para que não se traduza em mero artifício de defesa. Como aferir? Em muitos países, a alternativa mais clara seria verificar se foi

---

<sup>516</sup> Assim pontuou o Min Marco Aurelio em *obiter dictum* do RE 565.089, referente à indenização de servidores públicos por falta de revisão geral remuneratória.

suscitada ajuda financeira de organismos internacionais. É como aponta o item (F) do relatório da Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU mencionado linhas atrás. Em outros, poderia se avaliar se foi decretado, formal ou informalmente, estado de exceção.

Por óbvio, a falta de um atestado tão nítido não significa que não haja crise ou que seja de menor intensidade, sendo certo que a declaração depende também de fatores políticos. No entanto, o ônus será maior nesses casos, em que será preciso demonstrar o preenchimento dos requisitos de calamidade financeira a que se sujeita o ente público, no caso, o Estado. No Brasil, o normativo que estabelece parâmetros de mensuração e metas para a saúde das finanças públicas é a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Ao se considerar a intensidade da crise como um elemento da equação, pode haver casos em que uma mesma hipótese seja analisada de forma diferente no tempo, suscitando decisões aparentemente conflitantes. Basta que, para tanto, tenha havido um arrefecimento da crise. A partir dessa constatação, é possível haver decisões de efeitos temporários ou mesmo afastamento circunstancial de um determinado precedente judicial. A ressalva é importante.

A temporariedade das decisões tomadas na jurisprudência da crise por vezes é declarada. Como já apontado, tanto a Corte da Lituânia, como o Tribunal Constitucional Português possuem diversos precedentes em que avaliam medidas de austeridade expressas em leis orçamentárias anuais ou plurianuais. A temporariedade das restrições é destacada como fundamento para legitimação de tais medidas.

Ademais, com a mudança no contexto fático, *ceteris paribus*, o precedente criado em regime de exceção poderá ser afastado até que, cedida integralmente a tempestade, o fator econômico perca hegemonia. No limite, findará a própria jurisprudência da crise. Essa consequência se coaduna também com o papel atribuído ao precedente na adjudicação pragmática. Nas palavras de Posner, “a importância analógica do precedente significa simplesmente que o precedente contém informações relevantes para a decisão do caso em pauta”<sup>517</sup>.

A revisão de jurisprudência em razão do nível crítico é, então, um mecanismo de destaque do contextualismo na jurisprudência da crise. É o que parece ter ocorrido nos precedentes de corte de salários de servidores grevistas e de incidência de ICMS no serviço de assinatura básica, ambos já analisados. Embora não tenha sido admitida a mudança jurisprudencial, muito menos a flexibilização em razão da crise financeira, como se

---

<sup>517</sup> POSNER, Richard. Problemas de Filosofia do Direito..., p. 609.

desenvolveu acima, parece ter sido esse o fundamento criptopragmático. Por tal razão, não causaria qualquer espanto se, contornada a agudeza da crítica, os temas fossem novamente revisitados, retomando-se a jurisprudência anterior.

Foi o que ocorreu no Acórdão 574/2014, julgado pelo Tribunal Constitucional Português, em que se apreciaram medidas de austeridade já canceladas em precedentes anteriores<sup>518</sup>. O Tribunal identificou uma expectativa de melhoria das remunerações, legitimada pelo Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF) e pelo progresso da situação económico-financeira, e consignou a necessidade de analisar o carácter transitório da imposição do sacrifício. Por fim, no entanto, afastou a violação ao princípio da confiança legítima com base nos tratados internacionais de estabilidade monetária, reiterando as razões expostas em precedente de 2014. Sobre o peso da intensidade da crise e o processo de retorno à normalidade, a corte aduziu que:

O ano de 2015, comporta - já o dissemos - valorações de sinal contrário. Se, por um lado, culmina uma trajetória de regresso à normalidade ou, pelo menos, de regresso a um patamar liberto do mesmo nível de constrangimentos das escolhas orçamentais que marcaram os anos de 2011 a 2014, não é menos certo que a pendência de um procedimento por défice excessivo, que se segue a um período de assistência económica e financeira, ainda configura quadro especialmente exigente, de excecionalidade, capaz de subtrair a imposição de reduções remuneratórias nesse ano à censura do princípio da igualdade. Releva, nesse juízo, os termos mais mitigados do sacrifício imposto, por efeito da estatuição de reduções remuneratórias inferiores em 20% às que são previstas para o ano de 2014.

O Tribunal Constitucional Português alterou de tal forma sua jurisprudência da crise no tempo que há quem identifique duas fases, distintas em razão da *tolerância constitucional* manifestada perante a crise<sup>519</sup>. Numa primeira fase da jurisprudência, o tribunal seria mais sensível ao argumento da crise, destacando a “conjuntura de absoluta excecionalidade”<sup>520</sup>. A partir dos Acórdãos 353/2012 e 187/2013, referentes respectivamente à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de natal na Lei Orçamentária de 2012 e suspensão no

---

<sup>518</sup> O Presidente da República requereu a análise da constitucionalidade de normas do Decreto n.º 264/XII da Assembleia da República (art. 2.º, n. 1-15 e art. 4.º, n. 1-3), recebido em julho de 2014 na Presidência da República para ser promulgado como lei. O Decreto, visando cumprir obrigações internacionalmente adotadas pelo Estado, previa mecanismos de reduções remuneratórias temporárias e as condições da reversão em até 4 anos.

<sup>519</sup> MEDEIROS, Rui. A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a crise..., p. 367.

<sup>520</sup> AC 396/2011.

pagamento de um subsídio de férias na Lei Orçamentária de 2013, a Corte teria firmado novo entendimento, mais “*insensível à crise*”<sup>521</sup>.

### *O Impacto Econômico*

A crise potencializa a importância do segundo elemento, o impacto econômico da decisão, que, no entanto, já teria seu espaço assegurado em alguma medida em toda a análise de custo-benefício. As consequências econômicas ou a repercussão econômica da decisão configuram o segundo elemento cujos complexos aspectos serão destacados a seguir.

A razão de se considerar o impacto econômico de cada alternativa nesses cenários pode ser bem compreendida a partir dos custos de oportunidade<sup>522</sup>. Quanto maior o dispêndio, mais comprometidos ficam outros gastos, na metáfora vulgar do “cobertor curto”.

Subdivido o fator econômico em três dimensões, tem-se o aspecto subjetivo, o quantitativo e o temporal. Sob viés subjetivo, inclui-se na análise das consequências econômicas a verificação de quantos se beneficiam e sobre quem arca com os custos da decisão. Para responder a tais perguntas, deve-se pressupor a universalização da decisão. Assim, ainda que o caso trate do benefício assistencial de uma pessoa ou da legitimidade da taxa de um município ou da revisão anual dos servidores associados de determinado quadro, os efeitos sistêmicos da jurisprudência da crise, acima tratados, impõem que seja considerada a possível utilização desse precedente como *leading case* ou mesmo a fixação, ainda que não se trate de repercussão geral.

Assim, no campo daqueles que se beneficiam podem figurar servidores públicos, contribuintes, doentes, poupadores, anistiados políticos, aposentados, dentre outros. Já no que se refere ao campo passivo, daqueles que devem arcar com os custos da decisão, incluem-se o

---

<sup>521</sup> O autor, no entanto, conclui que a virada jurisprudencial se assenta antes em um fenômeno estrutural de erosão do constitucionalismo estadual português e na percepção de que a crise persistia, a despeito das flexibilizações constitucionais. Sem adentrar nas nuances do constitucionalismo lusitano, parece que a tese, embora provável, não explica as oscilações da jurisprudência da crise, senão pela subordinação aos organismos internacionais.

<sup>522</sup> Por custo de oportunidade se compreende “tudo aquilo que se abre mão a fim de obter algum bem” (MANKIWI, N. Gregory. **Principles of Macroeconomy**. 5. ed. Mason (Ohio): Cengage Learning, 2009, p. 5 *apud* ARAUJO, Thiago Cardoso. **Uma proposta modesta: uma visão da análise econômica do direito à luz da teoria dos sistemas e possibilidades da sua aplicação**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2015, p. 251). Araújo diferencia custo de oportunidade de “custo irrecuperável” (*sunk cost*).

poder público em geral, cada ente federativo (sobretudo em caso de conflito federativo), os empresários, as instituições financeiras etc.

A relevância do aspecto subjetivo se verifica tanto na mensuração dos benefícios totais gerados, quanto dos custos globais da decisão. No primeiro caso, se a medida beneficia um grupo muito restrito de pessoas, como no caso de medicamento de alto custo fora da lista do SUS, seus custos tendem a ser maiores. No segundo, a exemplo de demandas remuneratórias de servidores públicos a quantidade de beneficiados tende a representar custos globais mais elevados, ensejando a importância de se avaliar a higidez econômica daquele que suportará os custos da decisão. Percebe-se, então, que o aspecto subjetivo não atua sozinho, devendo ser complementado com os demais.

Pela extensão quantitativa das consequências econômicas, deve-se considerar o valor em abstrato de determinada pretensão. Seguindo o exemplo acima, no caso do tratamento médico de alto custo, a dimensão quantitativa do impacto aumenta o ônus do elemento extrapatrimonial, conforme a análise de equilíbrio já referida. Relacionado ao elemento subjetivo, o maior número de beneficiados multiplica o aspecto quantitativo da alternativa. A universalização, ainda que hipotética, aumenta os custos e acaba por desestimular a extensão do direito.

Isso não ocorre em qualquer caso. No caso dos medicamentos de alto custo, não há *ganhos de escala*, de modo que a quantidade de potenciais beneficiados deve ser considerada no cômputo dos custos. Compare-se, por exemplo, o custo da reforma dos banheiros no caso dos deficientes físicos. Independentemente de crise, o exemplo mostra que há ganhos de escala, vez que uma considerável quantidade de pessoas que se beneficiará a partir de um mesmo custo inicial.

Cabe, então, reforçar uma observação óbvia: a quantidade de envolvidos na atividade pode tanto multiplicar os custos, a desestimular a medida, quanto, mantidos os custos, representar maiores benefícios, compensando os custos. No exemplo dos deficientes, analisado no item anterior, seria possível defender que a grande quantidade de beneficiados seria puramente favorável à regra. Embora o argumento contrário cause grande desconforto, não é qualquer consequência de afetação a bens jurídicos de envergadura constitucional ou mesmo a direitos fundamentais que será suficiente para justificar a escolha de determinada alternativa.

Já a dimensão temporal da consequência econômica exige a verificação do período em que se deve suportar os custos da decisão. Assim, deve-se considerar que as consequências serão limitadas no tempo quando se analisa decisões declaradamente provisórias ou medidas

de austeridade impostas por leis orçamentárias ou provisórias, tal como ocorre nos tribunais lusitano e lituano<sup>523</sup>. Não sendo o caso, a análise depende da natureza da prestação. Em outros termos, deve-se verificar se a prestação é continuada ou episódica. Quando se tratar de direitos previdenciários ou remuneratórios, como proventos de servidor, será continuada. Quando se tratar de multa moratória de repatriação será episódica, dado que se restringe a um determinado programa de governo.

Caso fosse possível analisar o impacto econômico isoladamente – hipótese notoriamente fictícia –, em um contexto de crise, as alternativas que cominassem altos custos a muitas pessoas seriam provavelmente desestimuláveis. No extremo oposto, alternativas que atribuíssem benefícios pouco custosos a poucas pessoas seriam aceitáveis. Entre os opostos, tem-se as decisões que concedem poucas fortunas e as que distribuem muitas migalhas. Nesses casos, mais do que em outros, o elemento extrapatrimonial ganha especial relevo.

Note-se que a simplificação difere da regra regulatória dos EUA. Conforme analisado por Sunstein, os benefícios líquidos sugerem que se persiga os maiores benefícios, ainda que a relação “custo-benefício” (em sentido vulgar) comparadas às demais alternativas indique uma razão inferior. Assim, muitas fortunas seriam estimuláveis e poucas migalhas, não. Ocorre que, como visto, o fator crise acirra o impacto econômico, aumentando o custo de cada alternativa.

Deve-se considerar o aspecto bivalente de cada alternativa, dado que a crise se faz notar sobre todos os agentes envolvidos. Por essa razão, direitos trabalhistas representam altos benefícios para os trabalhadores, mas altos custos para o pequeno empresário, que sob risco de falência, pode aumentar a taxa de desemprego. Da mesma forma, a flexibilização dos direitos trabalhistas representa grande benefício para o empresariado, mas pode comprometer a sobrevivência de família, levado ao extremo. O mesmo ocorre em relação à crise federativa. É sabido que os estados-membros se encontram em calamidade financeira, mas a União, que possui despesas muito mais vultosas, também está deficitária, assim como os contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas, equilibram-se na corda bamba.

---

<sup>523</sup> Note-se que no Caso 396/2011, já mencionado, o Tribunal Constitucional Português expressamente enfrentou como questão preliminar a temporariedade da previsão, considerando que a natureza orçamentaria da norma já pressupunha sua provisoriedade. Em seus termos: “E a verdade é que o artigo 19.º prescreve que o regime de redução se aplica a partir de 1 de Janeiro de 2011 (“A 1 de Janeiro de 2011 são reduzidas as remunerações...”), mas não determina a data da cessação da sua vigência. (...) Não se pode, contudo, inferir daí o carácter definitivo da vigência de tais normas. É necessário ter aqui em conta a natureza que revestem e os preceitos constitucionais relativos à vigência das leis do Orçamento. (...)”

Consequentemente, por força de regra constitucional (artigo 106.º, n.º 1, da Constituição), elas não podem gozar de vigência que não seja a anual. Nem é necessário determinar expressamente o termo final da sua vigência, pois este está definido constitucional e legislativamente”.

A conclusão não é que se deve rechaçar como regra as alternativas de alto custo ou chancelar medidas de austeridade, mas de que, sobretudo quando a crise se mostrar mais forte, o impacto econômico das decisões possui peso redobrado. Para que a alternativa se justifique dentre as demais é preciso que a consequência extrapatrimonial, representada pela relevância na preservação da dignidade humana, supere esse custo. Novamente, nos termos da *break-even analyses*, “o quão alto os benefícios não quantificados, ou não monetizados, teriam de ser, de forma que esses benefícios justificassem os custos?”. A resposta decorre do terceiro elemento, que ora se passa a analisar.

### *A essencialidade do bem e a Dignidade*

O pragmatismo não tem alma<sup>524</sup>. Visto até então como se opera a adjudicação pragmática na jurisprudência da crise, é preciso fincar suas raízes em conceito de justiça e nos fundamentos da ordem jurídica e da comunidade política. Isso não significa sucumbir a existência de uma fundação apriorística e incontornável, mas se remeter o olhar aos princípios legitimadores, em especial à dignidade humana. A premissa consiste em reconhecer que o Estado e a ordem jurídica “existem em razão da pessoa humana e não o contrário”<sup>525</sup>.

Como fundamento da ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana desempenha também um papel hermenêutico relevante, ao guiar os processos de interpretação, aplicação e integração do Direito, em especial dos direitos fundamentais<sup>526</sup>. O papel primordial dos direitos fundamentais também na jurisprudência da crise sob a perspectiva proposta reflete a verificação dos dois giros responsáveis pela grande transformação recente nas relações Estado-cidadão, reconhecida e analisada por Binjenbojm. Conforme aponta o autor, o giro democrático-constitucional, de um lado, estimula posturas responsivas e transparentes do poder público e, de outro, propulsiona o respeito, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos<sup>527</sup>.

---

<sup>524</sup> POSNER. *Law, Pragmatism and Democracy*..., p. 94.

<sup>525</sup> SARMENTO. *Dignidade da Pessoa Humana*..., p. 70-71.

<sup>526</sup> SARMENTO. *Dignidade da Pessoa Humana*..., p. 72.

<sup>527</sup> BINENBOJM. *Op. Cit.*, p. 38. O autor se refere especificamente à influência dos giros no direito administrativo.

Ainda no campo, a dignidade da pessoa humana atua também como um importante critério para a ponderação entre interesses constitucionais conflitantes, pois “enseja a atribuição de um peso superior *prima facie* aos bens jurídicos mais importantes para a proteção e promoção da dignidade, e de um peso menor aos interesses mais afastados do princípio”<sup>528</sup>. Esse papel assume especial relevância na jurisprudência da crise, em que com frequência as cortes são instadas a se manifestar sobre a constitucionalidade de medidas de austeridade que restringem direitos fundamentais.

Por serem dotados de uma “reserva geral imanente de ponderação”<sup>529</sup>, admite-se a ponderação de direitos fundamentais frente a outros bens igualmente dignos de proteção jurídica e que, no caso, apresentem maior peso. Como resume Jorge Reis Novais, “esse peso é de ordem material, independentemente da consagração constitucional formal de um determinado bem”. Por essa razão, conclui o autor, é possível que imposições financeiras derivadas da situação de crise tenham valor constitucional suficiente para funcionar como justificativa legítima para limitar direitos fundamentais<sup>530</sup>.

Admitida a ponderação, a dignidade surge como fiel da balança também da jurisprudência da crise, densificando o terceiro elemento em análise. Explica-se.

Embora se admita que a dignidade não é absoluta<sup>531</sup>, a técnica não se confunde com a solução conferida pela *Executive Order* nº 13.563, analisada acima, que insere na análise de custo e benefício os “valores que são difíceis ou impossíveis de quantificar, incluindo a equidade, dignidade humana, justiça e impactos distributivos”. No caso norte-americano, há a “atribuição de um peso – por vezes monetizado – à dignidade envolvida em cada caso, que é considerado em conjunto com os pesos de diversos outros elementos, para que se alcance a solução mais adequada, sob o prisma da relação entre o custo e o benefício”<sup>532</sup>.

A presente proposta, por sua vez, não analisa a dignidade propriamente, como um dos elementos a serem valorados consequencialmente, conforme uma análise de custo-benefício. A

---

<sup>528</sup> SARMENTO. **Dignidade da Pessoa Humana...**, p. 74.

<sup>529</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional**: resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014, p. 62.

<sup>530</sup> NOVAIS. *Op. Cit.*, p. 62.

<sup>531</sup> SARMENTO. **Dignidade da Pessoa Humana...**, p. 90. O autor destaca, ainda, que a diretriz foi empregada, por exemplo, em regulações referentes a políticas públicas voltadas a diminuir a violência sexual nas prisões, e a assegurar a acessibilidade das pessoas com deficiência nos banheiros públicos.

<sup>532</sup> SARMENTO. **Dignidade da Pessoa Humana...**, p. 90.

preeminência constitucional desse valor o eleva a critério de destaque para as demais consequências extraeconômicas em jogo. Assim, a dignidade da pessoa associa-se aos direitos e interesses não quantificáveis, a fim de lhes atribuir maior ou menor peso na análise de custo-benefício.

Como visto, os parâmetros não operam na lógica binária, mas gradual. Por tal razão, as consequências extraeconômicas não-quantificáveis mostram-se mais ou menos custosas na medida da promoção da dignidade da pessoa.

Um exemplo facilita a compreensão. Se a norma cuja constitucionalidade se questiona impõe restrições a direitos fundamentais, as consequências extraeconômicas das alternativas deve levar em conta o poder de influenciar a dignidade da pessoa. Quando em xeque o direito social à educação superior, embora essencial para o desenvolvimento individual e nacional, as consequências extraeconômicas decorrentes da chancela da medida de austeridade afetam em menor grau a dignidade dos eventuais beneficiados. No extremo oposto, verifica-se o caso das torturas e massacres ocorridos nas prisões do Amazonas, a chancela de eventual corte de gastos representa uma violação muito maior ao núcleo da dignidade da população carcerária, de modo a impor um custo maior à medida.

A avaliação é muito difícil e conta com maior dose de subjetivismo e sensibilidade, a prestigiar o critério de razoabilidade visto acima.

Um instituto jurídico que facilita a mensuração consiste no mínimo existencial, sendo apontado como um dos componentes fundamentais da dignidade humana<sup>533</sup>. Como apontado anteriormente, o criptopragmatismo com frequência altera sua extensão de forma a adaptá-los às restrições fáticas, de modo que se torna imperioso abandonar a afirmação banal de que “os Estados têm a obrigação fundamental de assegurar a satisfação de, pelo menos, níveis essenciais de todos os direitos econômicos, sociais e culturais”<sup>534</sup> ou, ao menos, complementar a máxima, à luz dos parâmetros contextuais trazidos aqui.

A tanto se dispõe Magdalena Carmona, embora redimensione o instituto ao que talvez corresponda ao mínimo do mínimo, ou melhor, ao mínimo diante da crise econômica enfrentada à época pela Argentina. A autora sustenta que um padrão de vida adequado inclui “subsistência básica, cuidados essenciais de saúde, habitação e educação para todos os membros da

---

<sup>533</sup> SARMENTO. **Dignidade da Pessoa Humana**..., p. 86.

<sup>534</sup> CARMONA. Alternatives to austerity...

sociedade” e, como serviços essenciais, exemplifica educação primária, cuidados básicos de saúde e programas de assistência social<sup>535</sup>.

Ora, é inegável que, mesmo em tempos de severas restrições econômicas quando os recursos disponíveis são manifestamente inadequados, os Estados continuam obrigados a demonstrar que realizaram esforços para que os recursos disponíveis sejam utilizados para satisfazer, como questão de prioridade, os direitos essenciais dos cidadãos<sup>536</sup>. Ainda, continuam obrigados a manter os programas ou políticas para a prestação de serviços essenciais. A grande dificuldade é estabelecer quais seriam esses direitos mínimos protegidos da redução das despesas estatais.

Em diversos róis, figura a moradia. No entanto, são raros os programas governamentais de habitação ainda em tempos de bonança, assim como as decisões judiciais que impõem esse tipo de prestação<sup>537</sup>. Da mesma forma, a alimentação é essencial, mas, via de regra, não é provida pelo Estado sequer de forma subsidiada. Pode-se alegar em sentido contrário que os benefícios de assistência social foram calculados para prover recursos suficientes para esse mínimo, contemplando, assim, gastos com moradia, alimentação e medicamentos básicos. A afirmação é provável, embora dificilmente falseável.

A essencialidade do bem jurídico ou o núcleo de proteção do direito fundamental não se confundem com a vulnerabilidade econômica do sujeito, independentemente da elasticidade do mínimo existencial. O direito posto assegura a proteção, ainda que não haja hipossuficiência, como reflexo das escolhas feitas pelo constituinte. Não há dúvidas de que água é um bem essencial, mas, no Brasil, sua distribuição não é gratuita para ninguém. A alimentação é essencial, mas sua distribuição só é gratuita para os hipossuficientes, assumida a ressalva feita acima ou os parques restaurantes populares na cidade. Medicamentos são essenciais e o direito à saúde foi assegurado gratuitamente a todos, hipossuficientes ou não. Nesse caso, os limites da jurisprudência da crise não serão impostos tanto pelo fator extraeconômico de repercussão social ou violação à dignidade humana, mas pela restrição democrática da previsão jurídica.

É evidente que o corte em qualquer bem essencial trará repercussão muito mais severa nos grupos vulneráveis, por hipossuficiência econômica ou extraeconômica, dado que não poderão buscar alternativas no setor privado. Foi o que se verificou na Grécia. Os acordos

---

<sup>535</sup> CARMONA. Alternatives to austerity...

<sup>536</sup> CARMONA. Alternatives to austerity...

<sup>537</sup> Por todos, *Grootboom* na Suprema Corte da África do Sul.

firmados com o FMI e com o Banco Europeu, em 2010, estabeleceram cortes de um terço no orçamento da saúde pública (de 9.7% do PIB para no máximo 6%). Vários hospitais públicos foram fechados e outros sucateados<sup>538</sup>, o que provoca um impacto desproporcional na população mais vulnerável, como gestantes, idosos e doentes crônicos. Estatísticas mostram que a contaminação por HIV entre usuários de drogas na Grécia aumentou mais de 20% em quase dois anos, sobretudo em razão de carências de metadona e de material descartável<sup>539</sup>.

Sob uma perspectiva dos direitos humanos, é preciso identificar os grupos vulneráveis e desfavorecidos e protegê-los como uma questão de prioridade. Os Estados têm a obrigação de tomar medidas especiais e positivas para combater as condições que contribuem para perpetrar a discriminação contra esses grupos, bem como promover medidas de inclusão social, como as ações afirmativas.

Com efeito, as políticas de austeridade devem evitar colocar uma carga maior sobre certos indivíduos ou grupos da sociedade, tais como as famílias monoparentais, crianças e jovens, pessoas com deficiência, minorias étnicas ou imigrantes. O Estado deve lutar ativamente contra qualquer impacto desproporcional que uma política de corte de gastos possa ter especificamente sobre esses grupos. Se esse efeito não é identificado e evitado, como consequência da crise, as medidas de austeridade acirrarão ainda mais a desigualdade e a exclusão social<sup>540</sup>, possivelmente comprometendo o núcleo da dignidade desses grupos já vulneráveis. Essa ordem de prioridades é uma obrigação para o Estado, diretamente aplicável aos poderes políticos, mas que não pode ser ignorada pelo Judiciário.

É preciso flexibilizar o rigor do argumento, sem afastá-lo. As Cortes Constitucionais não podem fechar os olhos para vícios de inconstitucionalidade pelo simples fato de o controle recair sobre uma política de ação afirmativa. Em outros termos, nem todo o programa social é constitucional, por mais inclusivo que seja. No entanto, caso haja dúvida razoável sobre a constitucionalidade do referido programa, deve ser considerada, dentre os demais fatores, a relevância da proteção do grupo vulnerável.

---

<sup>538</sup> EWL. 'The Price of Austerity', 10. *apud* CARMONA. Alternatives to austerity..., p. 35.

<sup>539</sup> European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC), 'Risk Assessment on HIV in Greece – Technical Report' (November 2012) *apud* CARMONA. Alternatives to austerity..., p. 35.

<sup>540</sup> CARMONA. Alternatives to austerity... A autora compara, ainda, soluções apresentadas por Islândia e Irlanda: os rendimentos reais disponíveis dos mais pobres na Islândia sofreram uma queda de 9 por cento, em comparação com 26 por cento na Irlanda; já os mais ricos experimentaram uma queda de 38 por cento na Islândia, em comparação com 8 por cento na Irlanda. Os dados são bastante expressivos, mas, como dito, deve ser vista com ressalvas qualquer comparação entre ordenamentos jurídicos, por suas especificidades.

Na prática, a questão é bem mais complexa, sobretudo quando os vulneráveis são grupos estigmatizados. Um exemplo ajuda a ilustrar o ponto. Até 2012, a Espanha garantia a igualdade de acesso ao sistema de saúde pública a todas as pessoas sujeitas à jurisdição interna espanhola, incluindo imigrantes com *status* irregular. Diante das intensas pressões sobre as finanças públicas decorrentes da crise econômica, o governo alterou sua política no início de 2012. O Decreto Real 16/2012, intitulado "Medidas Urgentes para Garantir a Sustentabilidade do Sistema Único de Saúde e Melhorar a Qualidade e Segurança dos Gastos", rescindiu o acesso previamente garantido de imigrantes irregulares aos cuidados de saúde, com exceção de tratamento de emergência em casos de acidentes ou doenças graves, gravidez ou se os pacientes são crianças. Aproximadamente 570.000 pessoas teriam sido afetadas diretamente, número que tende a crescer, pois, ao perder o emprego, os imigrantes regulares perdem o status de residência e se tornam irregulares<sup>541</sup>.

### *Impacto no Tempo*

Novamente, os agentes estatais devem examinar o impacto das medidas de austeridade não só a curto e médio prazo, mas também a longo prazo. A retirada ou redução de alguns serviços sociais podem ter um impacto devastador sobre a igualdade substantiva a longo prazo. Por exemplo, cortes no orçamento estatal para a educação podem ser uma grande ameaça para a igualdade de oportunidades das crianças em sua vida adulta, especialmente para aquelas que não têm acesso à educação privada.

A avaliação do impacto das medidas no tempo merece um cuidado adicional. No exemplo acima, o impacto na educação infantil representa um elevado custo que se protraí no tempo. Outras medidas poderiam implicar um benefício de longo prazo, como medidas afirmativas de inclusão social ou um benefício fiscal para desenvolvimento de uma região. Em ambos os casos, a análise de custo-benefício deve incluir um elemento econômico conhecido por *taxa de desconto*.

Evidentemente, benefícios e custos nem sempre ocorrem no mesmo período de tempo. Quando não o fazem, é incorreto simplesmente adicionar todos os benefícios líquidos esperados ou custos sem ter em conta quando devem realmente ocorrer. É o que aponta a Circular A-4 da

---

<sup>541</sup> LUSIANI, Nicholas J. Rationalising the right to health: is Spain's austere response to the economic crisis impermissible under international human rights law? In: NOLAN, Aoife (Ed.). **Economic and Social Rights After The Global Financial Crisis**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014, p. 216-217.

OMB, destacando que se os benefícios ou os custos forem atrasados ou separados de tempo entre si, a diferença de tempo deve ser refletida em sua análise, de modo que “benefícios ou custos que ocorrem mais cedo são geralmente mais valiosos”.

O normativo apresenta três principais justificativas para o que chama de *desconto de impactos futuros*. Aplicadas à jurisprudência da crise, as justificativas podem ser compreendidas, grosso modo, da seguinte forma:

- (A) custo de oportunidade: a demanda atual é mais cara do que a futura, porque pressupõe a desistência do retorno esperado sobre a alocação do recurso em situação potencialmente mais vantajosa ou urgente;
- (B) preferência de tempo positivo: dada a urgência e possível irreversibilidade dos efeitos da crise, as pessoas geralmente preferem prestações presentes às futuras, o que implica que benefícios adiados tenham maior custo;
- (C) princípio da utilidade marginal decrescente: se a economia se recuperar ao longo do tempo, como espera-se que ocorra em alguns anos, eventual intervenção será menos valiosa no futuro do que seria hoje.<sup>542</sup>

Exemplificando as hipóteses mencionadas acima, tem-se que o deferimento de uma demanda de anticoncepcionais subdérmicos para gestantes no contexto atual representa alto custo de oportunidade frente a outras demandas mais urgentes ou alternativas menos custosas. Por sua vez, o parcelamento de benefícios assistenciais ou proventos de aposentadoria, embora preferível à suspensão de pagamento, possui um alto custo em razão da preferência de tempo positiva, potencializada pela urgência e provável irreversibilidade. Por fim, a cronoterapia reduz os benefícios das decisões, tendo em vista o princípio da utilidade marginal decrescente.

Assim, o desconto de impactos futuros deve ser complementado também pela verificação dos efeitos temporários ou permanentes produzidos pelas decisões. É fato que a postergação no tempo aumenta os custos das medidas urgentes e reduz a utilidade dos

---

<sup>542</sup> Para uma análise mais fiel do argumento, confira a redação da Circular A-4 do OMB: “Benefícios ou custos que ocorrem mais cedo são geralmente mais valiosos. As razões principais para o desconto de impactos futuros são: (a) Os recursos que são investidos normalmente ganham um retorno positivo, então o consumo atual é mais caro do que o consumo futuro, já que você está desistindo do retorno esperado do investimento quando consome hoje. (b) Benefícios adiados também têm um custo porque as pessoas geralmente preferem o presente, e não consumo futuro. Eles são ditos ter preferência de tempo positivo. (c) Além disso, se o consumo continuar a aumentar ao longo do tempo, como tem acontecido na maior parte da história dos EUA, um aumento de consumo será menos valioso no futuro do que seria hoje, porque o princípio da utilidade marginal decrescente implica que quando o consumo total aumenta, o valor de uma unidade marginal de consumo tende a diminuir”. Lê-se no original: “Benefits or costs that occur sooner are generally more valuable. The main rationales for the discounting of future impacts are: (a) Resources that are invested will normally earn a positive return, so current consumption is more expensive than future consumption, since you are giving up that expected return on investment when you consume today. (b) Postponed benefits also have a cost because people generally prefer present to future consumption. They are said to have positive time preference. (c) Also, if consumption continues to increase over time, as it has for most of U.S. history, an increment of consumption will be less valuable in the future than it would be today, because the principle of diminishing marginal utility implies that as total consumption increases, the value of a marginal unit of consumption tends to decline”.

benefícios almejados. Todavia, se a medida possui efeitos permanentes, como um tratamento de doença crônica ou revisão geral da remuneração de servidores, o desconto tende a ser menos expressivo.

Ademais, a reversibilidade fática e jurídica da situação gerada pela (não)decisão devem ser consideradas<sup>543</sup>. No caso de tratamento médico, a utilidade marginal decrescente da pretensão deduzida cede espaço para a absoluta “inutilidade”, dado que há risco de vida. Por sua vez, o adiamento no pagamento de décimo terceiro pode ser revisto ou compensado futuramente, sendo então faticamente reversível. O instituto do direito adquirido também deve ser considerado, embora possivelmente sua aplicação seja mitigada em situações extremas de exceção constitucional. Assim, a concessão de vantagens trabalhistas ou repasses financeiros, ainda que sob justificativa negocial, deve ser considerada como custosa, por sua irreversibilidade jurídica.

Note-se que a dificuldade nesse critério decorre de se identificar os efeitos permanentes, ainda que a prestação seja episódica. No caso da liminar concedida para uma cirurgia urgente, a medida é irreversível, a decisão é pontual, mas os efeitos se protraem no tempo. Da mesma forma, cortes na educação básica podem ser revistos futuramente, mas os prejuízos decorrentes no desenvolvimento pessoal não podem ser compensados. Novamente, a razoabilidade se mostra uma ferramenta essencial na avaliação do juiz constitucional.

Delimitado esse âmbito extraordinário imune à intensidade da crise, importante observar, por fim, que todo o mais se insere no espaço comum de  $C_n$ , onde as consequências econômicas e extraeconômicas se compararam sem influência substancial da crise.

### 3.5. Conclusão Parcial

Assim, em todas as decisões ora analisadas deve-se considerar as consequências de índole econômica. A pergunta ainda ecoa no que se refere ao peso que se deve atribuir a essas consequências. A resposta proposta é: depende. Depende do bem jurídico que se adota como

---

<sup>543</sup> Para uma visão crítica sobre a utilização da análise de custo-benefício em questões de elevado custo social e que envolvam desafios intergeracionais, vide ROSE-ACKERMAN, Susan. Putting Cost-benefit Analysis in its Place... No original, lê-se: “The logic of discounting, where a small investment today grows by compound interest to a massive sum centuries hence, is irrelevant if there might be few people in existence to enjoy the benefits. If that possibility is simply accepted as given by the present generation, the value of investing will eventually fall, and the present generation, seeing catastrophe looming for its children and grandchildren, will fail to save and invest” (p. 355).

critério, do impacto financeiro que a decisão acarreta, da intensidade da crise e da temporariedade dos efeitos da decisão.

Aplicados os três critérios, percebe-se, por exemplo, que por mais devastadora que seja a crise econômica, um direito fundamental essencial à dignidade da pessoa humana de baixo impacto econômico será assegurado integralmente. A fim de testar o método, considere o caso da utilização de banheiros públicos de acordo com a identidade de gênero.

O caso é complexo, mas permita-se uma análise bastante superficial da controvérsia. Ainda que se esteja em momento de grave crise nacional, o efeito econômico da eventual procedência é bem pequeno, dado que eventual obra ou divulgação nos estabelecimentos comerciais representa baixo custo, assim como eventuais indenizações tampouco serão expressivas diante do número de transexuais possivelmente atingidos. Por essa razão, a consequência econômica potencializada pela crise não influencia substancialmente o decisor. Ademais, há ganhos de escala e os custos são repartidos socialmente por diversos agentes. Por outro lado, a quantidade de beneficiados é bastante reduzida e é possível identificar altos custos políticos de reação popular, dificilmente quantificáveis, o que pragmaticamente desestimula decisões de largo alcance. No entanto, o direito ao reconhecimento se posiciona bem próximo do núcleo existencial da dignidade, de modo a suplantar os altos custos não quantificáveis. Dessa forma, a influência do argumento econômico é bem baixa e a comparação entre as consequências possíveis será de índole puramente extraeconômica.

Tome-se, então, novamente o exemplo da possibilidade de concessão de medicamento de alto custo fora da lista do SUS. Uma vez mais será necessária uma simplificação desrespeitosa do caso. O momento é de grave crise econômica, enfrentada por todos os entes federativos e sociedade. O impacto financeiro da medida é imenso. Como poderá ser suscitada por qualquer indivíduo, caso universalizada, a decisão repercutirá nos cofres federais, estaduais e municipais, protrair-se-á no longo prazo e envolverá dispêndios insuportáveis. Por outro lado, em jogo está o direito fundamental à saúde e, diante dos riscos muitas vezes presentes, a direito à vida, o que é urgente e não contempla reconsiderações futuras.

O caso é muito difícil, o que talvez justifique as idas e vindas do processo ao Plenário do STF. Todavia, se, em contextos normais, esses direitos talvez não admitissem ponderações consequencialistas, nem fossem compatíveis com contrapontos econômicos, a intensidade da crise deveria ser considerada – simplesmente porque a conta não fecha. Na Santa Catarina de duas décadas, talvez a medida coubesse, mas certamente no Rio de Janeiro de hoje não cabe.

### III. CONCLUSÕES FINAIS

Como sugere o título desta dissertação, pretendeu-se apresentar a Jurisprudência da Crise sob uma perspectiva pragmática.

Por jurisprudência da crise compreende-se não apenas o conjunto de precedentes em que o Poder Judiciário aprecia a constitucionalidade de medidas de austeridade, acepção restrita que costuma ser associada às recentes decisões dos Tribunais Constitucionais da Eurozona, mas também o rearranjo institucional necessário para responder às demandas que surgem em razão da realidade crítica. Sob esta concepção ampla, a jurisprudência da crise se vale de importantes contribuições de outros tantos contextos críticos, como o que se verificou em Weimar no início do século XX, e aborda as relações de poder em que o Judiciário se envolve.

A jurisprudência da crise abrange, assim, o equilíbrio instável entre a proteção da normatividade constitucional e a abertura às exigências das circunstâncias, bem como a distribuição dos custos políticos e econômicos de decisões contextualmente mais difíceis.

O pragmatismo jurídico, adotado como marco teórico, representa muito mais do que uma visão prática ou objetiva. Conforme desenvolvido por Posner e estruturado por Thamy Pogrebinski, o pragmatismo de que se trata volta-se à atuação do intérprete, ora permitindo uma adjudicação pragmática efetiva, ora um pragmatismo cotidiano mais brando ou mesmo um pragmatismo de segunda ordem.

A interface do pragmatismo jurídico com a jurisprudência da crise operou-se de duas formas. Em uma aplicação mais direta, exaltou-se a atuação do juiz pragmatista, personagem quase heróico, que persegue uma estratégia decisória maximizante. O juiz pragmatista é sensível ao contexto de crise e às consequências de suas decisões e procura despir-se de suas preconceções, valorando todos os fatores envolvidos ao analisar o caso. Assim, procura dados empíricos que demonstrem os possíveis efeitos sistêmicos e imediatos de suas decisões, assim compreendidos os de longo ou curto prazo, econômicos e não-quantificáveis, custos de oportunidade, de reversibilidade, custos de decisão e de erro.

O pragmatismo não tem alma, nas palavras de Posner. Assim, a depender do que lhe revelem os dados e prognoses, o juiz pragmatista ora pode cancelar medidas de austeridade, ora pode rechaçar o que considera um sacrifício excessivo. Os precedentes possuem um importante papel retórico e historicista, mas não se traduzem em dogmas, capazes de inspirar por si só o comportamento judicial. O pragmatismo jurídico reforça o caráter instrumental do

Direito, que, para além de concepções morais ou políticas, precisa instruir o julgador com as armas que permitam sua atuação ótima, senão satisfatória.

A proposta de adjudicação pragmática que se apresentou visou ilustrar o que seria esse municiação. Embora sem alma, dois parâmetros inspiram a atuação do intérprete na crise, a par dos demais ordinários: a intensidade da crise e a intangibilidade do núcleo da dignidade humana. Nesse ponto, talvez caiba a crítica de que a dignidade e a crise assumem um caráter fundacional nesta dissertação, assim como o próprio pragmatismo jurídico, por não serem meramente afastáveis. Além de aparentemente tautológica, a observação conduz a um ceticismo niilista de pouca serventia. Ainda assim, acolhe-se a crítica.

Outra crítica que se supõe frequente deve ser a de que o juiz pragmatista descrito seria um semideus, um personagem mitológico incompatível com as agruras cotidianas do judiciário. Ainda que muito bem-intencionado, o juiz constitucional não disporia de expertise, material nem tempo para desempenhar a adjudicação pragmática proposta. Uma vez mais a crítica é pertinente. Como dito, no entanto, não se pretende impor tal tomada de decisão a ninguém, muito menos a todos ou a qualquer caso. Trata-se de uma proposta, uma diretriz a ser perseguida na maior medida possível. Haverá casos em que sequer a transferência de custos de decisão ou o recurso à assistência de especialistas serão capazes de suprir as deficiências informacionais do caso sob análise. Nessa hipótese, que se pretende excepcional, a análise de custo-benefício e a prognose empiricista das consequências restarão comprometidas. Na humorada resposta de Cooter, será a hipótese de cortar o pão com a colher mesmo.

Tampouco se espera que todos os magistrados se tornem pragmatistas. Como ressaltam diversos autores, isso não seria sequer pragmático. Daí porque se aceitou a crítica tautológica antes vista: o pragmatismo não pode ser em si um dogma, mas, ao contrário, deve justificar-se racionalmente, por representar soluções mais completas e responsáveis para casos que demandam esse comportamento diferenciado. A adoção do pragmatismo como regra, com o perdão do trocadilho, aumenta os custos de decisão e de erro daqueles órgãos jurisdicionais assoberbados com metas e prazos, cujas decisões poderão ser revistas por órgãos superiores. Não é deles que se trata.

A proposta pragmática se destina à jurisprudência da crise, repita-se. Assim, trata-se das possibilidades interpretativas disponíveis a juízes constitucionais, especialmente nos casos difíceis que envolvam questões de grande repercussão econômica e social. Nesses casos, a influência do contexto de crise econômica na jurisdição constitucional é recíproca. Por um lado, as questões submetidas às cortes constitucionais tornam-se casos difíceis em razão da escassez

de recursos públicos e privados, das sequelas sociais da crise e da pluralidade de medidas de austeridade. Por outro, a própria atuação ordinária da corte constitucional, por sua relevância política e jurídica, traduz-se em alocação de recursos, transferindo-lhe o papel político da gestão de recursos públicos escassos, com possíveis reflexos sistêmicos na própria crise.

Em suma, a delicadeza desse equilíbrio de funções da Justiça Constitucional justifica a adoção de uma estratégia decisória mais sofisticada na jurisprudência da crise, tal qual a que se pretendeu propor ao delinear a atuação do juiz pragmatista.

A interface do pragmatismo jurídico com a jurisprudência da crise se traduziu também em uma perspectiva pragmatista do próprio tema. Toda a dissertação se inspirou nas características pragmatistas de contextualismo, antifundacionlismo, e consequencialismo. Por essa razão, procurou-se evitar críticas estereis, assim como fundamentar cada passo nas consequências e distinções das alternativas. Se não há propósito em se distinguir institutos e verdades, diria um pragmatista, é porque equivalem e a discussão simplesmente não se justifica. Além do mais, o próprio reconhecimento do problema já denota uma preocupação com a influência do contexto econômico na jurisdição constitucional – ou não haveria que se tratar de jurisprudência *da crise*.

Some-se, ainda, que, quanto ao caráter antifundacionalista, pretendeu-se evitar fundamentos morais ou filosóficos, justificando a adoção de cada instituto. Haverá quem identifique na dissertação um viés liberal tendente a legitimar flexibilizações de direitos constitucionais em nome da higidez econômica. Haverá muitas outras críticas, tantas quantas forem as ideologias abraçadas. O ponto é dificilmente falseável, dado que essas preferências se incutem profundamente nas visões de mundo, mas não se admite a crítica. Em resposta, pode-se levantar toda a gama de considerações que se propôs caber ao juiz pragmatista avaliar. Nesse rol, incluem-se não apenas os reflexos econômicos, mas também os extrapatrimoniais, quantificáveis ou não. Além do mais, destacou-se a proteção à dignidade humana como valor maior, capaz de blindar-se de conjecturas conjunturais.

Dessa forma, a jurisprudência da crise não se traduz em deferência às opções austeras do legislativo, nem às negociações com credores internacionais; tampouco representa uma ode ao Estado segurador universal e à proteção implacável de direitos constitucionais. Também por essa razão, na análise das estratégias de enfrentamento do contexto econômico, não se advogou em defesa de qualquer das alternativas. Ainda que se tenha destacado as vantagens sociais de transparência e responsividade de algum modelo, é possível e pragmático que se prefira ora uma atuação mais sutil ora mesmo dissimulada.

Essa perspectiva pragmática se verificou também na estrutura da dissertação. Em termos gerais, a organização pode ser resumida da seguinte forma: a partir da constatação de que as cortes constitucionais não ignoraram o contexto de escassez, foram enfrentadas três das críticas mais frequentes à jurisprudência da crise, de modo a permitir, ao fim, a propositura de uma estratégia de enfrentamento dos casos difíceis e economicamente relevantes.

De uma forma mais evidente, essa matriz tripartite de Thamy Pogrebinski se refletiu na denominação dos três capítulos. Mais do que nomenclatura, o próprio raciocínio se desenvolveu sob essa estrutura. Assim, no primeiro capítulo, contextualizou-se a questão, analisando as diversas formas como o argumento econômico vem influenciando a jurisdição constitucional em tempos de crise aqui e alhures. Foram, então, identificadas quatro estratégias de lidar com a crise, classificadas conforme a sinceridade do órgão jurisdicional: a dita “jurisprudência da crise”, a estrutura de incentivos, o criptopragmatismo e a cronoterapia. Não se trata de modelos estanques, nem graduais. Uma mesma decisão pode se enquadrar em uma ou mais estratégias e são todas, a princípio, pragmáticas.

A dita “jurisprudência da crise” corresponde ao modelo de maior sinceridade, que reconhece abertamente a influência do contexto econômico na atividade jurisdicional. Assim, as cortes constitucionais traçam uma metodologia própria para lidar com a crise que, a par dos instrumentos hermenêuticos tradicionais, como proporcionalidade, igualdade e segurança jurídica, acrescenta um viés empiricista, traduzido na análise de dados, alternativas e expectativas, bem como expressamente valora a intensidade da crise e a temporariedade do sacrifício em discussão.

Considera-se a “dita” jurisprudência da crise por haver alguma doutrina específica sobre o tema em outros ordenamentos, dentre os quais se destacam Portugal e Grécia. Na última década, a crise econômica da Eurozona se fez sentir mais forte nos países chamados PIGS – Portugal, Itália, Grécia e Espanha – que adotaram medidas de austeridade, em nome de acordos de ajuda financeira celebrados com credores internacionais. Coube aos tribunais constitucionais avaliar a constitucionalidade dessas medidas, o que ensejou caloroso debate na doutrina constitucional. Como aponta a Comissão Europeia, a metodologia mais clara de enfrentamento foi proposta pelo Tribunal Constitucional Português e pela Suprema Corte da Lituânia, que fixaram balizas e procedimentos. Por essa razão, nesse primeiro capítulo foram analisados alguns precedentes expressivos dessa jurisprudência de enfrentamento.

Em seguida, passou-se a abordar a estrutura de incentivos, por meio da qual a corte reparte os custos de decisão e de erro com outros agentes, supostamente mais abalizados para

lidar com a crise. Diferentemente da primeira estratégia, a estrutura não cria soluções para o caso difícil nem avoca para si o dever de avaliar as medidas restritivas. Reconhecendo a influência do contexto crítico e a dificuldade de se dirimir certos conflitos técnicos, a corte estimula soluções dialógicas, assim como transfere o custo de erro a órgãos técnicos. A estratégia tem sido prestigiada pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo nos conflitos entre estes federativos, que tratam de matéria financeira, mas também parece promissora para outras questões parcamente jurídicas, como fatores previdenciários, bancários ou de finanças públicas.

A estrutura de incentivos decorre da constatação de que o Judiciário, em especial as cortes constitucionais, podem provocar reações antecipadas nos demais agentes e poderes públicos, por meio de seus precedentes, de meras ameaças ou de artificios específicos, como a fixação de prazo, a concessão de liminar e a previsão de desfecho subsidiário. São medidas que estimulam a atuação negocial dos entes federados, assim como a atividade funcional dos demais poderes públicos. Ainda que se considere que a racionalidade de atores públicos é limitada, verifica-se que respondem a tais estímulos, reduzindo o ônus político e os custos de decisão e de erro do Judiciário.

A terceira estratégia analisada consiste no criptopragmatismo, que, vulgarmente poderia ser resumido em uma “conta de chegada”. Nesses casos, a postura do tribunal já não baseia na sinceridade, mas na dissimulação de um objetivo contextualmente pretendido. Foram vistas duas formas de criptopragmatismo, a que estabelece um plano geral de voo, organizando a jurisprudência de modo a atingir os objetivos colimados, e a que redimensiona institutos jurídicos no caso concreto, como a aplicabilidade de uma tese jurídica, a delimitação do núcleo essencial de um direito ou a jusfundamentalidade de um direito constitucional. Em todos os casos, sistêmicos ou casuísticos, a corte não confessa a utilização estratégica do Direito para legitimar um resultado predeterminado, nem mesmo a influência do contexto econômico.

A malandragem, na expressão proposta por Luis Fernando Schuartz, que enfatiza não haver conotação pejorativa, consiste em atribuir uma aparência de legitimidade à fundamentação, de modo que, se bem sucedida, a estratégia persuade, traduzindo-se como a melhor alternativa “desde sempre”. O criptopragmatismo, assim, é oculto e, portanto, de difícil identificação. Foram apresentados alguns exemplos de precedentes do Supremo Tribunal Federal e de outras cortes constitucionais em que se vislumbrou uma atuação orientada para um fim predeterminado. Reconhece-se, no entanto, que pode haver divergências pontuais quanto ao enquadramento nessa categoria.

Por fim, analisou-se a quarta estratégia de jurisprudência da crise, apelidada de cronoterapia por um juiz da Corte Constitucional da Argentina. Consiste em esquivar-se circunstancialmente da prestação jurisdicional, a fim de que o tempo contribua para o solucionamento da questão. Assim como as virtudes passivas de Bickel acreditam em um amadurecimento natural de questões socialmente polêmicas, a cronoterapia credita ao tempo o papel de arrefecer a crise, experimentar alternativas ou criar novas possibilidades.

A cronoterapia se vale de instrumentos como o poder de pauta, o pedido de vista e o fantasma do ativismo judicial, para adiar as discussões. Sendo a estratégia menos sincera, não alude à influência do contexto econômico e pode acarretar consequências irreversíveis no curto prazo, dado que estimula a manutenção de um *status quo* já crítico. O ponto foi ilustrado com precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional da Argentina.

O segundo capítulo enfrentou os contrapontos frequentemente opostos à consideração do argumento econômico por juízes constitucionais e, por isso, foi intitulado de antifundacionalismo. Como visto, o pragmatismo rejeita fundações, preconceções cuja força decorre de si mesmas, buscando, ao revés, fundamentar criticamente suas premissas. Isso não significa que se combata quixotesicamente todos os aforismas. O juiz pragmatista avalia a razoabilidade e pertinência do ponto, que assim não se traduz em dogma. O Direito é uma dessas fundações. Como visto, os precedentes judiciais não se impõem ao juiz pragmatista em razão da doutrina de precedentes, mas por representarem um arcabouço rico de reflexões e ponderações.

Nesse segundo capítulo, foram, então, enfrentadas três críticas direcionadas especificamente para a jurisprudência da crise e constantemente difundidas irrefletidamente como dogmas. Destacam-se a crítica operacional, que valoriza a falta de expertise técnica do Judiciário para lidar com questões econômicas, a crítica formalista, baseada na crença de que juízes deveriam se ater a argumentos estritamente jurídicos, e a crítica política, segundo a qual a consideração de um contexto excepcional corresponderia a um Estado de Não-Direito.

Analisados, esses apontamentos mostraram-se em grande medida pertinentes. A reflexão foi capaz de apresentar respostas e alternativas em defesa da jurisprudência da crise, como a distribuição do ônus da prova econômica ou o recurso a perícia técnica, ou mesmo apenas de destacar a importância de um controle mais atento, a exemplo da crítica política.

Por fim, a terceira e última parte revelou o caráter consequencialista da própria discussão, ao se lançar sobre o tema um olhar para o futuro. Assim como nenhuma discussão se justifica pragmaticamente sem um propósito, a dissertação apresenta ao final uma proposta

de metodologia para as cortes constitucionais considerarem o argumento econômico no contexto de crise, sem desprestigiar os demais elementos juridicamente relevantes. Sob a premissa de que alguns influxos da ciência econômica podem ser proveitosos para a jurisprudência da crise, propôs-se, assim, o que se julgou mais eficiente para a alocação de recursos públicos por decisão judicial. A metodologia se vale da análise do custo-benefício, da técnica consequencialista na prognose de resultados econômicos e extraeconômicos e da razoabilidade.

Alguns destaques são pertinentes. Nesse terceiro capítulo foi assumida a premissa de que, em um contexto de crise, juízes alocam recursos públicos escassos. Tratando-se da jurisprudência da crise, os efeitos sistêmicos de decisões politicamente estratégicas, transferidas propositalmente ou não para o judiciário, fazem com que juízes constitucionais redefinam direta ou indiretamente políticas públicas. O Judiciário poderia se esquivar dessa prestação ou reduzir seu escopo a uma decisão minimalista? Como defendido nessa dissertação, parece que não. A virtude passiva acarreta a perpetuação de uma situação estabelecida e permite que injustiças se tornem irreversíveis. Além disso, a própria identificação do problema se mostra um desafio, já que as reações antecipadas e a interconexão entre os precedentes transformam quase todas as questões de grande repercussão social e econômica em casos difíceis.

Outro ponto polêmico se verifica no alcance atribuído à análise de custo-benefício. Em linha com a postura humanizadora, inseriu-se na conta elementos extraeconômicos de difícil quantificação, como equidade, dignidade e previsibilidade. Além disso, na proposta delineada, a análise de custo-benefício absorve o consequencialismo jurídico, compreendido como técnica de avaliação de prognoses e efeitos sistêmicos.

Dessa forma, cabe ao juiz pragmatista, nos casos excepcionalmente difíceis enfrentados pela jurisprudência da crise, o desafio de comparar as consequências decorrentes das alternativas possíveis. Deve, por exemplo, verificar se a alternativa pode promover a perfeita proteção do bem jurídico especificamente tutelado pelo constituinte e mesmo benefícios colaterais não previstos originalmente ou ainda irradiação de direitos fundamentais de difícil mensuração, como igualdade ou dignidade; por outro lado, se pode acarretar violação das regras de responsabilidade fiscal do ente ou não ser cumprida no longo prazo; sistemicamente, se a alternativa pode produzir efeitos perversos em prejuízo de outros interesses do próprio beneficiário ou de outro grupo.

Por fim, a terceira observação que convém destacar refere-se à valoração dentro de uma certa escala de preferências, de cada consequência. Nesta dimensão normativa, entende-se

caber ao tomador de decisão, com base em um ou mais critérios, identificar em cada alternativa quais as consequências que convergem em maior medida para a realização do valor de referência, e, a partir dessa conclusão, determinar qual é a alternativa de decisão mais adequada para a solução do problema que se lhe apresenta. Os valores de referência propostos nesta dissertação foram a essencialidade do interesse jurídico em jogo, valorado conforme sua relevância na construção da dignidade e o impacto macroeconômico das alternativas de decisão, calibrado de acordo com a intensidade da crise.

Como se percebe, uma vez mais, buscou-se humanizar a jurisprudência da crise, aliando à perspectiva pragmática a função estrutural da própria Justiça Constitucional.

#### IV. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation, **Int J Constitutional Law**, v. 3, n. 4, p. 572-581, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALVES, Raquel de Andrade Vieira e ARABI, Abhner Youssif Mota. O mês tributário no STF: os temas tributários tratados pelo Supremo durante o mês de outubro. **Jota** 07 de novembro de 2016.

ANDRADE, Fabio. **O argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e a modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Publicado como: \_\_\_\_\_. **Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF**. Quartier Latin, 2011.

ARABI, Abhner Youssif Mota. **A tensão institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal**. Editora Prismas, 2014.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa. Ferdinand Lassalle e a Resistência Völkisch ao Constitucionalismo Alemão: sobre a Constituição Escrita e a Constituição Real. (Epílogo). In: LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, p. 47-58.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Uma proposta modesta: uma visão da análise econômica do direito à luz da teoria dos sistemas e possibilidades da sua aplicação**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2015. Publicado como: \_\_\_\_\_. **Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas**. Lumen Juris, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Leal. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”, **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, p. 192-213, 2016.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Pragmatismo como meta teoria normativa da decisão judicial. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 171-211, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. rev. e atual. (1. ed. publicada em 2002). Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARNES, Jeb. **Overruled?** Legislative overrides, pluralism, and contemporary court-Congress relations. Stanford: Stanford University Press, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção-Perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. **Revista de Direito Administrativo**, n. 191. 1993, p. 1-13.

\_\_\_\_\_. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 12, p. 86-137, 2011.

\_\_\_\_\_. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial – Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: \_\_\_\_\_. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, p. 237-283, 2013.

\_\_\_\_\_. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 137-185, 2013.

\_\_\_\_\_. O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um Sucesso Imprevisto. In: \_\_\_\_\_. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, p. 25-53, 2013.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito – O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: \_\_\_\_\_. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, p. 187-235, 2013.

\_\_\_\_\_. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 23-50.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **NYU Law School, Public Law Research Paper** n. 05-24, p. 1-85, nov. 2005.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação**: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenado. Belo Horizonte: Forum, 2016.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Uma Análise Econômica do Direito do Consumidor: Como Leis Consumeristas Prejudicam Os Mais Pobres Sem Beneficiar Consumidores, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2870931>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos de Diálogos Constitucionais nos EUA e no Brasil In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, p. 351-390, 2015.

\_\_\_\_\_. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 44, p. 189-220, jan./jun. 2014.

BUCHANAN, James. Good Economics. Bad Law. **Virginia Law Review**, v. 60, n. 3, p. 483-492, mar. 1974.

\_\_\_\_\_. Politics without romance: A sketch of positive public choice theory and its normative implications. **The theory of public choice II**, p. 11-22, 1984.

BUREAU FOR EMPLOYERS' ACTIVITIES. Employers' organisations responding to the impact of the crisis. **International Labour Office**, Bureau for Employers' Activities, Geneva: ILO, 2010. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/english/dialogue/actemp/downloads/publications/working\\_paper\\_n2.pdf](http://www.ilo.org/public/english/dialogue/actemp/downloads/publications/working_paper_n2.pdf)>. Acesso em: 11 set 2015.

CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics**: Essays in Reform and Recollection. New Haven: Yale University Press, 2016.

\_\_\_\_\_. Thoughts on the Future of Economics. **Journal of Legal Education**, v. 33, p. 359-364, 1983.

CAMPANERUT, Camila. 'Somos os guardiões da Constituição', afirma Ayres Britto em discurso de despedida na sua última sessão do STF. **Bol Notícias**, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://noticias.bol.uol.com.br/brasil/2012/11/14/em-sua-ultima-sessao-no-stf-ayres-britto-e-homenageado.jhtm>>. Acesso em: 31 ago 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. As Sentenças Manipulativas aditivas – o caso das Cortes Constitucionais da Itália, da África do Sul e do STF. **Revista de Processo**, v. 246, p. 403-427, ago. 2015.

CANÁRIO, Pedro. Congresso tem um ano para aprovar compensação de renúncia de ICMS. **Consultor Jurídico**, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-30/stf-ano-congresso-aprovar-compensacao-renuncia-icms>>. Acesso em: 26 dez 2016.

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

### CAPECCHI, Daniel

CARMONA, Magdalena Sepulveda. Alternatives to austerity: a human rights framework for economic recovery. In: NOLAN, Aoife (Ed.). **Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 23-56, 2014.

\_\_\_\_\_. Colombia: The Constitutional Court's Role in Addressing Social Injustice. In: LANGFORD, Malcolm (Ed.). **Social Rights Jurisprudence Emerging Trends in International and Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 144-162, 2009.

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

COMMONS, John R. Law and Economics. **Yale Law Journal**, v. 34, p. 281-297, fev. 1925.

CONJUR. Acordo Fechado: Estados receberão valores de multas pagas no programa de "repatriação". **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-23/estados-receberao-valores-multas-pagas-programa-repatriacao>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. STF garante a todos os estados depósito em juízo de multa da "repatriação". **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-06/stf-garante-todos-estados-deposito-multa-repatriacao>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. The Cost of Coase. **The Journal of Legal Studies**, v. 11, n. 1, p. 1-33, jan. 1982.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Prefácio ao livro de MIRANDA, Juliana Gomes. **Teoria da excepcionalidade administrativa: a juridicização do estado de necessidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

COTTER, Thomas F. Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement. **The Georgetown Law Journal** v. 84, p. 147-159, 1995.

COUNCIL OF EUROPE. **Safeguarding human rights in times of economic crisis**. Council of Europe Commissioner for Human Rights, 2013.

COURTIS, Christian. Argentina: Some Promising Signs In: LANGFORD, Malcolm (Ed.). **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 163-181, 2008.

\_\_\_\_\_. La Prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, p. 3-52, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira Duarte. **Além do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

DIMOPOULOS, Andreas. **PIGS and Pearls: State of Economic Emergency, Right to Resistance and Constitutional Review in the Context of the Eurozone Crisis**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2333462>>. Acesso em: 04 fev 2016.

DWORKIN, Ronald. Entrevista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 25, jan./mar. 2006.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DYZENHAUS, David. Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order? **Cardozo Law Review**, v. 27, n. 5, p. 2005-2040, 2006.

EASTERBROOK, Frank. The Supreme Court 1983 Term. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 4, p. 4-60, 1984-1985.

EXAME. Governo do RS apresenta plano que prevê extinção de 11 órgãos. **Exame**, nov 2016. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/brasil/governo-do-rs-apresenta-plano-que-preve-extincao-de-11-orgaos/>> Acesso: 19 jan 2017.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

\_\_\_\_\_. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a Agenda Pública Nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova**, São Paulo, n. 87, p. 429-469, 2013.

\_\_\_\_\_. A Pauta do Supremo (27/01/2008). In: \_\_\_\_\_. **O Supremo**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro/FGV Direito Rio, 2015.

\_\_\_\_\_. Tempo para decidir dá o tom político ao Supremo (08/03/2011). In: \_\_\_\_\_. **O Supremo**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro/FGV Direito Rio, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. **Revista de Informação Legislativa**, n. 108, p. 21-37, out./dez. 1990.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues – Interpretation as a Political Process**. Oxford: Princeton University Press, 1988.

FORTES, Mateus. **Desconstruindo o Princípio da Proibição do Retrocesso no Direito Brasileiro: A Proteção dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

FRASER, Nancy. Social justice in the Age of identity Politics: redistribution, recognition and participation. In \_\_\_\_\_. HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange**. Tradução: Joel Golb. Rio de Janeiro: Verso, p. 7-109, 2003.

FREIRE, Alonso. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. **Revista Publicum**, v. 2, n. 2, p. 45-73, 2016.

\_\_\_\_\_. Odisseu ou Hércules? Sobre o pragmatismo e a análise econômica do direito de Richard A. Posner. **Revista Eletrônica do Curso de Direito–PUC Minas Serro**, n. 3, p. 21-45, 2011.

\_\_\_\_\_. O Pêndulo de Posner. **Revista Pensamento Jurídico da FADISP**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 225-248, 2015.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, p. 257-337, 2005.

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

GELLIUS. **Noctes Atticae**, Liber XIV, 25. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Non\\_liquet](https://pt.wikipedia.org/wiki/Non_liquet)>. Acesso em: 30 ago 2016.

GROSS, Oren. Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional? **The Yale Law Journal**, v. 112, n. 5, p. 1011-1134, 2003.

HART, H.L.A **O Conceito do Direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HERRERA, Carlos Miguel. **A Política dos Juristas**: Direito, liberalismo e socialismo em Weimar. São Paulo: Ed. Alameda, 2012.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York/London: WW Norton & Company, 2000.

JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. Introduction. Constitutional Crisis: The German and the American Experience. In: \_\_\_\_\_ (Ed.). **Weimar**: A Jurisprudence of Crisis. London: University of California Press, 2000, p. 1-39.

JAMES, William. What Pragmatism Means. In: MENARD, Louis. (Org.). **Pragmatism**: a reader. New York: Vintage, 1997.

KAIDATZIS, Akritas. Greece's third way in prof. Tushnet's distinction between strong-form and weak-form judicial review, and what we may learn from it. **Jus politicum**, n. 13, p. 1-26, 2014.

KARASARIDIS, Crisóstomo. **Supremo Tribunal Especial**. Tese – Escola de Economia e Gestão, Departamento de Administração de Empresas, Creta, Heraklion, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009.

KITCH, Edmund W. The Fire of Truth: a remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970. **Jornal of Law and Economics**, v. 26, n. 1, p. 163-234, 1983.

KLEINERMAN, Benjamin A. Lincoln's Example: Executive Power and the Survival of Constitutionalism. **Perspectives on Politics**, v. 3, n. 4, p. 801-816, 2005.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, jan. 2016.

KORNHAUSER, Lewis. The Analysis of Courts in the Economic Analysis of Law. In: WHITTINGTON, Keith E.; CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, R. Daniel. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008, p. 698-710.

LANDAU, David. **Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia**. Dissertação (Doutorado em Filosofia) – Universidade de Harvard, Cambridge, 2015.

\_\_\_\_\_. The promise of a minimum core approach: the Colombian model for judicial review of austerity measures. In: NOLAN, Aoife (ed.). **Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis**. Cambridge University Press, 2014, p. 267-298.

LEAL, Fernando. **Hermenêutica do Direito Econômico e Consequencialismo**. (Trabalho ainda em fase de elaboração obtido com o autor, que autorizou a citação).

\_\_\_\_\_. Os Impactos dos planos econômicos e a encruzilhada do Supremo (15/08/2016). **Jota**, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/supra/os-impactos-dos-planos-economicos-e-encruzilhada-supremo-15082016>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. As Audiências Públicas no STF: Mero instrumento de legitimação formal? In: SARMENTO, Daniel. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 489-526.

LUSIANI, Nicholas J. Rationalising the right to health: is Spain's austere response to the economic crisis impermissible under international human rights law? In: NOLAN, Aoife (Ed.). **Economic and Social Rights After The Global Financial Crisis**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014, p. 202-233.

MAK, Elaine. Living with a French Heritage; A Comparative Analysis of the Greek and Dutch Highest Courts' Quest for Legitimacy in a Changing Context. **Applications of Public Law**, v. III, p. 1005-1026, 2008.

MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel. Economic and social rights and The Supreme Court of Argentina in the decade following the 2001-2003 crisis. In: NOLAN, Aoife. **Economic and Social Rights After The Global Financial Crisis**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014, p. 299-334.

MCCOSH, James. **The Laws of Discursive Thought: A Tert-Book of Formal Logic**, New York: Robert Carter and Brothers, 1879.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

\_\_\_\_\_. A Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre a crise: entre a ilusão de um problema estrutural e a tentação de um novo dirigismo constitucional. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Orgs.). **O Tribunal Constitucional e a Crise- ensaios críticos**. Coimbra: Ed. Almedina, 2014, p. 263-286.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Publicado como: \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, p. 82, 2011.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to postmodernismo and beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MIGUEIS, Anna Carolina. **Direito e Crise Econômica: Uma Análise Sobre a Atuação do Estado em Momentos de Crise Econômica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

NOLAN, Aoife Nolan; LUSIANI, Nicholas J.; COURTIS, Christian. Two steps forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights. In: NOLAN, Aoife (Ed.). **Economic and Social Rights After The Global Financial Crisis**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014, p. 121-145.

NOLAN, Aoife (Ed.). **Economic and Social Rights After the Global Financial Crisis**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos**. Coimbra: Almedina, 2014.

NULLVALUE. La Corte Anticonstitucional (editorial 27/10/2000), **El Tiempo**, 2010. Disponível em: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1258286>>. Acesso em: 11 ago 2016.

ONU. Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **An Evaluation of the Obligation to take steps to the “Maximum of Available Resources” under an optional protocol to the covenant**. Thirty-eighth session, 30 April – 18 May 2007.

PANEZI, Maria. A Description of the Structure of the Hellenic Republic, the Greek Legal System and Legal Research. **Globalex**, 2006.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013.

PELICIOLI, Angela Cristina **A Sentença Normativa na Jurisdição Constitucional: O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo**. São Paulo: LTr, 2008.

PERRONE, Patrícia. Comportamento Ideológico e Estratégico no Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PIERCE, Charles. What pragmatism is. **The Monist**, v. 15, n. 2, p. 161-181, abr. 1905.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, n. 1, p. 168-189, jan./jun. 2014.

POGREBINSCHI, Thamy; EISENBERG, José. Pragmatismo, Direito e Política. **Revista Novos Estudos Cebrap**, n. 62, p. 107-121, mar. 2002.

\_\_\_\_\_. **Pragmatismo: Teoria Social e Política**. Rio de Janeiro: Relume Demará, 2005.

\_\_\_\_\_. **O que é o Pragmatismo Jurídico?**. Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Versão original: \_\_\_\_\_. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. **Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. **Para Além do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Versão original:

\_\_\_\_\_. **Overcoming Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

\_\_\_\_\_. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

PRESIDENTAL DOCUMENTS. Improving Regulation and Regulatory Review. **Federal Register**, v. 76, n. 14, jan. 2011, p. 3821-3823. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-01-21/pdf/2011-1385.pdf>>. Acesso em: 20 jan 2016.

PYKRAMENOS, M. Judicial Independence and Judicial Review of the Constitutionality of laws: constitutional guarantees and public practice in Greece. **ConCourt**, 2001. Disponível em: <[http://www.concourt.am/armenian/con\\_right/3.13-2001/pikram.htm](http://www.concourt.am/armenian/con_right/3.13-2001/pikram.htm)>. Acesso: 01 jan 2016.

RAMIRES, Mauricio. **Diálogo Judicial Internacional: O Uso da Jurisprudência Estrangeira pela Justiça Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RECONDO, Felipe. Como o STF decide o que e quando não julgar (15/09/2014). **Jota**, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/article8-como-o-stf-decide-o-que-e-quando-nao-julgar>>. Acesso em: 30 ago 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo e a vanguarda governista (28/10/2016). **Jota**, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/supremo-vanguarda-governista-28102016>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The Regulatory State. In **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Edited by Michel Rosenfeld and Andrés Sajó, 2012.

\_\_\_\_\_. Análise Econômica Progressista do Direito – e o Novo Direito Administrativo. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação Econômica e Democracia: o Debate Norte-Americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 243-280. Versão original: \_\_\_\_\_. Progressive Law and Economics – And the New Administrative Law. **The Yale Law Journal**, v. 98, p. 341-368, 1988.

\_\_\_\_\_. Judicial Review and the Power of the Purse. **International Review of Law and Economics**, v. 12, n. 2, p. 191-208, 1992.

\_\_\_\_\_. The Economic Analysis of Public Law. **European Journal of Law and Economics**, v. 1, p. 53-70, 1994.

\_\_\_\_\_. Putting Cost-benefit Analysis In Its Place: Rethinking Regulatory Review. **University of Miami Law Review**, vol 65, p. 335-356, 2011.

ROSENBERG, Gerald N. The Implementation of Constitutional Rights: Insights from Law and Economics. **University Chicago Law Review**, v. 64, p. 1215-1224, 1997.

ROSENKRANTZ, Carlos. Constitutional Emergencies in Argentina: The Romans (not the Judges) Have the Solution, **Texas Law Review**, v. 89, p. 1557-1586, 2011.

RUXTON, Sandy. **How the Economic and Financial Crisis Is Affecting Children and Young People in Europe**. Eurochild Report, dez. 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner **Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB**, Ano 1 (2012), nº 1, p. 435-483. Disponível em: <[https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/)>. Acesso em: 26 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. O que é “Direito e Economia”? **Systemas-Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, v. 1, n. 1, p. 1-17, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: \_\_\_\_\_. **Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 179-215.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

\_\_\_\_\_. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113-156.

SCHMITT, Carl. **Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty**. Chicago: University Of Chicago Press, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1996.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, 2008, p. 130-158.

SEGAL, Jeffrey A. Judicial Behavior Law In: WHITTINGTON, Keith E.; CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, R. Daniel. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008, p. 19-33.

\_\_\_\_\_.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. New York: Cambridge University Press, 2002.

SEMANA. “Aquí quien manda?” (editorial 27/11/2000), **Semana**, 2000. Disponível em <<http://www.semana.com/nacion/articulo/aqui-quien-manda/44166-3>>. Acesso em: 11 ago 2016.

SEN, Amartya **Rationality and Freedom**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2002.

SPECTOR, Horacio. Constitutional Transplants and the Mutation Effect, **Chicago-Kent Law Review**, v. 83, n. 1, p. 129-135, 2008.

SPILLER, Pablo; GELY, Rafael Gely. Strategic Judicial Decision Making. In: WHITTINGTON, Keith E.; CALDEIRA, Gregory A.; KELEMAN, R. Daniel. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

SPYROPOULOS, Philippos; FORTSAKIS, Theodore P. **Constitutional Law in Greece**. Holanda: Ed. Kluwer Law International, 2009.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito**. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

SUNSTEIN, Cass. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 201-236.

\_\_\_\_\_. O mundo real da análise de custo-benefício: 36 questões (e quase tantas respostas quanto). **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 266, p. 13-47, mai./ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. **Constitutional Personae: Heroes, Soldiers, Minimalists, and Mutes**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

\_\_\_\_\_. **Valuing Life: Humanizing the Regulatory State**. Chicago: The University of Chicago Press, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Presidente do STF aplica Resolução sobre pedido de vista pela primeira vez”. **Notícias STF**, Brasília, 2004. Disponível em: <<http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62628>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. **Revista de Informação Legislativa**, 2006.

\_\_\_\_\_. A Constituição aberta. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 8, p. 326-343, 2008.

\_\_\_\_\_. Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, n. 7, abr./jun. 2009, p. 167-181.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Paradigmas do Judicialismo Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. The Legislative Omission in Brazil: a special reference to the role of the constitutional judge. **Rivista Federalismi** (Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato), v. 1, 2016, p. 1-24.

TEUBNER, Gunther. A Constitutional Moment? The logics of ‘Hit the Bottom’. In: \_\_\_\_\_; KJAER, Poul (Eds). **After the Catastrophe: Economy, Law and Politics in Times of Crisis**. Oxford: Hart Oxford, 2010, p. 1-41.

U.S. Department of Justice. Nondiscrimination on the Basis of Disability in State and Local Government Services; Final Rules. **Federal Register**, v. 75, n. 178, set. 2010.

UGARTE, Ramiro Álvarez. Pesificación: el tiempo trajo la solución para los ahorristas. **Iprofesional**, 28 Dec. 2006, Disponível em <<http://www.iprofesional.com/notas/38275-Pesificacion-el-tiempo-trajo-la-solucion-para-los-ahorristas.html>>. Acesso em: 30 ago 2016.

URBANO, Maria Benedita. A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnostico: Bipolaridade? In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira. **O Tribunal Constitucional e a Crise: ensaios críticos**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 9-48.

\_\_\_\_\_. Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional. In: GONÇALVES, Pedro. Et al. (Coords). **A Crise e o Direito Público**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013, p. 7-31.

VENICE COMMISSION (EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW). **Conference on “Protecting Economic and Social Rights in Times of Economic Crisis: What Role for the Judges?”** Ouro Preto, Brasil, mai. 2014. Disponível em: <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-LA\(2014\)002-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-LA(2014)002-e)>. Acesso em: 26 dez. 2016.

VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. **Harvard Law Review**, v. 122, p. 1095-1149, 2009.

\_\_\_\_\_. Três estratégias de interpretação. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A Justificação do Formalismo Jurídico**: Textos em Debate. São Paulo: Saraiva; Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 140-163.

VORONOFF, Alice. Ativismo judicial e democracia – Por uma teoria eclética do mandado de Injunção In: **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP** Belo Horizonte, ano 10, n. 37, abr/jun 2012.

WALTON, Douglas. Historical Origins of *Argumentum ad Consequentiam*. **Argumentation**, v. 13, p. 251-264, 1999.

ZAVASCKI, Teori. Mandado de Injunção: anotações sobre o PL n. 6.128/2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. (Orgs.). **Mandado de Injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96-100.