

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS (FDSM)  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALLAN RAMALHO PERES

“CIVIL LAW”, PRAGMATISMO E ANÁLISE JURÍDICO-ECONÔMICA DA  
INFORMAÇÃO NEGOCIADA

POUSO ALEGRE/MG

2016-2018

ALLAN RAMALHO PERES

“CIVIL LAW”, PRAGMATISMO E ANÁLISE JURÍDICO-ECONÔMICA DA  
INFORMAÇÃO NEGOCIADA

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* na Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM.

Orientação do Prof. Pós-Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

POUSO ALEGRE

2016-2018

ALLAN RAMALHO PERES

“CIVIL LAW”, PRAGMATISMO E ANÁLISE JURÍDICO-ECONÔMICA DA  
INFORMAÇÃO NEGOCIADA

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis

---

Prof. Dr. Luis Renato Vedovato.

POUSO ALEGRE

2016-2018

## FICHA CATALOGRÁFICA

**R165c** RAMALHO, Allan (1989)

“Civil Law”, Pragmatismo e Análise Jurídico-Econômica da Informação Negociada. Pouso Alegre-MG: FDSM, 2018.

“129” pag.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM).

1. Law and Economics. 2. Decisão Jurídica. 3. Análise Econômica da Seletividade da Informação. 4. Informação Negociada. I. Simioni, Rafael Lazzarotto. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. III. Título.

CDU 340.12

## **DEDICATÓRIA**

Dedico aos meus pais Walter Benedito Peres e Cássia Maria Ramalho Peres pelo apoio emocional, psicológico e financeiro. Dedico igualmente à Verônica de Souza Giandoso pelo amor e compreensão.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni pelo exemplo de professor e pesquisador crítico que possibilitou que eu evoluísse em perspectivas profissionais, intelectuais, políticas e humanas. Uma pessoa que explicitou realidades e instrumentos que foram capazes de modificar minha compreensão sobre a verdade, a justiça, a liberdade, o poder, o direito e até mesmo Deus.

Ao Prof. Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias pelo socorro em momentos de agonia diante das novas descobertas e desconstruções dos padrões de pensamento que havia cultivado até o momento anterior ao ingresso na academia *strictu sensu*, bem como pela imensa oportunidade em realizar com confiança e liberdade o estágio docente na matéria do Direito Penal Geral e Ética Profissional.

Ao Prof. Dr. Luis Renato Vedovato por aceitar participar de uma segunda banca em minha vida acadêmica e pelos conselhos incomensuráveis concedidos em sala de aula na Pontifícia Universidade Católica de Campinas ou em palestras junto à Faculdade de Direito do Sul de Minas.

## RESUMO

RAMALHO, Allan. “Civil Law”, Pragmatismo e Análise Jurídico-Econômica da Informação Negociada. 2018. 128f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2018.

O trabalho de pesquisa aborda a temática do pragmatismo jurídico em face da informação negociada no “*civil law*”, no intuito de explicitar a problemática dos institutos jurídicos sobre a informação processual obtida mediante negociação em um Estado Democrático de Direito contemporâneo. O trabalho se justifica diante das discussões epistemológicas em face dos respectivos institutos jurídicos. Como objetivo, impõe-se a sistematização da teoria pragmática do direito a fim de averiguar suas relações com a informação negociada, em que, hipoteticamente, há um duplo resultado dividido em positivo e negativo. O referencial metodológico é Richard Posner e a metodologia é pragmático-analítica.

**Palavras-Chave:** Law and Economics. Decisão Jurídica. Análise Econômica da Seletividade da Informação. Informação Negociada.

## **ABSTRACT**

RAMALHO, Allan. "Civil Law", Pragmatism and Legal-Economic Analysis of Negotiated Information. 2018. 128f. Dissertation (Master in Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Programa de Pós Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2018.

The research focuses on the issue of legal pragmatism on face of information negotiated in civil law, in order to clarify the problem of legal institutes on procedural information obtained through negotiation in a contemporary democratic state of law. The work is justified through the epistemological discussions in front of the respective legal institutes. The objective is the need to systematize the pragmatic theory of law in order to ascertain its relations with the negotiated information, where hypothetically there are a double result divided into positive and negative. The methodological framework is Richard Posner and the methodology combines historical-discursive and analytical perspectives.

**Key-Words:** Law and Economics. Legal Decision. Economic Analysis of Information Selectivity. Negotiated Information.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1. PRAGMATISMO JURÍDICO E CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE.....</b>	<b>20</b>
1.1. Histórico-Discursivo da Segurança Jurídica e o Pragmatismo Jurídico em face do “civil law”.....	25
1.2. Pragmatismo, Direito e Democracia.....	40
<b>2. MAXIMIZAÇÃO E DECISÃO JURÍDICA.....</b>	<b>51</b>
2.1. Maximização da Riqueza.....	55
2.2. Teoria Pragmática da Decisão.....	70
<b>3. PRAGMATISMO JURÍDICO E INFORMAÇÃO NEGOCIADA.....</b>	<b>85</b>
3.1. Histórico-Discursivo da Criminologia e a Informação Punitiva Negociada.....	89
3.2. Análise Econômico-Jurídica da Informação Negociada.....	103
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>119</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>122</b>

## INTRODUÇÃO

A titulação do trabalho '*Civil Law*', *Pragmatismo e Análise Jurídico-Econômica da Informação Negociada*' tem como fonte de inspiração a titulação atribuída por Richard Allen Posner a uma de suas principais obras, a saber, "*Direito, Pragmatismo e Democracia*", em que o autor analisa a inserção da filosofia pragmática cotidiana em face das problemáticas inter-relacionais do direito e da democracia. Nesse viés, a presente dissertação analisa a inserção do respectivo pragmatismo jurídico em face das problemáticas características do "*civil law*" e sua inter-relação com a informação negociada.

Logo, a dissertação elabora um trabalho com vistas a explicitar a compreensão do pragmatismo jurídico de Richard Posner e suas relações com o direito, para tanto, expondo os pressupostos de recepção da respectiva teoria pelo "*civil law*" em conjunto com a democracia prática contemporânea em uma perspectiva exemplificativa atinente à análise econômica da informação negociada. Esse empreendimento pragmático inter-relaciona passado (aspecto retrospectivo) e futuro (aspecto prospectivo). No primeiro aspecto, apresentam-se, simbolicamente, termos como: "leis", "precedente", "doutrinas", "cultura" e "convicções". Já no segundo aspecto, revelam-se termos como "consequência", "resultado", "função", "eficiência", "planejamento", "política", "eficácia", "efetividade", "hipótese", "probabilidade", "estatística", "previsão", entre outros.

Segundo Ackerman, a teoria jurídico-pragmática trata os operadores clássicos do direito como obsoletos, isso devido à impossibilidade destes em responderem à questão da (in)capacidade de internalizar externalidades não-jurídicas.<sup>1</sup> Diante dessa constatação, em meados de 1980, já havia três membros na Suprema Corte Americana adeptos da respectiva teoria jurídica, a saber: Antonin Scalia, Robert Bork e Douglas Ginsburg.<sup>2</sup>

Essa percepção da análise econômica do direito pressupõe a abordagem sobre o devir da segurança jurídica, entre perspectivas formalistas e perspectivas realistas, como verdades não-absolutas e não-ontológicas, delineadas pela matriz econômica de cada período histórico. Nesse empenho, diante do "*civil law*", expor-se-á a segurança jurídica dos períodos greco-romano, medieval, iluminista e da Teoria Pura do Direito, esta última, pois o positivismo lógico

---

<sup>1</sup> ACKERMAN, Bruce A. Law, Economics, and the Problem of Legal Culture. **Duke Law Journal**, v.1986. Pag. 929-934.

<sup>2</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 22. São Paulo: FGV Direito, 2008. Nota 34.

(neopositivismo, positivismo normativo ou positivismo kelseniano) é o paradigma inaugural em face do qual, as teorias pós-positivistas realizam a construção científica na ordem romano-germânica.

Assim, a Teoria Pura do Direito apresenta-se como superação à construção clássica exegética, em que o juiz se caracterizava por um sujeito passivo e simples aplicador de regras, denominado de “a boca da lei”. Nesse sentido, dispunha Montesquieu que “o juiz pronuncia a pena que a lei inflige para este crime e, para tanto, ele só precisa ter olhos”.<sup>3</sup> Por outro lado, na teoria construída por Hans Kelsen, o juiz possui o poder-dever de decidir com base em um ato que pressupõe as normas positivadas e a interpretação jurídica, embasando as múltiplas possibilidades de determinação igualmente válidas.<sup>4</sup> Isso, observada a estrita relação lógico-sintática e a força normativa da constituição nos moldes do controle de constitucionalidade.<sup>5</sup>

Ocorre que essa multiplicidade de determinações válidas (ou decisões válidas), segundo Kelsen, não possui uma metodologia estritamente jurídica para determinar qual delas deve prevalecer na vida prática. Diante disso, surge no âmbito acadêmico uma grande diversidade de teorias que tentam delimitar essa lacuna metodológica para viabilizar a respectiva escolha prática, de maneira a reconectar o direito à uma teoria da justiça.<sup>6</sup> Essa multiplicidade de teorias jurídicas da decisão criou uma verdadeira ausência teórica na prática do direito.<sup>7</sup>

Reconhecida a multiplicidade de teorias, o presente trabalho dedicar-se-á à análise da teoria jurídico-pragmática inserida no amplo espectro de teorias pós-positivistas. Richard Posner desenvolve uma análise do pragmatismo jurídico em que se compreende o direito como um instrumento para a obtenção de fins competitivos, onde o sentido dos objetos e relações não possui uma definição imanente e perpétua, mas sim, mutável e, ainda, de que as atividades humanas devem ser analisadas diante dos conteúdos, circunstâncias e consequências. A partir dessa perspectiva, Richard Posner explicita que se contrapõe à:

(...) “razão artificial”, à tese da “resposta certa” de Dworkin, ao formalismo, às concepções abrangentes de justiça, como “justiça corretiva”, “direito natural” e “maximização da riqueza” – sem contrapor-me, contudo, às versões

---

<sup>3</sup> MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Prolem sine matre creatam. OVÍDIO. Pag. 38 (PDF).

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Pag. 392.

<sup>5</sup> *Id.* A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). Tradução Jean François Cleaver – Tradutor do Senado Federal. **Revista de Direito Público** v. 1, n. 1 (2003).

<sup>6</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O convencionalismo de Hart e o pragmatismo de Posner na perspectiva do direito como integridade de Dworkin. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito (Faculdade Dom Bosco)**, v. V, p. 121-136, 2011. Pag. 120.

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI**. Valparaíso, Chile, 2013, 2do Semestre. [pp. 577 - 601].

moderadas desses sistemas normativos -, mas também ao positivismo jurídico “forte”. Vou mostrar-me favorável a uma teoria do direito como “atividade” – a teoria que fundamenta a teoria da previsão de Holmes; favorável ao behaviorismo e, portanto, contrária às “férteis” concepções do mentalismo, da intencionalidade e do livre-arbítrio; favorável ao uso crítico da lógica, por oposição a seu uso construtivo; favorável à ideia de que, nos casos difíceis, o objetivo apropriado do juiz é um resultado razoável, e não um resultado demonstravelmente certo; e favorável a uma concepção do juiz como um agente responsável, e não como um canal de decisões tomadas em outras instâncias do sistema político. Além do mais, em minha argumentação serei favorável à objetividade como atributo cultural e político, e não epistemológico, das decisões legais; favorável ao balancear as virtudes do Estado de Direito às considerações equitativas e discricionárias de casos específicos; favorável a que se torne o direito mais receptivo à ciência – mas sem perder de vista o caráter irremediavelmente autoritário do direito, que limita o alcance de um espírito científico no direito; e favorável a uma teoria consequencialista da interpretação. Em resumo, minha argumentação será favorável a uma concepção do processo jurídico que seja funcional, impregnada de política, não legalista, naturalista e cética, mas decididamente não cínica (...).<sup>8</sup>

Esse conjunto de perspectivas que o pragmatismo de Richard Posner se contrapõe ou é favorável explicita a ampla abrangência teórica em que está incluso, bem como traz à tona os delineamentos de conteúdo, circunstância e consequências mutáveis que podem ser averiguadas diante da obtenção, em maior nível possível, de informações em conjunto com a averiguação do respectivo custo operacional de aquisição em face de um modelo de justiça pragmática. Richard Posner, ao dispor sobre o sistema de justiça, explica que “the demand for justice is not independent of its price”.<sup>9</sup>

Assim, o presente trabalho parte da seguinte indagação: qual é a relevância contemporânea da informação no atuar democrático, em face da invasão das estruturas de poder estatal por organizações ilícitas? A resposta compreende a concepção de uma sociedade contemporânea fluída e de uma nova maneira de interação institucional na democracia.<sup>10</sup> Nessa perspectiva, a teoria do pragmatismo jurídico tem a clareza para expor mecanismos analíticos dos custos da obtenção e absorção da informação no direito.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pag. 37.

<sup>9</sup> *Id.* The Economic Approach to Law. University of Chicago Law School. Journal of Articles. **Texas Law Review** 757, 1975. Pag. 778.

<sup>10</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Denzien. Rios de Janeiro: Horge Zahar. ed. 2001.

<sup>11</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. "Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner". **Apresentação de Trabalho no Colóquio Direito e Normas Técnicas: Dogmática Jurídica, Democracia e Poder**. Direito, 2009. Pag. 09 (PDF).

Essa análise esquadrihada da atuação pragmática das instituições jurídicas move-se através da percepção Baumaniana de que a crítica na contemporaneidade não se deve voltar exclusivamente às intromissões do Estado na vida privada, mas também, na via oposta às intromissões dos indivíduos no Estado. Nesse sentido, Bauman apresenta uma objeção à metodologia crítica de Habermas para dispor um novo paradigma crítico:

Muitos pensadores influentes (sendo Jurgen Habermas o mais importante deles) advertem sobre a possibilidade de que a “esfera privada” seja invadida, conquistada e colonizada pela “pública”. Voltando à memória recente da era que inspirou as distopias como as de Huxley ou de Orwell, pode-se compreender tanto temor. As premonições parecem, no entanto, surgir da leitura do que acontece nos nossos olhos com a lentes erradas. De fato, a tendência oposta à advertência é a que parece estar se operando – a colonização da esfera pública por questões anteriormente classificadas como privadas e inadequadas à exposição pública.<sup>12</sup>

Nessa crítica, averigua-se e deve-se aprimorar o controle das organizações ilícitas invasoras da estrutura estatal pela atuação das instituições do próprio Estado. Essa atuação, para maximizar resultados, deve se pautar pela lógica econômica da teoria da escolha racional das próprias organizações de natureza ilícita. Consoante a essa perspectiva, a “teoria da lógica da ação coletiva” de Mancur Olson expõe a deficiência sistêmica ao classificá-las como “grupos esquecidos”.<sup>13</sup>

Diante dessa incursão, o presente trabalho justifica-se em âmbito jurídico-social, especificamente inserido na temática da “Democracia e Constitucionalismo” sob a linha de pesquisa Relações Sociais e Democracia, uma vez que o custo da informação, em face das relações sociais democraticamente erigidas como ilícitas, é base da implementação de um Estado comunicativo e de compreensão multidimensional.

Ainda, no aspecto atinente à “Democracia e ao Constitucionalismo” os meios de obtenção da informação negociada, como o caso da colaboração premiada, estão posicionados intermediariamente entre os clássicos paradigmas do Estado Democrático de Direito quanto à proteção da segurança pública e da moralidade pública em contraponto à prevalência dos direitos individuais. Enfim, expõe-se diante dessa perspectiva jus-filosófica a relevância da

---

<sup>12</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Denzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. ed. 2001. Pag. 82-83.

<sup>13</sup> OLSON, Mancur. **A Lógica da Ação Coletiva: Os Benefícios Públicos e uma Teoria dos Grupos Sociais**. Tradução de Fábio Fernandez. 1 ed. 2. reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015. (Clássico; 16). Pag. 180.

emergência de limites da discricionariedade/seletividade no direito quanto às instituições jurídicas coletoras da informação negociada.<sup>14</sup>

No âmbito acadêmico, a explicitação da teoria do pragmatismo jurídico de Richard Posner tem ampla relevância, na medida em que não pretende determinar o funcionamento da teoria do direito ou da decisão jurídica por meios normativos (determinativa do mundo do dever ser), mas, pelo contrário, expõe apenas seu funcionamento em uma metodologia positiva (explicativa do mundo do ser) e de modo retro aplicável.

No âmbito jus-filosófico, o referencial Richard Posner se mostra como um autor extremamente complexo e com diversas influências advindas da Economia e da Filosofia, característica essa, que viabiliza a ampliação de perspectivas teóricas sob o manto de uma linha conducente. Na Economia, encontram-se referenciais de Adam Smith, James Buchanam, Gordon Tullock, Oliver Williamson, Douglass North, Joseph Schumpeter e etc. Na Filosofia, possui referências em Immanuel Kant, Jeremy Bentham, John Stuart Mill, Karl N. Llewellyn, Hans Kelsen, Alf Ross e John Rawls entre outros.

Hipoteticamente, para a conjectura problemática exposta, o pragmatismo de Richard Posner tem como canal de incidência no “*civil law*”, a Teoria Pura do Direito, bem como, estrutura-se compativelmente com a democracia de Schumpeter, haja vista que esta tem como elemento inerente para sua consecução, a necessidade de atribuição de poderes ao sistema jurisdicional de uma competência para dirimir conflitos de maneira mais eficiente e socialmente recepcionada. Perspectiva que possibilita ampliar a compreensão de consenso implícito para outras instituições governamentais exercentes de autoridade, como no caso da obtenção de informações negociadas.

Assim, o objetivo geral é explicitar a estruturação do pragmatismo jurídico de Richard Posner em face de países de origem romano-germânica com o sistema “*civil law*”, a fim de viabilizar a compreensão da informação negociada na democracia contemporânea. Ainda, de modo específico, explicitar as condições de possibilidade do pragmatismo jurídico nos respectivos sistemas e na democracia, analisar o conceito de maximização da riqueza em face da teoria pragmática da decisão e, ao final, expor exemplificativamente as incursões do pragmatismo jurídico na criminologia, a fim de averiguar, conforme crítica, a informação negociada.

---

<sup>14</sup> MASCARO, Alysson Leandro Barbate. O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial. **Revista Acadêmica da ESMAG**, v. 01, p. 13-35, 2011.

No intuito de desenvolver os objetivos, a abordagem é composta de introdução, três capítulos e considerações finais. Logo, o primeiro capítulo explicita a compreensão da segurança jurídica como elemento atinente à ordem econômica de cada época e a sucessiva construção da Teoria Pura do Direito como condição de possibilidade do pragmatismo jurídico nas vias do Estado no “*civil law*”. Ainda, são apresentadas as considerações inter-relacionais do pragmatismo, direito e democracia.

Diante desse espectro teórico, nos EUA, recentes pesquisas jurídicas têm se voltado a ampliar paradigmas de análise. Nesse sentido, Kelsen tem sido apontado como uma nova forma de visualizar a função dos tribunais na democracia contemporânea do “*common law*,” atribuindo limites legislativos aos tribunais, ao mesmo tempo que complementa a legislação, criando direito no caso concreto. Assim, dispõe Jeremy Telman que “Kelsen’s solution to the adjudicatory conundrum also points us to a new starting point – democratic theory”.<sup>15</sup>

O segundo capítulo verificará a teoria pragmática da decisão jurídica de Richard Posner em consonância com a compreensão conceitual do termo “maximização da riqueza”, as compreensões de legitimidade, responsabilidade e as críticas de Ronald Dworkin. Todas essas análises conformes ao pragmatismo jurídico desenvolvido pela realocação da maximização econômica, em conjunto com outros paradigmas da teoria do direito, a saber: as estruturas diretivas jurídico-textuais, experienciais, profissionais, educacionais e organizacionais.

Insta salientar, sob o viés de Richard Posner, que o pragmatismo recebe parcial influência do realismo surgido nos EUA, seja nas versões filosófica ou jurídica. Salienta-se, ainda, que, nos EUA, o realismo jurídico é a teoria do direito amplamente adotada em face das teorias formalistas ou das teorias críticas.<sup>16</sup> Isso, uma vez que a cultura jurídica respectiva afere-se através do “*common law*” ou, em outras palavras, pela construção do direito através dos precedentes jurisdicionais em conjunto com a legislação.

Nessa perspectiva, Richard Posner dispõe que Kelsen sistematiza a filosofia jurídica realista americana no modelo continental europeu ao expor que “pragmatist philosopher John Dewey’s essential insight about law was that there is no such thing as legal reasoning; it is

---

15 A solução de Kelsen para o enigma da decisão também é um novo ponto de partida – para teoria da democracia. (TELMAN, D. A. Jeremy. *Selective Affinities: On the American Reception of Hans Kelsen's Legal Theory*. Valparaiso University School of Law, April 6, 2006. Pag. 23. Tradução nossa.)

16 TELMAN, D. A. Jeremy. *Selective Affinities: On the American Reception of Hans Kelsen's Legal Theory*. Valparaiso University School of Law, April 6, 2006. Pag. 19-20.

practical reasoning deployed on legal problems. Kelsen systematizes Dewey's insight, albeit in a characteristically abstract Continental way (...)"<sup>17</sup>

O terceiro capítulo, a partir das compreensões jurídico-pragmáticas, apresentará a inexistência de uma teoria criminológica absoluta na contemporaneidade e as respectivas viradas ontológica e gnosiológica como condição de possibilidade da análise econômica da informação negociada, bem como as repercussões dessa modalidade de informação em face das críticas pragmáticas ao sistema dogmático construído, de maneira a expor suas insuficiências quanto à legalidade e ao processo democrático. As considerações finais trarão as percepções da análise pragmática dos institutos da colaboração premiada.

Nessa perspectiva, Richard Posner assevera que a compreensão kelseniana permite a proeminência do pragmatismo jurídico em todos os poderes do Estado, a saber Estado-Administração, Estado-Legislativo, Estado-juiz o Ministério Público e outras instituições que pertencerem ao Estado. Nesse sentido, dispõe:

(...) kelsen's jurisdictional concept of positivism has another advantage over Hart's: it accounts nicely for the large areas of explicit discretions in a legal system. Prosecutorial discretion, sentencing discretion, scheduling and other case-management discretion, the discretionary judgments made by juries, the discretion any jurisdiction of many appellate courts, such as the U.S Supreme Court – these are illustrations of the vast area in which officials, including judges, exercise lawful authority but neither “legislate” in any recognizable sense of the word nor apply legal principles.<sup>18</sup>

Essa perspectiva explícita e fomenta a ocorrência da teoria dos jogos entre as instituições jurisdicionais, e entre jurisdição e legislação, em que a informação negociada se insere no Brasil contemporâneo, quanto ao poder judiciário, por meio de decisões paradigmáticas atinentes ao Supremo Tribunal Federal Inq 4435 AgR/DF<sup>19</sup> (Duração do Sigilo), Pet 7074/DF<sup>20</sup>

---

17 O filósofo pragmatista americano John Dewey entende que o Direito não é uma espécie de razão legal; é uma razão prática incrustada em problemas legais. Kelsen sistematiza o pensamento de Dewey, embora em uma característica continental abstrata. (POSNER, Richard A. Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law. **18th Annual Meeting of the European Association for Law and Economics**. Viena, set. 2001. Pag. 23. Tradução nossa.)

18 O conceito jurisdicional do positivismo de Kelsen tem outra vantagem sobre o positivismo de Hart: possui uma ampla área para explicitar descrições no sistema legal. Descrições quanto ao ministério público, às sentenças, aos cronogramas e outros casos da administração, ao julgamento pelos júris, a discricção de qualquer jurisdição de muitos tribunais de apelação, como a Suprema Corte dos Estados Unidos - estes são exemplos da vasta área em que funcionários, incluindo juizes, exercem autoridade legal, mas não “legislam” em qualquer sentido reconhecível da palavra nem aplicam princípios legais. (POSNER, Richard A. Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law. **18th Annual Meeting of the European Association for Law and Economics**. Viena, set. 2001. Pag. 22. Tradução nossa.)

<sup>19</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. **Inq 4435 AgR/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/9/2017 (Info 877).

<sup>20</sup> *Id.* Plenário. **Pet 7074/DF**, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 21, 22, 28 e 29/6/2017 (Info 870).

(Procedimento e Atribuições Soberanas do Ministério Público), HC 138207/PR <sup>21</sup> (Descumprimento da Colaboração e Prisão Preventiva), HC 129877/RJ <sup>22</sup> (Efetividade da Colaboração Premiada e Efeitos), Inq 4146/DF <sup>23</sup> (Forma de Registro das Declarações) e atinentes ao Superior Tribunal de Justiça Rcl 31.629-PR <sup>24</sup> (Menção Fortuita de Autoridade com Prerrogativa de Foro) e Rcl 31.629-PR <sup>25</sup>.

Quanto ao parlamento através da elaboração, votação e aprovação da Lei 8.072/1990 <sup>26</sup> (Crimes Hediondos), e sucessivamente desenvolvida pelas Leis nº 7.492/1986 <sup>27</sup> (Crimes Financeiros), Lei 8.137/1990 <sup>28</sup> (Crimes Tributários e Econômicos), Lei nº 9.605/1998 <sup>29</sup> (Crimes Ambientais), Lei 9.613/1998 <sup>30</sup> (Crimes de Lavagem), Lei 9.807/1999 <sup>31</sup> (Proteção às Testemunhas e Colaboradores), Lei 11.343/2006 <sup>32</sup> (Crimes de Tráfico), Lei 12.694/2012 <sup>33</sup> (Julgamento Colegiado para Organizações Criminosas), Lei 12.850/2013 <sup>34</sup> (Lei de

---

<sup>21</sup> *Id.* 2ª Turma. **HC 138207/PR**, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 25/4/2017 (Info 862).

<sup>22</sup> *Id.* 1ª Turma. **HC 129877/RJ**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18/4/2017 (Info 861).

<sup>23</sup> *Id.* Plenário. **Inq 4146/DF**, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 22/6/2016 (Info 831).

<sup>24</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Corte Especial. **Rcl 31.629-PR**, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 20/09/2017 (Info 612).

<sup>25</sup> *Id.* Corte Especial. **Rcl 31.629-PR**, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 20/09/2017 (Info 612).

<sup>26</sup> BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.**

<sup>27</sup> *Id.* Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências.**

<sup>28</sup> *Id.* Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.**

<sup>29</sup> *Id.* Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.**

<sup>30</sup> *Id.* Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.**

<sup>31</sup> *Id.* Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. **Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.**

<sup>32</sup> *Id.* Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.**

<sup>33</sup> *Id.* Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. **Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências.**

<sup>34</sup> *Id.* Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o**

Organizações Criminosas), Lei 13.260/2016<sup>35</sup> (Lei Antiterrorismo) e Lei 13.344/2016<sup>36</sup> (Lei de Combate ao Tráfico de Pessoas).

Em face dessa amplitude, o referido desenvolvimento estrutura-se metodologicamente em torno da explicitação e análise de um referencial e de uma temática específicos, a saber, o jus-economista Richard Posner e a investigação negociada. Nesse desenvolvimento, os primeiros subcapítulos do capítulo um e do capítulo três serão construídos através de uma metodologia histórico-discursiva<sup>37</sup>. Por outro lado, os segundos subcapítulos do capítulo um e do capítulo três, conjuntamente com o capítulo dois, utilizarão a metodologia analítica, a fim de expor pragmaticamente as específicas temáticas.

O método de procedimento histórico-discursivo tem por base a pesquisa que envolve verdades semânticas e interesses gerais, bem como seus respectivos contrapontos. Do ponto de vista de seus objetivos, é exploratória e utiliza como técnica de pesquisa o material bibliográfico de caráter interdisciplinar com vistas a elucidar os acontecimentos sociológicos e econômicos que definiram o discurso dominante de poder, o qual, segundo Foucault, se constrói através das “mãos de ferro da necessidade que sacode o corpo de dados do acaso”<sup>38</sup>.

Por sua vez, a abordagem dos demais pontos é a analítica, associada aos estudos relacionados à filosofia da linguagem, epistemologia e áreas afins, e também sendo empregada com sucesso no campo da filosofia política<sup>39</sup>. Posto em outros termos, pode-se dizer que a

---

**Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.**

<sup>35</sup> *Id.* Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. **Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nos 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013.**

<sup>36</sup> *Id.* Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. **Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).**

<sup>37</sup> Foucault dispõe sobre a distinção entre suas duas metodologias fundamentais “(...) arqueologia é o método próprio à análise da discursividade local, a genealogia é a tática que, a partir da discursividade local, assim descrita, ativa os saberes libertos da sujeição que emergem desta discursividade” (FOUCAULT, Michael. **Genealogia e Poder.** \_\_\_\_\_ in *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. Pag. 97).

<sup>38</sup> FOUCAULT, Michael. **Nietzsche, Genealogia do Poder.** \_\_\_\_\_ in *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. Pag. 12-23. Pag. 18.

<sup>39</sup> “Rawls pode ser considerado um divisor de águas, e sua obra apresenta as principais características que permitem designá-la como paradigmática no sentido de Thomas Kuhn: ela orienta os trabalhos futuros em termos de filosofia política e é suficiente aberta para permitir o trabalho dos cientistas”. (Luiz Paulo ROUANET, “Rawls e o renascimento da Filosofia Política”, in Rossano PECORARO (org.). **Os clássicos da Filosofia**, vol. III, Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; Petrópolis: Vozes, 2009).

filosofia analítica se caracteriza pela abordagem de problemas, contraposta a uma análise de autores, característica da chamada filosofia continental.

Observa-se que a pesquisa será integralmente bibliográfica e documental e, nesse sentido, as fontes de consulta combinam livros, artigos impressos ou eletrônicos e dicionários especializados, legislação e jurisprudência. A pesquisa na internet facilitou em muito a consulta às bibliografias e aos especialistas em todo o mundo, mas não eliminou a necessidade de se consultar fontes “in loco”.

Abordada propedeuticamente a temática, o problema, as justificativas, as hipóteses, os objetivos, a metodologia, o referencial teórico e a estrutura da Dissertação, passar-se-á ao desenvolvimento material das pesquisas e compreensões obtidas ao longo de trabalho de abordar temática, ainda em âmbito jurídico nacional.

## 1. PRAGMATISMO JURÍDICO E CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE.

O presente capítulo aborda a temática da estruturação da segurança jurídica em torno das condições pragmático-econômicas de períodos específicos, bem como busca explicitar a compreensão contemporânea do pragmatismo e do direito em face da democracia. Diante dessa perspectiva, indaga-se: quais seriam as condições de possibilidade para o desenvolvimento do pragmatismo jurídico no “*civil law*”? Como se estrutura uma respectiva teoria pragmática do direito? O que é uma democracia pragmática? Como se relacionam as perspectivas pragmáticas do direito e da democracia? Indagações essas que orientam o desenvolvimento do presente capítulo.

Por um lado, a abordagem histórica da segurança jurídica tem duas ordens de relevância para a consecução do trabalho. A primeira é demonstrar que a construção de sentidos da segurança jurídica não é absoluta e, assim, possibilitar uma análise crítico-pragmática comparativa entre os vieses de maximização das respectivas construções; já a segunda é expor a entrada do pragmatismo no “*civil law*” mediante a Teoria Pura do Direito.

Assim, a primeira perspectiva de relevância é primordial na análise de como as formas conceituais de institutos jurídicos maximizam a construção socioeconômica em cada período do espaço-tempo e, ainda, têm relevância para a compreensão das teorias do direito na contemporaneidade; porquanto, é a base da discussão da qual advieram métodos e instrumentos existentes no direito, capazes de reduzir o voluntarismo e possibilitar o controle de decisões jurídicas no sistema “*civil law*”.

Já a segunda perspectiva de relevância atinente à Teoria Pura do Direito emerge com dupla funcionalidade: a primeira, referente à condição de possibilidade de inserção do pragmatismo no “*civil law*”, e a segunda, como fonte de percepção da discricionariedade/seletividade no âmbito do Estado em seus diversos aspectos, bem como o paradigma das sucessoras teorias do direito, nas quais se insere o pragmatismo jurídico de Richard Posner. Nessa seara, insta salientar que a decisão jurídica não acontece somente na seara do poder judiciário, como supôs Kelsen, mas também, através de todos os interlocutores que operam o direito na esfera do Estado, inclusive nas instâncias investigativas.

Nesse sentido, há avanços e retrocessos nas tratativas da teoria do direito e da decisão que tangem à segurança jurídica, bem como não há, na realidade jurídica vigente do “*civil law*”, uma superação do modelo kelseniano, uma vez que diversas premissas teóricas continuam a dar pressuposto ao ordenamento jurídico, como, por exemplo, a hierarquia normativa (direito

estático), as múltiplas possibilidades de decisão (direito dinâmico/interpretação), a estruturação e compartimentação do poder (competência), a impossibilidade de existência de uma única decisão correta (moldura jurídica), a força normativa da Constituição (controle de constitucionalidade), entre outros elementos teóricos.

Ocorre que a teoria kelseniana potencializa a atuação discricionária/seletiva do poder jurisdicional, mas não dispõe atenção às demais instituições que integram o Estado e exercem parcela atributiva da decisão ou permeiam o controle e condução da decisão. Ainda assim, essas instituições, como é o caso da Administração e do Ministério Público, ao tomarem decisões na definição diretiva de suas atribuições, utilizam-se da abertura kelseniana para implementar as metodologias pragmáticas em face da atribuição dos decisores propriamente ditos ou na qualidade de “comunicadores do direito”.<sup>40</sup>

Por outro lado, concernente à construção teórica do direito pragmático encontra-se a democracia. Nessa perspectiva, diversas modificações na forma de governo democrático ocorreram, como exemplo, pode-se destacar a formação e emergência dos partidos de massa e a ampliação do sufrágio. Assim, faz-se necessário analisar as formas de governo existentes e se estamos em processo de criação de uma nova forma.

Nessa análise, conforme expõe Bernard Manin, peremptoriamente, necessita-se da averiguação prática dos princípios regentes das formas de governos, a saber: (i) os representantes são eleitos pelos governados, (ii) os representantes conservam uma independência parcial diante das preferências dos eleitores, (iii) a opinião pública sobre política pode se manifestar independentemente do controle do governo e (iv) as decisões políticas são tomadas após o debate.

A eleição é o mecanismo escolhido para determinar quem serão os governantes através do consentimento. A independência parcial dos representantes se opõe ao mandato imperativo e à revogabilidade permanente, nos quais o povo faria um controle imediato, no entanto, nessa independência é exatamente onde reside a superioridade do governo representativo, ou seja, na capacidade de ocorrer um distanciamento entre a vontade do povo e a atuação do representante, o que faz que haja uma melhor governança política.<sup>41</sup>

A livre manifestação política da opinião pública pressupõe o devido acesso à informação política e a livre oportunidade de manifestar, de maneira que o povo possa organizar-se e

---

<sup>40</sup> ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. Contemplem! Eis o Comunicador da Norma. **Quaestio Iuris**. vol. 10, nº. 01, Rio de Janeiro, 2017. pp. 241-257. Pag. 252-254.

<sup>41</sup> MANIN, Bernard. As Metamorfoses do Governo Representativo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, nº 29, 1995. Pag. 02-04 (PDF).

demonstrar os destinos políticos que pretende. O debate é de caráter necessário nos governos representativos, ao menos no órgão central de decisões, pois representa a natureza coletiva das diversidades sociais. Para tanto, se instaura o princípio majoritário como vetor decisional, não como a forma mais justa ou verdadeira, mas sim, reconhecendo a imperatividade de existir uma decisão.<sup>42</sup>

Com a devida análise sobre os princípios integrantes das formas de governo, passa-se a explicitação das formas de governos segundo Bernard Manin: (i) a democracia parlamentarista, (ii) a democracia de partido e (iii) democracia do público. No modelo parlamentar, as eleições ocorrem por escolhas de notáveis com relações locais com o eleitor; a independência parcial se apresenta pelo voto conforme a consciência do representante; a opinião pública advém da não coincidência entre as expressões eleitorais e não-eleitorais e se mostra, principalmente, pela presença do povo na porta do parlamento; por fim, o debate político ocorre no parlamento.<sup>43</sup>

No modelo dos partidos, a eleição se dá pela fidelidade a um partido, normalmente representante de uma classe social delimitada; a independência parcial é exercida pelos líderes de partidos, os quais delimitam as diretrizes políticas; já a opinião pública ocorre diante da coincidência das expressões eleitorais e não eleitorais apresentadas com relevância na manifestação da oposição. O debate parlamentar acontece internamente aos partidos e entre partidos em um modelo neocorporativista.<sup>44</sup>

No modelo público, a eleição exerce a função de viabilizar a escolha de um comunicador que apresente respostas que abarquem da melhor forma as clivagens sociais; a independência parcial se dá pela imagem do representante, pois, ao mesmo tempo que não possui vinculação com o povo em sua votação, ainda necessita apresentar uma imagem complacente com a clivagem social que o elegeu. A opinião pública passa a usufruir de um instrumento anônimo de manifestação política através das pesquisas de opinião, nas quais não é necessário passar por uma identificação; por último, o debate se instaura principalmente entre o governo e as instituições de interesse, bem como através da mídia de massa em face de um eleitor flutuante.<sup>45</sup>

Diante dessa explanação preliminar, o presente capítulo justifica-se na medida em que a utilização de teorias estrangeiras necessita de um cuidado quanto à averiguação da

---

<sup>42</sup> *Ibid.* Pag. 04-08 (PDF).

<sup>43</sup> *Ibid.* Pag. 08-09 (PDF).

<sup>44</sup> *Ibid.* Pag. 09-13 (PDF).

<sup>45</sup> *Ibid.* Pag. 13-19 (PDF).

possibilidade de desenvolvimento em âmbitos culturais, econômicos, jurídicos e democráticos distintos. Nesse sentido, Staut Jr. explicita que a análise do direito como fenômeno histórico deve ser meticulosa quanto à abordagem de sua historicidade, elencando cuidados metodológicos necessários à qualidade dos trabalhos.<sup>46</sup>

Entre esses cuidados, estão: a observação de que o conhecimento jurídico, em grande parte, possui tempo e espaço; um olhar crítico em face do peso do “*stablishing*” cultural; a ausência de linearidade do devir da história diante de descontinuidades e continuidades na seara jurídica; atenção em face do formalismo e dogmatismo dos materiais de pesquisa e dos atos normativos, mas, ao mesmo tempo, a constatação de que o direito posto é parte da realidade vigente e, desse modo, auxilia em sua estabilização ou modificação.

Para tanto, objetiva-se averiguar o devir da segurança jurídica nos quatro macrossistemas econômicos (escravagismo, feudalismo, mercantilismo e capitalismo) ao longo da história, e delineados paralelamente no direito pelos períodos greco-romano, medieval, iluminista e Teoria Pura do Direito, como formas conceituais e estruturais do direito, decorrentes de um arcabouço econômico emergente em um espaço-tempo e consequentes da manifestação preponderante de poder de um ou alguns grupos. Ainda, objetiva-se averiguar a teoria pragmática do direito e suas relações com a democracia em face da evolução e acumulação de conhecimento práticos, úteis em prol das necessidades humanas presentes e futuras.

Assim, o presente capítulo será estruturado em dois subcapítulos. O primeiro subcapítulo aborda a relatividade histórico-semântico da segurança jurídica em face da maximização de cada sistema, e a conexão da Teoria Pura do Direito em face do pragmatismo; já o segundo subcapítulo aborda a compreensão da democracia em face do funcionalismo jurídico-pragmático de Richard Posner.

A metodologia a ser empregada é a histórico-discursiva, para o primeiro subcapítulo, com influência na específica percepção foucaultiana sobre a inexistência de verdades absolutas, mas somente verdades vigentes que admitem, no remexer da proveniência e da emergência, a explicitação de várias verdades, no intuito de afastar o que o autor denominou de “silêncio prudente”<sup>47</sup>, perspectiva essa que não aparta a percepção de que uma ou algumas formas

---

<sup>46</sup> STAUT JUNIOR, Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 42, p. 155-170, 2005. Pag. 168.

<sup>47</sup> FOUCAULT, Michael. **Genealogia e Poder**. \_\_\_\_\_ in *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. Pag. 98.

discursivas se realizem de maneira hegemônica. No segundo subcapítulo, utiliza-se a metodologia analítica.

Diante de relevante tarefa, os referenciais teóricos que sustentam o desenvolvimento do primeiro subcapítulo são as leituras críticas de Alysson Leandro Mascaro, atinentes ao *paper* “O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial”, e à obra “Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro”, até a perspectiva jurídico pragmático-estruturante da obra “Teoria Pura do Direito”, de Hans Kelsen. Insta salientar que a abordagem crítica possui relevante utilidade aos estudos pragmáticos, haja vista que desvela parte da estruturação econômica de cada sociedade.

Já quanto à exposição do segundo subcapítulo referente à democracia, a base de compreensão será o já explicitado artigo “*As Metamorfoses do Governo Representativo*”, de Bernard Manin; para o desenvolvimento, os artigos “Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica”, de Fábio Oliveira et al, “A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, bem como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional”, de Peter Häberle; por fim, a obra “Direito, Pragmatismo e Democracia”, de Richard Posner.

## 1.1. HISTÓRICO-DISCURSIVO DA SEGURANÇA JURÍDICA E O PRAGMATISMO JURÍDICO EM FACE DO “CIVIL LAW”.

As teorias do direito e da decisão jurídica contemporâneas pressupõem o fenômeno da segurança jurídica, que é o verso do fenômeno da discricionariedade/seletividade jurídica, logo, a maior incidência jurídico gravitacional a um dos lados reduz, em maior ou menor grau, a incidência do outro lado. Fenômeno esse que, no decorrer da história do direito, explicita a inexistência de uma verdade absoluta e imanente; em seu lugar, expõe uma construção de sentido da realidade jurídico-abstrata conforme as circunstâncias de poder em cada época do movimento histórico da humanidade.

Estruturalmente, o subcapítulo aborda a delimitação histórico-discursiva da segurança jurídica nos períodos do direito greco-romano, do direito medieval, do período iluminista e da paradigmática Teoria Pura do Direito (positivismo lógico, neopositivismo, positivismo normativo ou positivismo kelseniano) e, sucessivamente a cada explanação, explicitam-se as condições de possibilidade semântica de cada formatação.

Após a análise da segurança jurídica na Teoria Pura do Direito, especifica-se a relevância desta teoria para o surgimento do pragmatismo jurídico no modelo “*civil law*”. Nesse ínterim, é necessário compreender que, ao longo da história, a segurança jurídica nem sempre esteve compreendida como elemento fundamental do direito, entretanto, na contemporaneidade, consubstancia-se com um dos elementos distintivos dessa atividade da sociedade.<sup>48</sup>

Como primeira análise: o direito romano. A emergência da segurança jurídica nesse período histórico é desenvolvida em torno de um caráter social do indivíduo julgador, assim, Michèle Ducos, ao tratar do procedimento no direito romano expõe que “esse caráter tinha, por um lado, as realidades sociais do exercício da justiça: todo cidadão, possuidor das condições de idade e fortuna, podia ser inscrito na lista dos juízes.”<sup>49</sup>

A segurança jurídica era exercida através da delimitação em face do “*background*” econômico cultural de quem poderia exercer o poder de julgar. Essa delimitação era realizada através da idade e, cumulativamente, da fortuna que cada indivíduo possuía, a fim de efetivar a manutenção da estrutura social em determinado tempo e espaço. Nesse aporte, Carvalho Luz

---

48 MASCARO, Alysson Leandro Barbate. O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial. **Revista Acadêmica da ESMAG**, v. 01, p. 13-35, 2011.

49 DUCOS, Michèle. **Roma e o direito**. Trad. Silvia Sarzana, Mário pungliesi Netto. São Paulo: Madras, 2007. Pag. 113.

expõe que “O sacerdote, espelhado inicialmente na figura do ‘jurista’ sábio, encarnava os ideais tradicionais da sociedade gentílica e seu culto dos antepassados fundadores de Roma”.<sup>50</sup>

A metodologia de julgamento que assegurava a prevalência e propulsão da ideologia estruturalmente construída em Roma era a prudência, forma de elasticidade de julgamento baseada na compreensão cultural dos julgadores romanos. No direito romano, havia o protótipo dos juízes modernos, que eram denominados de pretores - estes julgavam e acionavam a justiça. Para tanto, consideravam-se esses atos como uma arte da sabedoria ou do justo, em que hipóteses jurídicas muito semelhantes poderiam ter resultados diferentes, como, por exemplo, uma questão contratual entre pessoas de categorias sociais distintas.<sup>51</sup>

Nesse âmbito, Michèle Ducos dispõe a importância da atuação dos pretores na construção do direito romano e na adaptação às evoluções e especificidades da sociedade:

A partir do século II a.C., pelo menos, o pretor urbano desempenhou um papel maior na evolução do Direito, em Roma. Como a maioria dos magistrados, ele possuía o direito de usar os editos (*iua edicendi*), isto é, formular publicamente regulamentos ou prescrições. Conhecemos os editos consulares ou censórios, mas em matéria de Direito Civil, o edito era afixado pelo pretor urbano no momento de sua posse no cargo e constituía uma fonte de Direito. Tratava-se, de algum modo, de um programa de ação. O magistrado enumerava os casos aos quais atribuiria uma ação na justiça: *iudicium dabo*, segundo a fórmula que figurava no edito. Ele trazia, assim, ao cidadão em necessidade, os meios de ver sua situação reconhecida e protegida pelo Direito. Desse modo, o pretor podia adaptar o Direito a novas necessidades, completá-lo ou modificá-lo. (...) Em princípio, o edito era válido por um ano, o que corresponde ao período em que os pretores exerciam seu cargo. Mas certas disposições podiam ser retomadas pelos sucessores. Progressivamente, graças aos editos sucessivos, em que os pretores utilizavam as medidas anteriores e acrescentavam igualmente as suas próprias, elabora-se um Direito adaptado às transformações da sociedade romana nessa época.<sup>52</sup>

Essa arte da sabedoria era baseada na passagem do Digesto “*Jus est ars boni et aequi*”, o direito é a arte do bem e da equidade ou, de outra maneira, a arte do justo. Os romanos tomavam essa equidade no sentido grego de Aristóteles, para o qual o julgamento devia ser constituído em cada caso, conforme as circunstâncias específicas.<sup>53</sup>

---

50 LUZ, Vladimir de Carvalho. Os Juristas da Tradição Ocidental: discursos e arquétipos fundamentais. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, jul. 2012. Pag. 10 (PDF).

51 MASCARO, Alysson Leandro Barbate. O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial. **Revista Acadêmica da ESMAG**, v. 01, p. 13-35, 2011.

52 DUCOS, Michèle. **Roma e o direito**. Trad. Silvia Sarzana, Mário pungliesi Netto. São Paulo: Madras, 2007. Pag. 39-40.

53 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. A Equidade na Filosofia do Direito: apontamentos sobre sua origem aristotélica. **Revista Espaço Acadêmico**, Nº 128, janeiro de 2012. Ano XI. Pag. 92.

Assim, o julgamento por equidade se fez presente como a tônica do direito por longo período da história, visto que Aristóteles se situa aproximadamente 400 anos antes de Cristo, e o Digesto, aproximadamente 500 anos após Cristo. Segundo Aristóteles, equidade é a metodologia de correção da lei conforme a analogia da “régua de lesbos” que possibilita a adaptação entre a disposição legal rígida e as ocorrências reais da vida prática:

(...) o equitativo é justo e superior a uma espécie de justiça (justiça legal), embora não seja superior à justiça absoluta, e sim ao erro decorrente do caráter absoluto da disposição legal. Desse modo, a natureza do equitativo é uma correção da lei quando esta é deficiente em razão da sua universalidade. É por isso que nem todas as coisas são determinadas pela lei: é impossível estabelecer uma lei acerca de algumas delas, de tal modo que se faz necessário um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida, a regra também é indefinida, tal qual ocorre com a régua de chumbo usada pelos construtores de Lesbos para ajustar as molduras; a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, da mesma forma como o decreto se adapta aos fatos.<sup>54</sup>

Na história greco-romana, a palavra prudência é o termo romano que equivale à equidade grega. Nesse período, o direito constituiu-se com prevalência da prudência/equidade e é desse aporte metodológico que advém uma palavra que até os tempos contemporâneos é empregada na seara jurídica: a jurisprudência (ou direito da prudência).

A respectiva construção da segurança jurídica no período greco-romano tem como condição de possibilidade semântica o sistema de poder vigente que era estruturado com base na força militar dominante e no sistema econômico escravagista. A força militar dominante, auferida através de conquistas territoriais mediante guerras, atribuía aos integrantes dos povos dominantes o poder de julgar conforme seus próprios paradigmas sociais e culturais. Já o sistema econômico escravagista responsabilizava-se por manter os povos dominados sob o manto das decisões jurídicas do soberano.<sup>55</sup>

Como segunda análise: o direito medieval. A emergência da segurança jurídica no período medieval é estruturada em torno das compreensões absolutas e imanentes da teologia. Na mesma linha, a estrutura filosófica da Idade Média ocidental é pautada pela compreensão de mundo embasada na religiosidade. Nesse período, o cristianismo buscou critérios de conteúdo para que os julgamentos fossem imutáveis, invariáveis, permanentes e advindos de uma essência divina, o que se consubstanciou no jusnaturalismo teológico.<sup>56</sup>

---

54 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2002. Pag. 125.

55 MASCARO, Alysson Leandro Barbate. O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial. **Revista Acadêmica da ESMAG**, v. 01, p. 13-35, 2011.

56 *Ibid.*

Assim, a segurança jurídica começou a possuir contornos materiais mais incisivos na Idade Média. Essa compreensão foi delineada por Santo Agostinho e São Tomás de Aquino através da fé cristã e da respectiva poderosa influência social, tanto no âmbito do direito quanto em outros aspectos técnicos da sociedade medieval. Insta observar que essa inflexibilidade de uma tábua de valores chega aos tempos contemporâneos pela via da moralidade, segundo Mascaro:

(...) pontos de maior segurança jurídica se revelam quase sempre nessas questões os valores morais da própria sociedade. Questões econômicas podem até ser variáveis, questões do trato da relação capital e trabalho refletem luta, questões da organização do Poder Judiciário são simplesmente de quase convenção, mas questões morais, elas perseveram nessa própria lógica medieval, de uma segurança de repetição estreita por conta de uma pretensa imutabilidade de valores.<sup>57</sup>

As perspectivas jurídicas e políticas do período são delineadas por Staut Jr. em diversos tópicos, como um desenvolvimento não manifestado pelo poder político, mas sim, um desenvolvimento atrelado à sociedade; forte pluralismo de ordens; embasamento na factualidade e historicidade; um direito complexo e sem simplificações codificadoras em face de um reicentrismo e comunitarismo; um direito no pensamento de ordem do mundo; forte presença da igreja e das práxis.<sup>58</sup>

Diferentemente do que ocorria no período greco-romano, na Idade Média houve uma modificação na estrutura social e na estrutura jurídico-filosófica. A estrutura social do feudalismo não era mais baseada na guerra e na escravidão, ao contrário, era baseada no poder da propriedade da terra e na relação de servidão.

Diante dessa construção socioeconômica, a condição de possibilidade semântica da segurança jurídica medieval é pautada na estabilidade das propriedades rurais e no sistema econômico servil. Por um lado, a estabilidade jurídica da propriedade da terra como atribuição divina é a base da imutabilidade estamental entre os senhores (detentores da terra) e os servos (trabalhadores da terra); por outro lado, a relação jurídica de servidão impossibilita a obtenção de terras através da imposição de tributos severos sobre o trabalho.<sup>59</sup>

Esse cenário econômico-jurídico inicia sua modificação ainda durante o próprio período da Idade Média, por volta do séc. XII, com a reinserção paulatina das compreensões conceituais

---

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> STAUT JUNIOR, Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 42, p. 155-170, 2005. Pag. 168.

<sup>59</sup> MASCARO, Alysson Leandro Barbate. O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial. **Revista Acadêmica da ESMAG**, v. 01, p. 13-35, 2011.

jurídicas do período romano, principalmente a estruturação administrativa e centralizadora do poder através da expedição de leis e da regulação dos julgamentos por meio de recursos dirigidos aos emergentes reis do período medieval, fortalecendo desse modo o reicentrismo.<sup>60</sup> Nessa perspectiva, cita-se, como exemplo, o reinado português de Afonso III (1245-1279).<sup>61</sup>

Como terceira análise: o direito no Iluminismo. A emergência da segurança jurídica no período iluminista é pautada na estrutura ideológica da Razão<sup>62</sup> liberal individual. Nessa perspectiva ideológica da burguesia emergente, a estrutura econômico-social determinava o conteúdo da segurança jurídica e a estrutura jurídico-formal da separação do poderes elaborada por Hobbes e sistematizada por Montesquieu e, ainda, determinava a metodologia silogística das leis e códigos em face da realidade.<sup>63</sup>

O julgador e o jurista tornam-se autômatos repetidores do que está elencado na lei, a lógica legalista implica qual é a legítima e única decisão diante do poder do juiz no mundo fático, diante da inexistência de real poder outorgado aos juízes na aplicação da lei. Nesse sentido, dispunha Montesquieu que:

(...) governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida. (...) o juiz pronuncia a pena que a lei inflige para este crime e **para tanto ele só precisa ter olhos**.<sup>64</sup> (negrito inserido)

Com a Idade Moderna, o Estado continuou a centralizar-se e a possuir uma estrutura lógica em que dominava o uso da violência e o monopólio da decisão jurídica, bem como as decisões, que passaram a advir de uma estrutura estatal com incipiente organização e corpo de juízes e, adiante, com as revoluções liberais nos EUA e na França, quando a burguesia emergente apoderou-se da estrutura Estatal e unificou o conteúdo (liberal individual) à estrutura atribuída pelo Estado.<sup>65</sup>

Nesse mesmo lapso histórico, a estrutura social passou a ser definida pela propriedade privada em caráter dinâmico. Desde o início da Idade Moderna, pela relação comercial de troca de propriedades móveis mediante uma moeda relativamente centralizada, fato que constituiu o

---

<sup>60</sup> FERNANDES, Fátima Regina. A recepção do direito romano no ocidente europeu medieval: Portugal, um caso de afirmação régia. **História: Questões e Debates**, Curitiba. N. 41. P. 73-83, 2004. Editora UFPR. Pag. 79-80.

<sup>61</sup> Ibid. Pag. 76.

<sup>62</sup> Razão com “R”, pois, segundo Mascaro, os modernos consideravam uma única razão como correta: a sua própria. Essa Razão é caracterizada como liberal individual.

<sup>63</sup> MASCARO, Alysson Leandro Barbate. O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial. **Revista Acadêmica da ESMAG**, v. 01, p. 13-35, 2011.

<sup>64</sup> MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Prolem sine matre creatam. OVÍDIO. Pag. 38 (PDF).

<sup>65</sup> MASCARO, Alysson Leandro Barbate. *Op. Cit.*

mercantilismo, atribui-se ao direito de propriedade um caráter vivo voltado ao interesse da acumulação de capital.<sup>66</sup>

Assim, a concepção legalista da segurança jurídica tem como condição de possibilidade semântica a centralização dos Estados soberanos e o sistema econômico mercantilista. A centralização dos Estados possibilitou a delimitação das dimensões territoriais e pessoais, em que cada ordenamento exerce a soberania; já o sistema mercantilista possibilitou a manutenção de uma classe mercantil como detentora do poder.<sup>67</sup> Diante dessas condições de possibilidade, Staut Jr. dispõe que:

Abandonado o discurso historicista, verifica-se que a construção da propriedade como um direito abstrato, individual, praticamente absoluto de usar, gozar e dispor, consagrada no movimento de codificação (especialmente no Código Civil Francês) é uma invenção moderna e não um instituto trans-histórico (...).<sup>68</sup>

Desse modo, explicita-se que a moderna construção do direito de propriedade e, conseqüentemente, do direito em si, representa uma forte descontinuidade com as definições culturais e socioeconômicas da Idade Média quanto às relações entre os homens, e entre estes e as coisas, bem como a elevação do individual sobre o coletivo.<sup>69</sup> Entretanto, essa descontinuidade socioeconômica teve como um dos grandes vetores de impulsão da mentalidade estrutural da sociedade, o direito posto. Como exemplo, pode-se citar a “Lei Negra”<sup>70</sup>, uma lei da Inglaterra do séc. XVIII (maio de 1723) denominada de “9 George I c. 22”, com o intuito de proteger as florestas e os bosques ingleses enquanto propriedades individuais em face de invasores.<sup>71</sup>

Como quarta análise: a Teoria Pura do Direito. A emergência da segurança jurídica lógico-normativista embasa-se na delimitação da moldura jurídica e na delimitação da competência do julgador.<sup>72</sup> A moldura jurídica explicita quais as possibilidades de

---

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> STAUT JUNIOR, Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 42, p. 155-170, 2005. Pag. 163.

<sup>69</sup> *Ibid.* Pag. 161.

<sup>70</sup> Segundo Staut Jr.: essa lei foi denominada de “A Lei Negra” em “homenagem” aos caçadores das florestas inglesas que, para capturarem de maneira mais fácil os animais selvagens, especialmente os cervos (gamos ou veados), utilizavam o artifício de pintar os rostos de preto, geralmente com carvão, ficando, assim, camuflados. (STAUT JUNIOR, Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 42, p. 155-170, 2005. Nota 2)

<sup>71</sup> STAUT JUNIOR, Sérgio Said. *Op. Cit.* Pag. 155-156.

<sup>72</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014. Pag. 206-208.

interpretação juridicamente válidas e a competência reduz quem é que tem o poder de dizer qual delas irá prevalecer (quem é o aplicador do direito).

Hans Kelsen é o principal referencial teórico do positivismo lógico-normativista. Diante desse tema, o autor inicia o estudo da interpretação conceituando-a como “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.<sup>73</sup> Nesse aspecto, deve-se aferir a existência de duas espécies de interpretação do direito: a primeira é a interpretação autêntica realizada pelo órgão aplicador, a segunda é a interpretação não autêntica realizada por qualquer pessoa ou pela comunidade jurídico-científica.

Essa operação mental no progredir dos escalões hierárquico-normativos possui duas dimensões: a dimensão da relação de determinação e a dimensão da relação de indeterminação. A relação de indeterminação advém da situação de que a relação de determinação nunca é completa, de maneira que sempre existe uma margem para o preenchimento do intérprete. Essa indeterminação pode ser quanto ao fato ou quanto à consequência jurídica, como por exemplo, a maneira de se executar um mandado de prisão ou a variação da quantidade de pena atribuída ao condenado.<sup>74</sup>

Neste aspecto da relação de indeterminação reside a necessidade de interpretar, haja vista que “resulta justamente do fato de a norma aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto”.<sup>75</sup> Nesse sentido, a função da interpretação é fixar as várias possibilidades que a ordem jurídica dispõe ao intérprete, de modo a construir uma moldura jurídica.

Diante desse aspecto, segundo Kelsen a aplicação do direito subdivide-se em duas vertentes de análise “A primeira tem por objeto o direito como um sistema de normas em vigor, o direito no seu momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o direito é produzido e aplicado, o direito no seu movimento”.<sup>76</sup>

Na vertente metodológica dinâmica (de movimento) kelseniana, a aplicação do direito é segregada em dois atos distintos. O primeiro é o *Ato de Conhecimento* e o segundo é o *Ato de Vontade*. O ato de conhecimento é a fixação da moldura jurídica diante das dimensões das

---

73 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Pag. 387.

74 *Ibid.* Pag. 388.

75 MASCARO, Alysson Leandro Barbate. O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial. **Revista Acadêmica da ESMAG**, v. 01, p. 13-35, 2011.

76 KELSEN, Hans. *Op. Cit.* Pag. 80.

relações de determinação e de indeterminação. O ato de vontade é a fixação de uma das possibilidades elencadas na moldura jurídica como de observância obrigatória.<sup>77</sup>

Desse modo, insta salientar que o direito somente é aplicado quando por meio da interpretação autêntica (decisão da autoridade competente). Esta delimitação de competência baseia-se na busca pela segurança jurídica, a qual somente alguns órgãos podem aplicar o direito, e que as diretrizes da ordem jurídica posta possam ser aferidas mediante filtros institucionais através das instâncias jurisdicionais superiores.

Acontece que, caso ocorra uma decisão prolatada por órgão competente, completamente fora da moldura jurídica, essa integrará os comandos normativos estatais, principalmente se decorrer da última instância de decisão e houver o trânsito em julgado. Assim, Kelsen exemplifica que a decisão fora da moldura jurídica pode ocorrer quando houver um estado de necessidade do próprio Estado através da “(...) realização livre do fim do Estado tão-somente **delimitada pelos quadros da lei e, em caso de necessidade** – isto é, no caso do chamado estado de necessidade do Estado -, **mesmo contra a lei**”.<sup>78</sup> (negrito inserido)

Kelsen completa o desenvolvimento de sua teoria ao discorrer sobre a interpretação da ciência jurídica, como integrante de uma interpretação não-autêntica, que deve fixar tecnicamente a moldura jurídica possível a ser aplicada. Nesse sentido, a interpretação da ciência jurídica, quando se restringe à elaboração das múltiplas possibilidades do ordenamento, cumpre com uma função científica, no entanto, se realiza ato de cognição embasado em outras ciências, realiza, tão somente, uma função política que não possui obrigatoriedade jurídica.<sup>79</sup>

Ainda, Kelsen dispõe que a ciência do direito não pode ser concebida como uma mera ideologia (juízos de valor sobre a realidade), haja vista que essa vertente desconsidera o potencial prescritivo da ciência do dever-ser. Ademais, não pode ser considerada uma ideologia, visto que a ciência do direito não ocupa-se de um direito ideal ou justo, mas sim, de um direito como posto, de modo que se afasta não somente o direito como ideologia em seu todo, mas também da ideologização.<sup>80</sup>

Consoante, percebe-se que a ciência do direito (proposições jurídicas em sistema jurídico) é hermeticamente fechada por meio da metodologia hipotético-dedutiva, entretanto, o

---

77 *Ibid.* Pag. 393.

78 *Ibid.* Pag. 313.

79 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014. Pag. 199-201.

80 *Ibid.* Pag. 113-119.

direito (normas jurídicas) possui aberturas semânticas com a realidade sociológica, econômica, entre outras. As constatações sobre essas aberturas não apresentam consenso no âmbito da jusfilosofia, haja vista que alguns estudiosos não consideram sua existência, outros consideram a abertura por meio da estruturação do Estado, outros localizam a abertura no ato de vontade pela autoridade autêntica e, por último, há os que consideram as duas possibilidades de abertura, como é o caso do presente trabalho.

A primeira abertura é a estática e está disposta na estruturação do Estado, pois, conforme Kelsen “o Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada”<sup>81</sup>, assim, na formulação e constituição do Estado pelo poder constituinte e pelo legislativo faz-se uma seleção de valores que se orientam e se concretizam na Constituição e nas leis, de maneira que, posteriormente, serão estas as proposições jurídicas orientadoras da própria ciência do direito.<sup>82</sup>

A segunda abertura é a dinâmica e está disposta na formulação da decisão jurídica pela autoridade autêntica. Aqui, o próprio Kelsen dispõe que a compreensão do Estado não está reduzida à lei, logo, sua forma como questão de criação do direito não se apresenta unicamente na Constituição, mas também compreende o caráter “*desuetudo*” do costume social ou jurisdicional.<sup>83</sup> Assim, “não só se levanta relativamente à atividade legislativa, como também se põe a todos os níveis da criação jurídica e, especialmente, como referência aos diversos casos de fixação de normas individuais”.<sup>84</sup>

Isso, pois, nessa etapa da aplicação do direito, admitem-se fundamentos de qualquer natureza ideológica, em face da ausência de leis plenas e que regulem o âmbito das relações linguísticas de indeterminação. Nesse sentido, Richard Posner exorta que “Kelsen even uses the term “ideology” to describe what the judge must use to create the specific legal norms necessary to decide cases not ruled by preexisting law”.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Pag. 317.

<sup>82</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014. Pag. 140 e 187.

<sup>83</sup> SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: diferenças e semelhanças. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, Nº 4, julho/setembro de 2008. Pag. 194-195.

<sup>84</sup> KELSEN, Hans. *Op. Cit.* Pag. 310.

<sup>85</sup> Kelsen até usa o termo “ideologia” para descrever o que os juízes devem usar para criar a norma legal específica necessária para decidir casos não regidos por leis preexistentes. (POSNER, Richard A. Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law. **18th Annual Meeting of the European Association for Law and Economics**. Viena, set. 2001. Pag. 21. Tradução nossa)

Kelsen, ao segregar os problemas das proposições jurídicas (ciência do direito) e os problemas da norma jurídica (direito), em conjunto com suas teorias estática e dinâmica do direito, permite aferir que o sistema jurídico kelseniano é autossuficiente e autorreprodutivo formalmente, na medida em que prevê as próprias regras de produção de normas.<sup>86</sup> Mas também, é autossuficiente e autorreprodutivo materialmente, por meio da conexão entre as duas aberturas semânticas. Neste último aspecto, dispõe Kelsen que o:

Estado é, como entidade metajurídica, como uma espécie de poderoso *macro-ánthros* ou organismo social, pressuposto do Direito e, ao mesmo tempo, sujeito jurídico que pressupõe o Direito porque lhe está submetido, é por ele obrigado e dele recebe Direitos. É a teoria da bilateralidade e auto-vinculação do Estado que, apesar das patentes contradições que repetidamente lhe são assacadas, se afirma contra todas as objeções com uma tenacidade sem exemplo.<sup>87</sup> (itálico original)

Nesse sentido, conclui Bittar que a hermética do positivismo jurídico lógico se transmuta para a discussão axiológica, e essa troca de âmbitos de discussão entre ciência do direito (proposições jurídicas) e direito (normas jurídicas), ratificando a própria validade da ciência pura do direito, uma vez que “a teoria dos valores induz ao relativismo, e este, ao positivismo. E, assim, vice-versa”.<sup>88</sup>

Diante dessa perspectiva, a ciência do direito não estuda as condutas humanas, mas somente as apreende como pressupostos, conteúdo ou consequência de uma norma. Ocorre que, para a devida compreensão do conceito de norma, é necessário distingui-la das proposições jurídicas: as primeiras são mandamentos, permissões ou atribuições; já as segundas são juízos hipotéticos que enunciam possíveis consequências.<sup>89</sup>

Essa distinção é o cerne da segregação entre direito e ciência do direito, em que o primeiro pode ser válido ou inválido e a segunda pode ser verdadeira ou inverídica. Salienta-se que essa validade pode se dar em múltiplas formas, diante dos diversos sistemas de construção jurídica. Nesse sentido, Kelsen arremata que o dever-ser da proposição jurídica é descritivo e o dever-ser da norma jurídica é prescritivo:

A distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verdadeiras ou inverídicas, ao passo

---

<sup>86</sup> SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: diferenças e semelhanças. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, N° 4, julho/setembro de 2008. Pag. 192-193.

<sup>87</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Pag. 315.

<sup>88</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pag. 403.

<sup>89</sup> KELSEN, Hans. *Op. Cit.* Pag. 80-81.

que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verdadeiras ou inverdadeiras mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verdadeiros, quer inverdadeiros, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verdadeiras ou inverdadeiras.<sup>90</sup>

Diante desse aspecto, afere-se que a ciência do direito (e as ciências sociais em geral) relaciona-se com a realidade de modo distinto das ciências causais. Nas ciências causais, os elementos de estudo ligam-se uns com os outros através da causa e efeito; na ciência do direito, há também a incidência da imputação, em que a causa PODE gerar um efeito. Assim as primeiras ciências regem-se pelo princípio da causalidade e as segundas ciências, principalmente, pelo princípio da imputabilidade.

Em específico, a ciência do direito constitui-se de ambos os princípios da causalidade e da imputabilidade. O princípio da causalidade remanesce nas proposições jurídicas, haja vista que esta é sempre objetiva, conforme Kelsen, “ela apenas afirma, tal como a lei natural, a ligação de dois fatos, uma conexão funcional”.<sup>91</sup> O princípio da imputabilidade está presente nas decisões jurídicas, após emanado de autoridade competente.<sup>92</sup>

Quanto ao princípio da imputabilidade, há o pressuposto do ato de vontade que, para o âmbito jurídico, é realizado por pessoa a quem se atribui competência. Logo, se existe uma proposição jurídica definindo que se “A” matar “B” (causa), “A” deverá receber sanção (efeito), este efeito somente será efetivado se uma autoridade (terceira pessoa emissária do Estado) determinar a sanção.

Kelsen elucida essas circunstâncias dispondo que a “ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto -, enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie”.<sup>93</sup>

Esse ato de vontade que intermedeia a relação causa e efeito no princípio da imputabilidade faz emergir a discricionariedade/seletividade das decisões no Estado-Juiz. Nesse sentido, a abertura semântico-cognitiva dinâmica de Kelsen perfaz-se através do

---

<sup>90</sup> *Ibid.* Pag. 82.

<sup>91</sup> *Ibid.* Pag. 89.

<sup>92</sup> *Ibid.* Pag. 90.

<sup>93</sup> *Ibid.* Pag. 87.

indivíduo que é a autoridade competente, de maneira a carregar para o direito externalidades não-jurídicas por meio de um ato de vontade.<sup>94</sup>

No que tange à condição de possibilidade semântica da Teoria Pura do Direito, há um grande conjunto de fatores que possibilitaram seu desenvolvimento, dentre eles, estão as refutações aos jusnaturalismos, as críticas aos positivismos histórico e psicológico, a cientificação do estudo jurídico, o embate acadêmico com Carl Schmitt, a virada linguística lógica de Wittgenstein no círculo de Viena e a teoria da ação social de Max Weber. Dentre essa multiplicidade fatorial, as duas últimas ocorrências apresentam grande relevância no desenvolvimento do presente trabalho, uma vez que representam a metodologia teórica e a proeminência do indivíduo em seu desenvolvimento.

A metodologia teórica concernente à virada linguística lógica explicita a existência de lacunas de delimitação de sentido entre a passagem de um nível linguístico para outro, como ocorre nas relações sintáticas entre Constituição e lei, entre lei e sentença, entre sentença e execução e etc.<sup>95</sup> Essa perspectiva mostra-se relevante na medida em que expõe a impossibilidade de obter-se um sentido único e absoluto partindo-se da lei e, desse modo, permitindo a elaboração do conceito kelseniano de ato de conhecimento e moldura jurídica.

A proeminência do indivíduo em Kelsen é aferida por meio da teoria da ação social. Por ação, deve-se compreender o agir subjetivo de cada indivíduo. Já por agir social, entende-se a forma que cada indivíduo espera que o outro aja em face de comportamentos consolidados através da reiteração e do tempo.<sup>96</sup> A relevância desse aporte está na compreensão da formação subjetiva das relações normativas da sociedade, o que possibilitou a elaboração kelseniana do conceito de ato de vontade e aplicação do direito.

Afere-se, assim, que a concepção kelseniana de segurança, em medida comparativa com as teorias antecedentes, atrela uma combinação adaptada da formatação greco-romana e da formatação iluminista. Da perspectiva greco-romana, retira-se a segurança jurídica atribuída à delimitação de quem pode julgar através da competência, mas por outro lado, rechaça-se o julgamento através da prudência embasada unicamente na cultura do julgador. Da perspectiva

---

94 SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: diferenças e semelhanças. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, Nº 4, julho/setembro de 2008. Pag. 208.

95 SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014. Pag. 168.

96 SCHAWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: diferenças e semelhanças. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, Nº 4, julho/setembro de 2008. Pag. 195.

iluminista, afere-se a segurança jurídica atribuída a um sistema hipotético-dedutivo, mas afasta-se que esse processo possa determinar uma única resposta correta.

Ocorre que, no período entre guerras, o Estado passa a ter o dever de intervir na construção socioeconômica, assim, a segurança jurídica formal pautada na previsibilidade perde seu caráter silogístico em face da realidade, momento em que ganham relevância as primeiras perspectivas do movimento “*Law and Economics*”.<sup>97</sup>

Diante dessas primeiras relações entre Direito e Economia, a Teoria Pura do Direito mostra-se largamente aberta à diversas perspectivas de delimitação racional da decisão jurídica (decisão autêntica), uma vez que a divisão entre ato de conhecimento e ato de vontade, bem como entre ciência do direito (razão teórica) e direito (razão prática) permite que ocorra, no âmbito da decisão prática, uma pluralidade de motivos não-jurídicos, segundo Kelsen:

(...) na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no **processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso e etc.** Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade.<sup>98</sup> (negrito inserido)

Diante dessa perspectiva kelseniana Richard Posner constata preliminarmente que a jusfilosofia kelseniana “opens a space for economic analysis, and in particular for the use of economics by judges in a wide range”<sup>99</sup>, mais adiante no texto, afirma que “Kelsen can be described as a “pragmatic positivist”, because his concept of law has – no content; it is purely jurisdictional”.<sup>100</sup> Nessa perspectiva, como já mencionado introdutoriamente, Richard Posner afirma que Kelsen sistematiza o pensamento realista de John Dewey no “*civil law*”.<sup>101</sup>

---

97 MÂNICA, Fernando Borges. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na constituição de 1988. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, v. 32, p.121-132, abr.-jun. 2008. Pag. 03.

98 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Pag. 393.

99 Abre um espaço para análise econômica, e em particular para o uso da economia por juízes em larga escala. (POSNER, Richard A. Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law. **18th Annual Meeting of the European Association for Law and Economics**. Viena, set. 2001. Pag. 02. Tradução nossa.)

100 Kelsen pode ser descrito como um “positivista pragmático”, por definir o Direito como sem conteúdo, puramente jurisdicional. (POSNER, Richard A. Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law. **18th Annual Meeting of the European Association for Law and Economics**. Viena, set. 2001. Pag. 22. Tradução nossa.)

101 POSNER, Richard A. Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law. **18th Annual Meeting of the European Association for Law and Economics**. Viena, set. 2001. Pag. 23.

Diante da compreensão dinâmico-realista do direito em Kelsen, o sistema jurídico na “civil law” não possui restrições de conteúdo, de modo que não há como averiguar a correção material (ou moral) das decisões jurídicas, uma vez que toda proposição é indeterminada e sua completude prática não possui razão única como delimitadora da coerência em decidir.<sup>102</sup>

Assim, a pré-compreensão da Teoria Pura do Direito é pressuposto epistemológico para a compreensão do pragmatismo jurídico de Richard Posner no sistema da “civil law”, haja vista que o respectivo autor reconhece a existência de indeterminações quanto aos fatos e quanto às consequências jurídicas, bem como a diferenciação entre ato de conhecimento e ato de vontade. Explícita, ainda, que a decisão é uma escolha política informada por diversos aspectos organizacionais, profissionais, educacionais, jurídico-normativos, entre outros.

Nessa perspectiva, esclarece Richard Posner que a vertente do respectivo pragmatismo jurídico se estrutura na compreensão de que o ser humano é maximizador de seus próprios interesses e vontades, bem como tem no direito e na democracia, os pilares de um Estado pragmático contemporâneo. Nesse último aspecto:

(...) Estado liberal – democracia representativa restringida pela legalidade é o que “Estado liberal” *significa*. (...) O liberalismo pragmático, com sua compreensão sem ilusões da natureza humana e seu ceticismo em relação ao efeito restritivo de teorias jurídicas, morais e políticas sobre as ações de representantes oficiais enfatiza as restrições institucionais em materiais do processo de tomada de decisão por representantes oficiais numa democracia.<sup>103</sup>

No sistema da “civil law”, a explanação genealógica da segurança jurídica continental até a Teoria Pura do Direito cumpre as funções de compreensão do movimento da teoria jurídica, a conexão relacional com as práticas econômicas de cada período, bem como a abertura do “civil law” ao pragmatismo e, também, ao comunicador da norma. Ainda, em temática a ser aprofundada no segundo capítulo, a genealogia da segurança jurídica cumpre a função de explicitar os antecedentes fundantes do direito empírico, em face da teologia jurídica e da racionalidade jurídica.<sup>104</sup>

---

102 MOTA, Marcel Moraes. Posner, Kelsen e Hayek: Pragmatismo Jurídico, Positivismo normativista e Liberalismo Político-Econômico Austríaco. **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Pag. 1045.

103 POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Pag. VII – Prefácio.

104 CASTELO BRANCO, Pedro Hemílio Villas Boas. Lei e Decisão. *In: Secularização inacabada – política e direito em Carl Schmitt*. 1ª ed. Curitiba: Appris, 2011. Ainda; DYMETMAN, Annie. A nova via-sacra – STF, governabilidade e fetiche. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**, número 1, primeiro semestre de 2014.

Em síntese, apresentaram-se as conceituações de segurança jurídica nos períodos greco-romano, medieval, iluminista e na Teoria Pura do Direito e, após cada exposição, ainda foram dispostas quais eram as condições de possibilidades semânticas de cada modelo de segurança jurídica. Ao fim, explicitou-se a relação da Teoria Pura do Direito com o atual movimento do “*Law and Economics*”. Passa-se, agora, à abordagem do segundo pilar do pragmatismo, a saber: a democracia.

## 1.2. PRAGMATISMO, DIREITO E DEMOCRACIA

O pragmatismo aqui presente é um ramo do conhecimento social atinente a uma linha de abordagem filosófica das problemáticas concretas e abstratas da humanidade. Nesse sentido, traz um viés explicativo sobre diversas indagações da vida humana. Do mesmo modo, o direito é um ramo do conhecimento social atinente aos conflitos intersubjetivos, entretanto, traz um viés determinativo sobre as diversas indagações da vida humana.

Esse relacionamento entre perspectivas explicativas e perspectivas determinativas está diante dos pressupostos de que o conhecimento é prático, limitado, local, cultural, aberto e instrumental, bem como, contemporaneamente, mediado pela estruturação política democrática.

Nesse âmbito de abordagem, a estrutura do presente subcapítulo se desenvolve explicitando a compreensão do conceito e metodologia do pragmatismo, para depois expor a compreensão e funcionamento da teoria pragmática do direito de Richard Posner e, ao final, inter-relacionar esta teoria com a perspectiva prática e real da democracia contemporânea nos moldes de Schumpeter, no intuito de viabilizar a posterior compreensão do desenvolvimento da teoria pragmática da decisão jurídica.

Inicialmente, observa-se que o pragmatismo, como vertente filosófica, não possui uma delimitação canônica entre diversas linhagens distintas, entretanto, consciente dessa problemática, Richard Posner concorda com Cornell West quando diz que o “ ‘denominador comum’ do pragmatismo é um ‘instrumentalismo’ voltado para o futuro, que busca empregar o pensamento como uma arma que possibilite ações mais eficazes”.<sup>105</sup> Ainda, Richard Posner observa que 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 inalcançabilidade 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 ações sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins em si mesmos.**<sup>106</sup> (negrito inserido)

---

<sup>105</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pag. 417.

<sup>106</sup> *Id.* **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pag. 621-622.

Assim, a pragmática se difere de outras formas da concepção de sentido no que se refere à linguagem ou comunicação, a saber: a lógica, a semântica e a pragmática. Sucintamente, a primeira perspectiva, denominada de lógica, forma sentidos através da correlação entre premissas maiores e menores (dedução) ou mediante a complementação de premissas (indução); já a segunda perspectiva, denominada de semântica, forma sentidos correlacionando as construções fáticas de poder com os símbolos abstratos hegemônicos.

Por fim, a terceira perspectiva, denominada de pragmatismo, forma sentidos por meio da correlação entre as consequências verificáveis e os signos abstratos, independentemente da sua hegemonia. Assim, Richard Posner concorda com Charles Sanders Peirce e Oliver Wendell Holmes Júnior, ao tratar dos conceitos e dos significados, que não são explicitados por uma definição, uma forma, uma relação de ideias, mas sim, por meio de suas consequências no mundo dos fatos.<sup>107</sup>

Nessa última perspectiva de compreensão conceitual, a superestrutura social tem maior relevância que os fundamentos de sua constituição, uma vez que o que define sua prática é esta e, logo, as normas jurídicas são vistas como relevantes instrumentos, “implicando a possibilidade de contestação, revisão e mudança”.<sup>108</sup> Mas não obrigatoriamente contestadas, revisadas ou modificadas.

Ciente dessa distinção entre lógica, semântica e pragmática, bem como ciente da existência de uma multiplicidade de teorias do direito que resultaram em uma verdadeira ausência teórica na prática jurídica.<sup>109</sup> Richard Posner explicita a abordagem concentrada na perspectiva pragmática em que o direito possui uma compreensão darwinista do sistema de justiça.

Nessa linha, Richard Posner, por um lado, se contrapõe à razão artificial, à resposta correta, ao formalismo, à justiça universal, ao positivismo exegetico, ao mentalismo, à intencionalidade, ao livre-arbítrio, ao construtivismo lógico e à objetividade epistemológica. Por outro lado, o autor se mostra favorável ao direito-atividade, à razoabilidade da decisão, ao behaviorismo, ao juiz responsável politicamente, ao balanceamento entre Estado de Direito e à discricionariedade/seletividade, ao consequencialismo interpretativo e ao processo funcional,

---

<sup>107</sup> *Ibid.* Pag. 23 e 217.

<sup>108</sup> *Ibid.* Pag. 41.

<sup>109</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso** XLI. Valparaíso, Chile, 2013, 2do Semestre. [pp. 577 - 601]

político, naturalista e cético, à crítica lógica, à objetividade cultural e à aproximação do direito à ciência.<sup>110</sup>

Diante de tais pressupostos, torna-se necessário, para fins de redução da complexidade, enfatizar um dos referidos matizes pragmáticos. Para a consecução do presente trabalho, enfatiza-se a compreensão da expressão “direito”.<sup>111</sup> Primeiramente, este define-se tradicionalmente como “uma ordem apoiada no poder coercitivo do Estado”.<sup>112</sup> Entretanto, essa definição clássica subverte o senso geral do termo, de maneira que, em um segundo momento, devem-se acrescentar (1) a sujeição, (2) a equidade, (3) a publicidade e (4) a procedibilidade.

A sujeição ou obediência tem para a pragmática do direito a função principal concernente à alteração de incentivos. Nessa perspectiva, a lei não gera proibições insuperáveis, haja vista que ordens não-cumpríveis não alteram comportamentos. A equidade equivale a dizer que a estrutura deve ser racional, uma vez que tratar coisas iguais distintamente ou tratar coisas distintas igualmente é irracional.<sup>113</sup>

A publicidade refere-se ao conhecimento prévio do conteúdo das normas jurídicas, ou seja, a publicidade é pressuposto obrigatório de um sistema de incentivos, na medida que somente consequências punitivas ou premiaias conhecidas podem relacionar-se com os comportamentos humanos. Por último, a procedibilidade importa em métodos de averiguação dos fatos em sua aplicação, isso pois os efeitos legais são enfraquecidos nas hipóteses que as decisões não levam em conta as características peculiares do caso.<sup>114</sup>

Essa compreensão do termo “direito” em esfera pragmática ainda é perpassada pela distinção pedagógica entre direito legislado e direito jurisdicional. O primeiro encontra limites nas sujeições às pressões de grupo de interesses, na opinião pública e no controle de constitucionalidade; já o segundo encontra limites na falta de autoridade fiscal, na exigência de apresentar por escrito uma justificação persuasiva e na teoria da reversão jurisprudencial ou reação legislativa.<sup>115</sup> Assim:

---

<sup>110</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pag. 37.

<sup>111</sup> Aqui o termo é tratado na perspectiva de uma teoria sistematizada.

<sup>112</sup> POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 89.

<sup>113</sup> *Ibid.* Pag. 90-91.

<sup>114</sup> *Ibid. Loc. Cit.*

<sup>115</sup> A reversão jurisprudencial ou reação legislativa é uma teoria que explicita a competência do poder legislativo em superar as decisões jurisprudenciais mediante Emendas Constitucionais ou Leis.

(...) como saber se os legisladores são, de fato, melhores formuladores de políticas públicas que os juízes? Sem dúvida, *poderiam* sê-lo – desde que pudessem livrar-se do jugo das pressões dos grupos de interesse e da reforma dos procedimentos do poder legislativo, e ampliar seus próprios horizontes políticos para além da próxima eleição. Se não puderem fazer essas coisas, suas vantagens institucionais comparativas podem não passar de uma fantasia. Comparar juízes verdadeiros com legisladores ideais equivale a cair na falácia do Nirvana. <sup>116</sup>

Em face da constatação dos limites de cada um dos principais aspectos formativos do direito, a efetividade para o direito legislado depende de o público pensar que as respectivas elaborações servem ao interesse público. Já para o direito jurisdicional, a efetividade depende, por parte do público, que suas elaborações pareçam ser descobrimentos ao invés de invenções. Desse modo:

(...) para conferir a regularidade e previsibilidade necessárias ao processo, o poder legislativo cria regras que serão aplicadas pelos juízes, e estes criam suas próprias regras para preencher as lacunas (às vezes enormes) do produto legislativo; se não houver poder legislativo, eles criam todas as regras. <sup>117</sup>

Diante disso, por um lado, o direito legislado acarreta em sua aplicação uma maior estabilidade dos símbolos ou termos inseridos na lei, de modo que os aplicadores do direito não expressam as decisões advindas da legislação com suas próprias palavras, no intuito de conferir maior efetividade a estas; por outro lado, o direito jurisdicional acarreta em sua aplicação uma estabilidade de sentidos e uma menor preocupação com a simbologia terminológica, permitindo, desse modo, decisões expressas em palavras mais livres e de diversas maneiras.

Assim, as regras jurídicas possuem um caráter peculiar, no entanto, podem ser averiguadas analogicamente com características específicas de outros tipos de regras: as regras dos jogos, as regras científicas e as regras da linguagem. Em cada seara analógica, há semelhanças e distinções, as quais as principais de cada espectro devem ser conhecidas.

As regras dos jogos não possibilitam a previsão do resultado, mas delimitam a atuação dos jogadores, fazendo com que seja um jogo ao invés de uma atividade livre. Nessa perspectiva, as regras jurídicas também habilitam ou reprimem os operadores do direito. No entanto, no jogo, apesar de as regras sofrerem mutação, é impensável que estas se modifiquem durante o próprio jogo; no direito, porém, é possível lançar usos desses recursos. <sup>118</sup> De tal

---

<sup>116</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pag. 192-193.

<sup>117</sup> *Ibid.* Pag. 312.

<sup>118</sup> *Ibid.* Pag. 66-67.

modo, parte das regras do jogo inseridas no direito processual transforma as realidades em disputas em torno de indícios, provas, competências e jurisdições.<sup>119</sup>

As leis científicas, por sua vez, designam explicações sobre as ocorrências do mundo físico ou biológico, de maneira que, caso uma inconformidade com o encontrado na realidade não possa ser explicada por incorreções na observação ou no procedimento, a respectiva lei deve ser alterada ou abandonada. De outra maneira, as leis jurídicas não procuram somente a explicação entre a disposição e a realidade, mas atribuem valor à estabilidade, o que irá frequentemente imolar a justiça material.<sup>120</sup>

Outra análise comparativa importante, em face da ciência, é a metodologia de averiguação das teorias como adequadas ou inadequadas. Por exemplo, há diversas teorias sobre a organização do universo, uma delas é a teoria heliocêntrica (em que a terra gira em torno do Sol), no entanto, essa afirmação não é observável em termos macro universais e, muito menos, é dedutível. Logo, trata-se somente da melhor organização possível dos dados em determinado tempo-espaço, que é consubstanciada simplesmente pelo consenso dos cientistas (ainda que na forma majoritária) e, ainda, porque somos condicionados a aceitar o consenso científico.<sup>121</sup>

Na seara jurídica, a autoridade possui mais força do que o consenso técnico, assim as decisões jurídicas não são aceitas porque há um consenso dos juristas, juízes, cartorários, promotores, delegados, defensores e advogados, mas sim, por emanarem do topo da hierarquia jurisdicional ou ocorrer o trânsito em julgado.<sup>122</sup> No direito, a autoridade é construída sobre os pilares da confiabilidade da fonte em conjunto com a instrumentária (status social, toga, vocabulário rebuscado, retórica e etc.), a cultura do passado (precedentes e legislação), a estruturação hierárquica e a análise da eficiência consequencial das decisões.

Essa perspectiva de uma decisão emanada do mais alto escalão traz alguns aspectos autocorretivos, como a forma de seleção mais elaborada dos respectivos juízes e a possibilidade de contato com a experiência e argumentações de todos os demais profissionais do direito participantes do caso nas instâncias inferiores. Porém, não se equipara a força persuasiva científica, haja vista a menor qualidade da metodologia da decisão, bem como pelos jogos de poderes e interesses.

---

<sup>119</sup> *Id. Para além do direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pag. 145.

<sup>120</sup> *Id. Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pag. 68.

<sup>121</sup> *Ibid.* Pag. 105-106.

<sup>122</sup> *Ibid.* Pag. 106.

Por fim, uma análise comparativa relevante ocorre em face das regras da linguagem. Nessa perspectiva, conforme Richard Posner “a linguagem se assemelha ao direito no sentido de que suas regras são mutáveis e se modificam no uso, mas, ainda assim, [a linguagem] é mais estável”,<sup>123</sup> uma vez que o direito, por ser hierárquico, em cada jurisdição pode ocorrer abrupta modificação. Ainda, a linguagem e o direito se assemelham na medida em que estão afastados do código certo/errado, uma vez que o tempo admite erros gramaticais ou ortográficos como alternativa à forma correta, o que ocorre do mesmo modo com o direito.<sup>124</sup>

Autores como Cícero, Pope, George Orwell, entre outros, construíram a ideia de que o controle da linguagem acarreta o domínio do pensamento, da comunicação e até mesmo a ação. Diante desse aspecto, a linguagem tradicional possui enorme força estabilizante ao perpetuar valores e hábitos. Ocorre que, na perspectiva pragmática, apesar de a linguagem manter as respectivas características, ela se encontra em uma perspectiva concorrencial e descentralizada, ao invés de controlada e determinada por específicos grupos de poder.<sup>125</sup>

Diante dessas similaridades e distinções com as regras dos jogos, da ciência e da linguagem, o direito se define como uma atividade prática em busca de novas estruturas conceituais e institucionais capazes de explicar a realidade vigente em prol da utilidade e necessidades humanas. Nessa consecução, o direito se utiliza metodologicamente do “teste do tempo: nessa construção, o teste do tempo submete ideias a um teste competitivo ou darwiniano, que torna qualquer consenso que surja mais convincente (...)”.<sup>126</sup>

De tal modo, a organização jurídica é dialética e antinômica, ou seja, o direito é a atividade prática de apresentação de hipóteses retoricamente fundamentadas, no intuito de suplantar outras hipóteses retoricamente fundamentadas, “quer dizer que um processo competitivo está em curso (ainda que imperfeitamente) no sistema jurídico – uma observação mais passível de gratificar o filósofo da ciência, pelo menos se ele for um falibilista na tradição de Peirce e Popper (...)”.<sup>127</sup>

Diante dessa linha pragmático-darwinista da teoria do direito, as disposições jurídico-normativas expressas em textos devem ser diametralmente consideradas, não somente como

---

<sup>123</sup> *Ibid.* Pag. 69.

<sup>124</sup> *Ibid.* Pag. 69-70.

<sup>125</sup> *Id.* **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 54.

<sup>126</sup> *Id.* **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pag. 155.

<sup>127</sup> *Ibid.* Pag. 348.

fonte de informações, mas também em perspectiva pragmático-consequencial, quanto ao impacto que as aplicações legais imprevisíveis vão ter sobre a comunicação entre o poder judicial e o poder legislativo, entre o poder judicial e a sociedade, entre outras perspectivas.

Logo, o direito deve modificar seu enfoque de análise e sair da perspectiva de interpretação (descobrir um sentido), abolindo “totalmente a palavra ‘interpretação’ ”<sup>128</sup>, para o poder de alteração legal e constitucional, conforme um jogo competitivo com as normas definidas por uma comunidade específica, em que se utiliza a linguagem como instrumento de comunicação. Richard Posner alerta ainda que:

no espaço entre decisão e emendas há perdedores, sem dúvida, mas não há danos permanentes; o poder de emendar assegura que a interpretação judicial não irá nunca extraviar-se das intenções autorais. Podemos inclusive perceber, na interação entre tribunal e poder legislativo, um processo darwiniano em que as inovações judiciais concorrem entre si pelo favorecimento do legislativo, sobrevivendo apenas as que se mostram concordes aos desejos dos legisladores.<sup>129</sup>

Nesse sentido, percebe-se que o processo darwiniano da teoria do direito decorre do sistema dialógico-competitivo de apresentação de hipóteses e anti-hipóteses em um processo concorrencial na seara judicial, a fim de que as hipóteses vencedoras galguem o apoio e o favorecimento explícito (lei de confirmação) ou implícito (ausência de manifestação) do legislativo que, por meio da legislação e das emendas à legislação, manterá a construção do direito em conformidade com o processo democrático. Assim, a democracia e mais especificamente a organização institucional legislativa é o centro da compreensão da teoria pragmática do direito em contraponto a outras linhas que atribuem aos tribunais o centro do sistema jurídico.

Diante da centralidade do processo democrático faz-se necessário a compreensão da inter-relação entre jurisdição e democracia. Richard Posner explana que democracia é um termo com grande diversidade de sentidos, como o sentido epistemológico de Dewey, o sentido social de Toqueville, o sentido ideológico, o sentido político, o sentido pluralista, o sentido dualista de Ackerman, dentre outras perspectivas.

O sentido epistemológico denota que qualquer modo de investigação, científico ou não, pressupõe que habilidades e informações são distribuídas largamente por toda a população e instituições. O sentido social denota um caráter de igualdade política, moral e de oportunidades.

---

<sup>128</sup> *Ibid.* Pag. 365.

<sup>129</sup> *Ibid.* Pag. 405.

O sentido ideológico utilizado em perspectiva irrealista denota que a igualdade poderia gerar instituições não-políticas e não-conflitivas. O sentido pluralista, que contrapõe-se ao majoritarismo, expõe que a competição entre diferentes instituições governamentais é a fonte para atribuir direitos às minorias. Por fim, o sentido dualista expõe uma combinação entre as teorias concorrenciais e deliberativas, dividindo-as em espaços temporais distintos.<sup>130</sup>

O sentido político se subdivide em democracia transformativa ou populista, democracia concorrencial e democracia deliberativa. A primeira é denotativa da liberação das restrições clássico-liberais como forma de modificar o caráter do povo; já a segunda, com origem nos estudos de Schumpeter, é denotativa de um método pelo qual membros de uma elite competem pelos votos de um eleitorado; por fim, a terceira, de natureza utópica, pressupõe que eleitores e agentes estatais são bem informados e engajados politicamente em prol de ideais públicos.<sup>131</sup>

Diante dessa multiplicidade de linhas cognitivas, a função da democracia, independente do sentido utilizado, é viabilizar uma opinião pública mais determinada e de maneira mais segura, de modo a proporcionar um feedback para as iniciativas políticas e burocráticas.<sup>132</sup> Bernard Manin dispõe que as eleições são um mecanismo escolhido para determinar quem serão os governantes através do consentimento, ainda que estes possam ser membros de uma elite.<sup>133</sup> Nessa perspectiva, Richard Posner explicita a democracia pragmática (schumpeteriana ou concorrencial) e rejeita:

“a idealização pueril da ‘conversação infinita’” juntamente com a concepção do interesse público do Estado. Eles [democratas pragmáticos] veem a política com uma competição entre políticos que buscam o interesse próprio, constituindo uma classe regente, para o apoio do povo, que também se pressupõe buscar seus próprios interesses, não estando nem um pouco interessados na política ou bem informados a respeito dela. A democracia conforme retratada pelos democratas (...) não é autogoverno. É o governo por representantes oficiais que são, no entanto, escolhidos pelo povo e que, se não atenderem às expectativas, são afastados pelo povo no final de um mandato curto fixo ou limitado.<sup>134</sup>

Ocorre que a supra referida estabilização da opinião pública, por um lado, enfrenta diversos problemas em torno dos interesses e dos debates políticos, como por exemplo, o baixo

---

<sup>130</sup> *Id. Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Pag. 11-13.

<sup>131</sup> *Ibid. Loc. Cit.*

<sup>132</sup> *Ibid.* Pag. 83.

<sup>133</sup> MANIN, Bernard. As Metamorfoses do Governo Representativo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, nº 29, 1995. Pag. 02 (PDF).

<sup>134</sup> POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Pag. 110.

comparecimento dos eleitores nas votações, a ausência de educação sobre democracia nas escolas, o financiamento público de campanhas sempre crescente, a concentração de poderes na entidade governamental da União. Por outro lado, enfrenta diversos problemas em face do ideal de aumento do interesse político, como por exemplo, a ampliação negativa do fomento de conflitos infundados sobre perspectivas ideológicas, distração das pessoas sobre seus projetos pessoais, além da dificuldade de se averiguar profundamente questões sobre políticas e sobre políticos.<sup>135</sup>

Diante dessa problemática, no aspecto das decisões jurisdicionais, estas não podem e não devem ser previsíveis no sentido absoluto de pré-determinação dos resultados, mas deve haver uma previsibilidade em torno da utilidade das decisões. Assim, a metodologia a se utilizar é o aproveitamento da oportunidade adequada para realizar experiências pragmáticas jurídico-sociais em face da dimensão federativa dos tribunais e comarcas.<sup>136</sup>

Nessa mesma perspectiva expansiva, Häberle, em sua teoria da sociedade aberta dos intérpretes, reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, mas se faz necessária indagação sobre quais são os participantes na “law in public action”.<sup>137</sup> Assim, a interpretação pode ser dividida em “lato sensu” e “strictu sensu”. A interpretação “strictu sensu” é a atividade consciente e dirigida à compreensão e formulação de sentido. Na forma “lato sensu” é consubstanciada uma interpretação por meio dos agentes que vivem a constituição, os quais podem ser denominados de pré-intérpretes.<sup>138</sup>

No campo jurisdicional, Häberle elucida que (i) a esfera pública e (ii) a realidade devem ser sopesadas em um duplo aspecto: primeiramente, como base de fundamentos e, em segundo lugar, como fomento à independência. Desse modo, a práxis legítima a teoria e não a teoria legítima a práxis. A Constituição aberta, então, passa a ter uma função diretiva, pois representa o espelho da sociedade, ao mesmo tempo em que representa sua fonte de luz. Também possui função catalisadora, ao apoiar-se nos diversos intérpretes para conformar a interpretação dos sujeitos formais.<sup>139</sup>

---

<sup>135</sup> *Ibid.* Pag. 87.

<sup>136</sup> *Ibid.* Pag. 95.

<sup>137</sup> HÄBERLE, Peter. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição\* – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, Bem Como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional. **Direito Público**, [S.l.], v. 4, n. 18, jan. 2010. Pag. 63.

<sup>138</sup> *Ibid.* Pag. 57.

<sup>139</sup> *Ibid.* Pag. 64.

O autor ainda dispõe que “a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a atualização pública”.<sup>140</sup> Assim, o processo de interpretação constitucional ocorre mediante um sistema de “trial and error”, no qual os princípios e métodos de interpretação adicionam uma nova função de servirem como filtros sobre as forças normatizadoras da sociedade. Este fenômeno gera duas consequências para utilização do direito processual constitucional: a (i) ampliação dos instrumentos de informação dos juízes constitucionais e a (ii) elasticidade da interpretação constitucional realizada, como ocorreu com a formação de padrões europeus comuns através do direito comparado com fundamento em uma ideologia do “efeito útil”.<sup>141</sup>

Analisa-se assim que, por meio de diversas teorias, não há viabilidade de apresentação da interpretação-aplicação ser deferida a um único órgão. Ainda, referida crítica deve ser estendida a todos os integrantes da organização jurídica, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil, entre outros, que atuam mediante um agir estratégico ao invés de um agir comunicativo.<sup>142</sup>

Nesse mesmo sentido, pode-se citar o “backlash”. Este é a resistência da sociedade sobre posições-decisões tomadas em âmbito estatal, principalmente pelo judiciário. De modo que “o diálogo não conhece encerramento obrigatoriamente no STF. Pode continuar além dele. Seja pela via institucional ou pela via social”.<sup>143</sup> Nessa perspectiva, Richard Posner expõe que:

O projeto de reconciliar a democracia com o reexame judicial conferindo, de alguma forma, ao reexame judicial uma linhagem democrática é inútil. Contudo, isso não mostra que o reexame judicial seja ilegítimo. Tudo o que mostra é que os teóricos políticos e advogados constitucionalistas estão trilhando o caminho errado na investigação sobre legitimidade. Lembre que a legitimidade é a aceitação, e aceitação é, com mais probabilidade, para ser baseada em resultados práticos – na entrega de mercadorias – do que numa exposição de motivos filosófica ou de outra forma teórica “convincente”. Apesar de ser impossível, com base no conhecimento existente, realmente determinar se o efeito visível do reexame judicial sobre as coisas que os americanos mais valorizam, como a liberdade e a prosperidade, tem sido positivo, o povo obviamente não se revolta contra os tribunais. Não há crise de legitimidade judicial.<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> *Ibid.* Pag. 67.

<sup>141</sup> *Ibid.* Pag. 68-70 e 77.

<sup>142</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. **Juris Poiesis**, ano 14, n. 14, jan-dez. 2011. Pag. 108.

<sup>143</sup> *Ibid.* Pag. 129.

<sup>144</sup> POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Pag. 181.

Assim, a democracia pragmática, compreendida como um local abstrato de concorrência entre candidatos, distingue os políticos (vendedores) e os eleitores (consumidores) como a essência contemporânea das questões democráticas, em que a divisão do trabalho segrega as funções de organização e administração pública, de maneira a refletir um equilíbrio de poder político e viabilizar uma maior produtividade social.<sup>145</sup>

Logo, o pragmatismo tem relação com a teoria do direito e da democracia schumpeteriana, na medida em que esta é um instrumento de determinação da opinião pública e de maximização da funcionalidade social e, também, que a decisão jurisdicional, ainda que discricionária, é parte necessária da funcionalidade da sociedade, uma vez que os conflitos precisam de respostas em um processo darwinista de elaboração e destruição de teorias jurídicas e democráticas por meio do teste temporal, em face da difusão das habilidades e informações por toda a população e instituições. Compreendido os respectivos parâmetros, passa-se ao desenvolvimento da teoria pragmática da decisão jurídica.

---

<sup>145</sup> *Ibid.* Pag. 137.

## 2. MAXIMIZAÇÃO E DECISÃO JURÍDICA.

O pragmatismo jurídico delineado por Richard Posner explica que o Estado Democrático de Direito é promotor do desenvolvimento econômico e das liberdades e, ao mesmo tempo, é delimitador através de posições de filosofia política e/ou de filosofia moral.<sup>146</sup> Diante dessa linha de desenvolvimento referencial, indaga-se: qual o conteúdo da expressão “maximização da riqueza”? Qual sua relação com as decisões jurídicas? Como se estrutura a respectiva teoria pragmática da decisão? Quais os limites de uma decisão pragmática?

Em face dessa problemática, Richard Posner explicita que em algum momento, mesmo o indivíduo fortemente comprometido com a análise econômica do direito terá que tomar uma posição em questões de filosofia política e de filosofia moral.<sup>147</sup> Ainda, inclui-se como base da política e da moral uma aproximação conceitual com a teoria da justiça de John Rawls, mesmo que o primeiro autor se valha de uma compreensão distinta sobre os resultados distributivos, segundo as especificações de Richard Posner:

O sentido que aqui atribuo à palavra “justiça” aproxima-se daquele em que John Rawls a utiliza. “Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. (...)”<sup>148</sup>

Consoante as pré-compreensões jurídico filosóficas apresentadas sobre o pragmatismo, o direito pragmático e a democracia, bem como as características inter-relacionais entre Richard Posner e John Rawls, o autor expõe duas distinções relevantes do respectivo pragmatismo jurídico situado no amplo espectro teórico do movimento da “*Law and Economics*”. A primeira distinção refere-se ao objeto de análise e a segunda distinção ao âmbito de aplicação. No que tange ao objeto de análise, envolve a regulação da economia pelo direito com origem em Adam Smith e, ainda, a observação do direito como instrumento de escolhas racionais com origem em Jeremy Bentham.<sup>149</sup> Para fins de redução da complexidade, a abordagem se restringirá ao segundo aspecto do direito como instrumento de escolhas racionais.

---

<sup>146</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 22. São Paulo: FGV Direito, 2008. Pag. 33.

<sup>147</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pag. 24.

<sup>148</sup> *Id.* **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. XXI (Prefácio).

<sup>149</sup> *Id.* Some Uses and Abuses of Economics in Law. **46 University of Chicago Law Review** 281 (1979). Pag. 282.

No que tange ao âmbito de aplicação, o conjunto teórico da “Law and Economics” possui dois enfoques distintos. O primeiro é a análise econômica-positiva do direito que busca explicar a maximização do complexo organizacional de regras e instituições. Já o segundo enfoque é a análise econômica-normativa do direito, que busca modificar o controle social através de regras e instituições pensadas economicamente.<sup>150</sup> Mais uma vez, insta salientar, para fins de redução da complexidade, que o presente trabalho aborda a vertente pragmático-positiva.

Ato contínuo, a fim de esclarecer, a teoria jurídico-pragmática (ou pragmatismo jurídico) possui uma teoria pragmática do direito e uma teoria pragmática da decisão.<sup>151</sup> Quanto à perspectiva da teoria pragmática do direito, conforme supra exposto no primeiro capítulo, as teorias devem ser afastadas da clássica interpretação como centro da discussão jurídica, de modo que, o novo enfoque, seria uma prática interacional entre as instituições do poder jurisdicional e o poder deliberativo em “um processo darwiniano em que as inovações judiciais concorrem entre si pelo favorecimento do legislativo”.<sup>152</sup>

Quanto à perspectiva da teoria pragmática da decisão de Richard Posner, divide-se em duas fases. A primeira pode ser denominada de pragmatismo jurídico fundamentalista (eficiência como sinônimo absoluto de justiça), que trata o direito como construtor da realidade em prol da maximização econômica (mais eficiente/menos eficiente), e que tem seu desenvolvimento na obra “Economia da justiça”, de 1981. Perspectiva que no Brasil é conceituada como desvinculada das decisões políticas do passado e dos precedentes judiciais anteriores.<sup>153</sup>

A segunda pode ser denominada de pragmatismo jurídico “*strictu sensu*” (ou praticalismo), em que Richard Posner desloca a eficiência do direito como um elemento estrutural de coordenação em um conjunto de diversos outros elementos, como por exemplo, a estrutura jurídico-normativa, a experiencial, a profissional, a educacional e a organizacional, que são desenvolvidas nas obras “Problemas de filosofia do direito”, de 1990, e “Para além do

---

<sup>150</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 22. São Paulo: FGV Direito, 2008. Pag. 09.

<sup>151</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pag. 95-96.

<sup>152</sup> *Ibid.* Pag. 405.

<sup>153</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O convencionalismo de Hart e o pragmatismo de Posner na perspectiva do direito como integridade de Dworkin. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito (Faculdade Dom Bosco)**, v. V, p. 121-136, 2011. Pag. 124.

direito”, de 1995.<sup>154</sup> Uma última vez, para fins de redução da complexidade, a menção à teoria pragmática da decisão será tratada no presente trabalho sob a perspectiva do pragmatismo jurídico “*strictu sensu*”.

Essa complexidade da “*Law and Economics*” e da perspectiva pragmática de Richard Posner, seja no aspecto pragmático da teoria do direito ou da decisão, tem como instrumento uma análise institucional de prêmios e punições, análise do efeito bumerangue, análise empírica explicativa e preditiva, análise das interfaces científicas, análise de falhas de mercado e de governo, análise comparativa e outros instrumentos atinentes à teoria do direito, filosofia do direito, sociologia do direito e da economia do direito.<sup>155</sup> Salienta-se que ambas as vertentes de Richard Posner suplantam, na mesma medida que Kelsen, a compreensão do direito como um sistema produtor de verdades absolutas e perenes.<sup>156</sup>

O presente capítulo justifica-se diante das contemporâneas ocorrências da decisão jurídica e da formulação do direito atinentes à preocupação pragmática das consequências que a tomada de posições jurisdicionais e legislativas desencadeiam na compreensão do sistema social, como por exemplo, a ampliação legislativa das hipóteses de tutelas provisórias e da modulação de efeitos no processo civil, a ampliação jurisdicional das aberturas investigativas e das prisões cautelares no processo penal, entre outras.

O objetivo é explicitar os pressupostos de desenvolvimento da teoria pragmática da decisão jurídica e sua estruturação para, posteriormente, viabilizar a compreensão do custo operacional da informação nos institutos jurídicos, negociada em uma decisão jurídica coordenada pela maximização e delimitada pelas estruturas jurídico-normativas, experienciais, profissionais, educacionais e organizacionais.

Nessa perspectiva, o capítulo organiza-se em dois subcapítulos. O primeiro subcapítulo aborda os pressupostos teóricos do conceito de maximização, a exemplificação da superação de problemas utilitários, a legitimação e a responsabilidade das decisões jurídicas. O segundo subcapítulo trata das críticas formuladas por Ronald Dworkin e as compreensões de Richard Posner diante das preocupações contemporâneas da teoria da decisão jurídico-pragmática.

---

<sup>154</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (org.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 26 (PDF).

<sup>155</sup> *Id.* In search of a broad research agenda in Law & Economics for Latin America. **Apresentação de Trabalho. Seminário Internacional de Análisis Económico del Derecho**, 2007. Pag 08-11 (PDF).

<sup>156</sup> SCHWARTZ, Germano; NETO, Arnaldo Bastos Santos. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça** N°4 – Jul, Set. 2008. Pag. 206-208.

Metodologicamente, o pragmatismo jurídico marca presença na contemporaneidade em duas linhas distintas: (i) como metodologia positiva (explicativa) de discussão das teorias da decisão e do direito, e (ii) como metodologia normativa (modificativa) da realidade. Essa dupla tratativa do direito inter-relaciona perspectivas filosóficas no intuito de formular uma teoria abrangente e construtiva atrelada aos limites da realidade vigente.

Diante dessa perspectiva, o presente capítulo utiliza a metodologia analítica em face das compreensões “*in loco*” de Richard Posner, no intuito positivo (explicativo) da sistematização da decisão jurídico-pragmática.<sup>157</sup> Nesse sentido, diversos livros e “papers” de Richard Posner formam a base necessária para o desenvolvimento, dentre os quais podem ser destacados “The Economic Approach to Law”, “Some Uses and Abuses of Economics in Law”, “The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman”, “Response to Clark Fresman, Were Patricia Williams and Ronald Dworkin Separated at Birth?”, e as obras “A Economia da Justiça”, “Problemas de Filosofia do Direito”, “Para Além do Direito” e “El análisis económico del derecho”.

---

<sup>157</sup> POSNER, Richard A. Some Uses and Abuses of Economics in Law. **46 University of Chicago Law Review** 281 (1979). Pag. 287

## 2.1. MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA.

O termo maximização da riqueza foi o primeiro designativo utilizado por Richard Posner, no entanto, há diversos outros, como maximização, maximização utilitária “*stricta*”, maximização econômica, maximização racional, teoria das escolhas racionais. O respectivo conceito é o delineador primordial da teoria do pragmatismo jurídico de Richard Posner. Entretanto, diferentemente do que possa parecer, o conceito possui estrutura filosófica complexa ao perpassar linhas epistemológicas distintas, como a supramencionada no introito do capítulo sobre John Rawls, e outras, como as de Jeremy Bentham, Vilfredo Pareto, Nicholas Kaldor e John Richard Hicks, Adam Smith e Immanuel Kant.

Esse conjunto de terminologias que designam a maximização econômica origina-se no século XVIII com as obras de Bentham e, segundo Richard Posner, têm como vetor lógico a compreensão de que “os seres racionais moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições com o que se defrontam, incentivos e restrições que nem sempre têm uma dimensão monetária”<sup>158</sup> e, em consequência, o vetor antropológico, em que os indivíduos dirigem suas atividades para a consecução das próprias finalidades individuais.<sup>159</sup> Insta salientar que a atuação racional dos indivíduos ocupa grande parcela de suas atividades, no entanto, não deve ser compreendida como a única forma do agir humano.

Assim, a estrutura do presente subcapítulo exporá sinteticamente a construção estrutural da expressão maximização econômica, de maneira a explicitar as influências epistemológicas supra referenciadas e a superação pela respectiva teoria de problemas utilitários. Ainda, será abordada a relação da maximização econômica com a teoria pragmática da decisão jurídica em face da averiguação de sua legitimidade e responsabilidade.

Insta salientar que Richard Posner é metucioso ao expor que, em países estruturados sob a ótica do “civil law”, há menores aberturas ao conjunto de incentivos e restrições jurisdicionais, bem como os países em desenvolvimento devem ater-se pragmaticamente aos direitos e às garantias de propriedade, à liberdade, à prevenção da corrupção e dos favoritismos e, por fim, aos limites reguladores do Estado.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> *Id.* **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. XII (Prefácio).

<sup>159</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 22. São Paulo: FGV Direito, 2008. Pag. 16.

<sup>160</sup> POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. XVIII (Prefácio).

Nessa perspectiva, a maximização econômica do direito como comportamento não mercadológico está umbilicalmente atrelada ao estudo da atuação do sistema legislativo e dos tribunais como construtores do direito em face da análise das incertezas e riscos, bem como dos custos da informação. Salienta-se que o conceito não pode ser confundido, de maneira equivocada, com um simples critério financeiro, no sentido de que qualquer aumento de receita produziria maximização, e sim, como um critério de averiguação dos custos e benefícios, inclusive os não-pecuniários, como elementos da escolha racional.

Na compreensão do pragmatismo jurídico de Richard Posner faz-se necessário averiguar as bases filosófico-fundantes. Uma vez que a aproximação com John Rawls já foi exposta, inicia-se pela análise de Bentham, filósofo e jurista iluminista com propostas de construção de um sistema de filosofia moral, não apenas especulativa, preocupado em alcançar uma solução prática a ser exercida pela sociedade de sua época e com intuito reformador e sistemático. Bentham dispôs que as sanções são métodos de impor custos às atividades ilícitas, através das quais se alteram incentivos ao ingresso nas respectivas atividades.<sup>161</sup>

Ocorre que o respectivo autor, em face de sua compreensão exacerbada da capacidade de alterar a sociedade por meio das leis e codificações como instrumento de incentivos, fundamentou em ampla profundidade o surgimento de Estados totalitários. Dentre medidas radicais defendidas por Bentham, estão: a obrigação de “tatuá-lo próprio nome no corpo, a imposição de testemunho em prejuízo próprio, tortura, denúncia anônima, menosprezo aos direitos, abolição do júri e do sigilo profissional do advogado”.<sup>162</sup> De outro lado, algumas características de Bentham são bases de desenvolvimento do pragmatismo jurídico, como por exemplo, luta pela liberdade religiosa, divórcio civil, reforma penal e processual penal e luta pela liberdade econômica, bem como contribuições teóricas às teorias da utilidade e da análise econômica não-mercadológica em diversas áreas de comportamento.<sup>163</sup>

Dentre essas perspectivas antitéticas da compreensão de Bentham no que tange às teorias sociais normativas, questiona-se se o respectivo autor possui características assustadoras por ser utilitarista ou por se afastar do utilitarismo. Na primeira hipótese: Bentham possui a

---

<sup>161</sup> *Id.* Some Uses and Abuses of Economics in Law. **46 University of Chicago Law Review** 281 (1979). Pag. 282.

<sup>162</sup> *Id.* **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 50.

<sup>163</sup> *Id.* Some Uses and Abuses of Economics in Law. **46 University of Chicago Law Review** 281 (1979). Pag. 282-283.

única forma de compreender o utilitarismo? E, por fim, Bentham esgota o conteúdo econômico não-mercadológico? Como se observará, as respostas a essas indagações são negativas.

Em geral, os teóricos críticos do pragmatismo utilizam-se de um método consistente em igualar economia ao utilitarismo e, depois, atacar este último. Seguem esse método por se sentirem mais à vontade com a terminologia da filosofia.<sup>164</sup> Apesar do utilitarismo estar correlacionado à economia, essas são perspectivas de análise distintas. Isso se demonstra através da influência de cada perspectiva na teoria do direito: enquanto o utilitarismo inicia suas discussões jurídicas já na época de Bentham, a economia somente começa a influenciar incisivamente o direito (salvo algumas áreas, como o direito antitruste) na década de 1960.<sup>165</sup>

Ocorre que, de um lado, a perspectiva da influência de Bentham se depara com algumas aporias elencadas por Richard Posner. A primeira aporia é a problemática da amplitude da expressão maximização da felicidade média ou total, uma vez que a perspectiva se apresenta como um objetivo ético dependente de elementos limitativos transcendentais.<sup>166</sup> A segunda aporia é a questão da metodologia, haja vista que não há procedimento seguro para aferir o grau de felicidade dos seres vivos como um todo e, portanto, o utilitarismo fundamenta direitos em empirismos puramente construtivistas. A terceira aporia é o instrumentalismo exacerbado, que possibilita, sob o enfoque da maximização da felicidade, transformar as pessoas em “carneiros obedientes”, no intuito de prover a felicidade de todos.<sup>167</sup>

De outro lado, importante observar que a estrutura jurídico-estatal e as formulações teóricas de Richard Posner compreendem um conjunto sistêmico de coerção em que, conforme um jus-economista, busca-se a melhor forma de utilizá-lo; já conforme um cientista político, busca-se a melhor forma de estruturar e impossibilitar a tomada do poder por grupos ilícitos. Segundo o respectivo autor:

A diferença entre o conceito político de ordem social e o conceito mais estritamente econômico de utilidade ou bem-estar pode ser exemplificada através de uma referência ao problema do controle da criminalidade. O economista se interessa pelo modo como é utilizado o aparato da justiça criminal, que constitui um sistema governamental de coerção, e pela forma como se poderia utilizar esse sistema de maneira mais eficaz para a prevenção de atividades privadas destrutivas, como o roubo e o homicídio. (...). Mas, da

---

<sup>164</sup> *Id.* The Economic Approach to Law. University of Chicago Law School. **Journal of Articles**. Texas Law Review 757, 1975. Pag. 773.

<sup>165</sup> *Ibid.* Pag. 758.

<sup>166</sup> *Id.* **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 65-68.

<sup>167</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (org.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 12 (PDF).

perspectiva do cientista político preocupado com a ordem social, a questão mais interessante não é como empregar eficazmente o aparato do direito penal para lidar com o problema da coerção privada, mas sim, como evitar que o controle desse aparato caia nas mãos de uma facção.<sup>168</sup>

Essa perspectiva de utilização sistematizada do aparato de coerção estatal perpassa a compreensão dos referenciais de Vilfredo Pareto quanto à teoria da superioridade de Pareto, Nicholas Kaldor e John Richard Hicks quanto à teoria da superioridade potencial de Pareto, bem como as conjugações de Richard Posner sobre os respectivos referenciais e a análise do consentimento implícito “*ex ante*” ou “*ex post*”.

Pareto é filho de pais italianos, mas nasceu na França, em 1848. A família possuía título de nobreza desde o início do século XVIII. Em 1867, a família de Pareto volta à Itália, onde ele concluiu os estudos secundários e científicos, participou da Sociedade Adam Smith e realizou pesquisas sobre a distribuição de renda. Richard Posner explicita que a superioridade de Pareto (ótimo de Pareto ou eficiência de Pareto) é o “princípio segundo o qual uma forma de alocação de recursos é superior a outra se puder melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém”.<sup>169</sup>

Para a demonstração da alocação superior de recursos, Pareto utiliza o critério do consentimento de forma unânime, ou seja, a autonomia humana define a contabilização dos potenciais de equivalência de troca atribuíveis (valores atribuíveis).<sup>170</sup> Ocorre que a superioridade de Pareto possui mais presunção do que elementos empíricos de constatação, isso, pois, a inexistência de efeitos negativos sobre terceiros é praticamente impossível de constatar em transações que envolvam coletividades ou políticas públicas. Em face dessa crítica, Richard Posner exemplifica a impossibilidade por meio de uma hipotética modificação do sistema econômico de tomates entre um sistema tarifado e um sistema de livre mercado:

(...) A eliminação desse teto resultaria em um preço de mercado mais elevado, maior quantidade produzida, aluguéis mais caros de terras especializadas no cultivo de tomates, redução na produção de mercadorias substitutas e muitos outros efeitos. Se é impossível identificar todas as pessoas afetadas pela transformação de um mercado de tomates com preços tabelados em um mercado livre, que dirá negociar com o consentimento de todas elas.<sup>171</sup>

Em face dessa problemática, Nicholas Kaldor e John Richard Hicks, desenvolveram o princípio da superioridade potencial de Pareto (ou critério de Kaldor-Hicks), em que a

---

<sup>168</sup> POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 52-53.

<sup>169</sup> *Ibid.* Pag. 105.

<sup>170</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 22. São Paulo: FGV Direito, 2008. Pag. 23.

<sup>171</sup> POSNER, Richard A. *Op. Cit.* Pag. 106.

realocação de valores deve gerar uma maximização da riqueza e ser avaliada com base no aumento de valor suficiente para compensar plenamente os prejudicados.<sup>172</sup> Ocorre que as abordagens críticas à teoria Kaldor-Hicks apontaram impossibilidades à supra perspectiva, isso, pois, caso não ocorram as compensações, não se poderia metrificar “se a utilidade, para os ganhadores, de não ter de compensar os perdedores, excede a desutilidade, para estes, de não receber compensação”.<sup>173</sup>

Diante dessa perspectiva, Kaldor-Hicks apontou que a escolha entre compensar ou não as perdas dos prejudicados era uma decisão política em face de fundamentos de merecimento ético, na qual o economista não deveria emitir posições. No entanto, essa posição somente poderia ser averiguada caso os governos agissem eticamente, ao invés de serem apenas um local abstrato onde, em certa medida, diversos grupos disputam a hegemonia do poder.<sup>174</sup>

Diante das críticas atribuídas a Pareto e a Kaldor-Hicks, Richard Posner desenvolve a teoria do consentimento hipotético (consentimento implícito) para aferir a superioridade da realocação de recursos. Nessa perspectiva, possibilita-se a conjugação da maximização da riqueza, exigida em Kaldor-Hicks, com o critério do consentimento de Pareto. Para Richard Posner, o consentimento pode ser dado “*ex ante*” em casos decorrentes da concorrência de mercado ou pode ser aferido “*ex post*” em casos maximizadores da economia e que não estejam inseridos no mercado, como por exemplo, a responsabilidade civil:

Suponhamos que um empresário perca dinheiro porque a concorrência desenvolveu um produto superior. Como a expectativa de lucros do empresário traz embutido um adicional para cobrir as possíveis perdas devidas à concorrência, ele foi compensado, *ex ante*, pelo prejuízo. (...). O conceito de compensação *ex ante* é uma resposta ao argumento de que o critério da maximização da riqueza, resolutamente aplicado a ambientes de mercado como o de meu exemplo do deslocamento da fábrica, violaria o princípio do consentimento. Mas uma questão mais difícil surge da tentativa de sustentar, com base nesse princípio, instituições não ligadas ao mercado, mas alegadamente maximizadoras da riqueza, como a responsabilidade civil por negligência, aplicável aos acidentes de automóvel. Se um motorista é ferido por outro em um acidente do qual nenhum dos dois é culpado, em que sentido o motorista ferido consentiu em não ser compensado pelos danos (ou absteve-se de fazer qualquer objeção a isso), que é o que ocorre sob um sistema baseado na negligência?

Para responder a essa pergunta, precisamos ter em conta os efeitos da exigência de compensação *ex post* – como ocorre na responsabilidade objetiva

---

<sup>172</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 22. São Paulo: FGV Direito, 2008. Pag. 24.

<sup>173</sup> POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 108-109.

<sup>174</sup> *Id.* Some Uses and Abuses of Economics in Law. **46 University of Chicago Law Review** 281 (1979). Pag. 294.

– sobre os custos de dirigir. (...). Será que os motoristas estariam dispostos a assumir custos mais altos para preservar o princípio da compensação *ex post*? Provavelmente não. Qualquer motorista que deseje garantir compensação em caso de acidente, independentemente da culpa do lesante, só precisa adquirir um seguro pessoal ou seguro de acidente; presumivelmente a um custo inferior ao da possível obtenção de compensação *ex post* em um sistema de responsabilidade objetiva. <sup>175</sup> (itálico original)

A compreensão sobre o consentimento “*ex ante*” e “*ex post*”, no que tange à superioridade da realocação de recursos mostra-se relevante na medida em que explicita a legitimidade das decisões jurisdicionais em face da maximização econômica. Entretanto, antes da exposição da respectiva legitimidade, alguns conceitos econômicos são buscados em outra importante base econômico-filosófica a ser analisada, a saber, as formulações de Adam Smith. O autor foi um filósofo e economista britânico, nascido na Escócia e desenvolveu seus estudos no atribulado século das Luzes, o século XVIII. Smith dispôs, ao longo de seus trabalhos, duas importantes análises, a teoria da empatia e a teoria da mão invisível. Nesta última, abordou conceitos, como “valor”, “riqueza”, “preço”, “mercado”, “individualismo” (“*self-interest*”), entre outros.

O termo “valor” refere-se ao potencial de equivalência de troca, ou seja, a capacidade de permuta que determinado bem ou serviço possuem, ao se compararem com outros bens ou serviços. O termo “riqueza” deriva-se do termo “valor” como sendo a soma de todos os bens e serviços que determinada pessoa ou sociedade possui. Por outro lado, o termo “preço” (ou valor de mercado) é a equivalência de troca que os consumidores estão dispostos a atribuir a determinados bens ou serviços. Diante desse ponto, o cálculo da riqueza é a soma dos valores de mercado atribuídos aos bens e serviços de uma pessoa ou sociedade.

Respectivamente, pode-se exemplificar que: caso ocorra a oferta de um pacote de maçãs por R\$ 10,00 e o consumidor efetue a compra, em regra, ocorreu o aumento da riqueza social, uma vez que, antes, o vendedor tinha um pacote de maçãs que atribuía o valor de R\$ 10,00 e o consumidor tinha R\$ 10,00 - agora, o vendedor tem R\$ 10,00 e o consumidor, um pacote de maçãs, ao qual atribui valor maior do que R\$ 10,00. <sup>176</sup>

Mas, em outra perspectiva, para fins de controle, caso um transeunte houvesse simplesmente esmagado as laranjas de outro transeunte por estar com pressa, não haveria transação mercadológica – neste caso, o desfecho da situação dependeria de uma decisão por

---

<sup>175</sup> *Id.* **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 113.

<sup>176</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (org.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 13 (PDF).

meio da atribuição hipotética de valor a quanto as respectivas laranjas valiam para cada um, assim como o valor de andar rápido por estar com pressa, e assim, sucessivamente. Nesta última abordagem, o sistema jurisdicional “parece projetado, conscientemente ou não, para alocar recursos da forma como um mercado real o faria, mas em circunstâncias nas quais os custos das transações são tão altos que o mercado deixa de ser um método viável de alocação”.<sup>177</sup>

Desse modo, o termo “mercado” abrange aspectos mercadológicos e não mercadológicos. Neste último, há a espécie denominada de mercado hipotético, que desempenha importante papel na análise econômica das decisões jurisdicionais, uma vez que viabiliza ao juiz a capacidade de “estipular com razoável precisão a forma de alocação de recursos que maximizaria a riqueza”<sup>178</sup>, como por exemplo, responsabilidades civis impossíveis de serem valoradas e limitações administrativas.

Entretanto, faz-se necessário esclarecer a ambiguidade existente na expressão “disposição para pagar” (disposição para atribuir potencial de equivalência de troca). Assim, suponha que o indivíduo X possua um veículo no valor de R\$20.000,00, mas que o vendesse somente pelo preço de R\$25.000,00. Entretanto, se não fosse o proprietário, pagaria somente R\$15.000,00 pelo respectivo veículo. Diante desse impasse, qual o valor do veículo? A resposta depende de dois elementos distintos: o primeiro é saber se sou ou não proprietário do veículo e a segunda é saber se o título de propriedade é coerente com os princípios que atribuem direitos.

Outra perspectiva para análise do conceito de maximização econômica é a compreensão de Kant. No entanto, Richard Posner previne que, se “o perigo do utilitarismo são as aberrações morais, o das teorias kantianas é o preciosismo moral, ou extremismo”.<sup>179</sup> Assim, grande parte dos atuais kantianos driblam o extremismo formulando exceções, como por exemplo, admitir a tortura de uma pessoa em prol de salvar a humanidade. No entanto, após a abertura da primeira exceção, não se torna possível atribuir limites lógicos a novas exceções, fato este que inviabiliza a moral universalizante de Kant.<sup>180</sup>

Os moralistas se desagradam com o utilitarismo, haja vista que ele parece permitir invasões às liberdades individuais e o fomento de totalitarismos e intervenções com base em

---

<sup>177</sup> POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 75.

<sup>178</sup> *Ibid.* Pag. 75.

<sup>179</sup> *Ibid.* Pag. 70.

<sup>180</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (org.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 17-18 (PDF).

felicidades impossíveis de serem metrificadas. Contudo, a teoria das escolhas racionais constitui-se como uma combinação de áreas utilitárias e morais através da compreensão do termo “riqueza” que, positivamente, conecta-se à utilidade, mas, ao mesmo tempo, condiciona essa utilidade à liberdade individual e ao tratamento das pessoas como fins em si mesmas, de modo a permitir que atribuam valores por meio de transações voluntárias. Nessa perspectiva:

(...) o homem que está disposto a pagar \$10.000 por um colar e o que não tem dinheiro, mas está disposto a incorrer em uma desutilidade não pecuniária equivalente à de desistir de tal quantia. A posição do primeiro homem é moralmente superior, pois ele busca aumentar seu bem-estar beneficiando outra pessoa, a saber, o dono do colar. Além disso, ao que tudo indica, o comprador acumulou seus \$10.000 por meio de atividade produtiva, isto é, de uma atividade que beneficiou outras pessoas além dele, sejam estas, seus empregadores, clientes ou clientes de seu pai.<sup>181</sup>

Desse modo, a maximização sustenta em melhor medida a liberdade econômica e a de mercado, a despeito de qualquer objeção igualitarista, uma vez que maximiza a riqueza da sociedade e, ainda, proporciona ambiente de observância dos escrúpulos morais, como redução dos custos de transação (redução dos custos de policiamento das atividades) e autonomia na atribuição de valores. Nesse sentido, na ótica de observação mercadológica, podem os direitos ser da categoria negociados ou da categoria absolutos. Os primeiros não possuem óbices mercadológicos, já os segundos não podem ser extintos sem o consentimento do detentor. Estes são indicados a existirem para os casos de direitos com custos baixos de transações voluntárias, mas reprovados quando os custos de transação são proibitivos.

Por exemplo, se A estaciona seu carro na garagem de B e este pede em juízo que A se retire de lá, A não pode se defender alegando ao juiz que a garagem, na verdade, vale mais para ele que para B (talvez por ser o carro de A mais caro que o de B). A tampouco pode tomar a garagem e esperar que B o acione para obter o valor de mercado daquela. Ele precisa negociá-la com B, o que faz com que o direito em questão seja absoluto é o fato de não se poder extingui-lo ou transferi-lo sem o consentimento de seu detentor.

(...) eu não tenho um direito absoluto de propriedade contra as ondas sonoras que penetrem minha casa ou a poluição do ar que faça partículas de sujeira se depositarem no parapeito de minha janela. **A diferença entre esses exemplos é que, no caso da garagem, as transações voluntárias constituem um método seguro de direcionar os recursos a suas aplicações mais vantajosas. Nos outros exemplos, os custos de transação impossibilitam o uso de transações voluntárias para deslocar recursos dessa maneira, e torna-se necessária descoberta de mecanismos alternativos de alocação dos direitos de propriedade, tais como a responsabilidade judicial, o direito de desapropriação ou o zoneamento.**<sup>182</sup> (negrito inserido)

---

<sup>181</sup> POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 80-81.

<sup>182</sup> *Ibid.* Pag. 84-85.

Essa distinção entre direitos de mercado e direitos absolutos relaciona-se com os custos de transação de cada direito e, conseqüentemente, repercute a preocupação da teoria da maximização econômica em torno da distribuição inicial dos direitos, visto que a alocação ineficiente dos direitos ampliaria os custos através da necessidade de realocação. Assim, se as transações realizadas no mercado em face dos direitos não possuíssem custos, ou seja, tivessem custo zero, não haveria preocupação da economia em quem seriam os detentores iniciais dos direitos. No entanto, distante da percepção utópica do custo zero, os custos de transação dos direitos são positivos e, diante desse aspecto, em regra, os direitos devem inicialmente serem dirigidos aos detentores naturais (àqueles que provavelmente os valorizarão mais), divididos em pequenos grupos e entre indivíduos diversos.

Com esses delineamentos filosóficos, econômicos, lógicos e jurídicos, grande parte dos problemas utilitários são solvidos, como por exemplo, a inclusão da felicidade dos animais no cômputo utilitário, a inclusão dos débeis, das pessoas não nascidas, dos estrangeiros, do critério de mensuração, da contenção do instrumentalismo, da redistribuição econômica, da fonte das riquezas, da limitação do Estado através de direitos, da margem de interesse público, das relações com minorias, do controle populacional, entre outros.

Para a teoria da maximização econômica, os animais são considerados, em regra, na medida de interseção entre o produto econômico e o custo econômico da criação. Os débeis, cuja renda seja insuficiente para sustentar os padrões de vida, não influenciam na alocação dos recursos, salvo por intermédio de terceiros. Os não nascidos são averiguados como mercados hipotéticos de contingentes populacionais adicionais relacionados as suas capacidades de se sustentarem. Os estrangeiros alinham-se em uma política de livre migração e sem auxílio do Estado. Todos esses aspectos garantem uma perspectiva de maximização.<sup>183</sup>

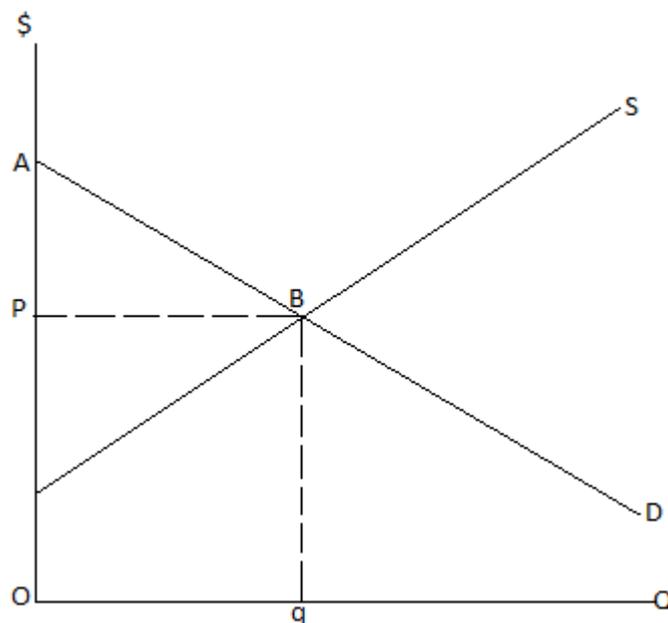
O problema do critério de mensuração da felicidade utilitarista solve-se na maximização econômica através da percepção de que as transações voluntárias ampliam a riqueza social e de que, nos mercados hipotéticos, pode-se utilizar um repertório de transações implícitas que sirva de alusão para a avaliação dos valores envolvidos na transação hipotética. O instrumentalismo é contido na medida em que a única possibilidade de intervenção estatal é a ocorrência de falha operacional capaz de aumentar a riqueza social por meio da coerção, logo, as inserções de deveres somente podem ser utilizadas quando os custos de transação forem proibitivos.

A distribuição de renda, de um lado, enquadra-se através da distinção entre o produto social das atividades e a renda social das atividades. Nessa perspectiva, uma pessoa, ao portar-

---

<sup>183</sup> *Ibid.* Pag. 91-93.

se conforme a teoria das escolhas racionais, geraria riqueza e benefícios às diversas pessoas envolvidas no ciclo econômico e no ciclo pessoal respectivos, de maneira que o percentual retido (renda) pelo exercente de atividades maximizadoras é menor que o percentual total produzido (produto). Nesse sentido, dispõe Richard Posner que “se considerarmos que a renda de uma pessoa é menor que o valor total de sua produção, segue-se que o indivíduo produtivo dá à sociedade mais do que tira desta”<sup>184</sup>. Ainda, ilustrativamente conforme o seguinte plano cartesiano:



*Superávit* do consumidor: produção para os outros. Q= produto dos trabalhadores; S= preço de oferta; D= demanda por mão de obra; área PBqO= renda total da força de trabalho; área ABqO= produto social total de seu trabalho. O ponto B representa a posição ideal em um mercado de concorrência e, por fim, a área ABP= *superávit* do consumidor.<sup>185</sup>

Também, de outro lado, a distribuição de renda coercitiva, excepcionalmente, pode trazer benefícios gerais, como a redução dos custos do crime, e benefícios individuais, como o aferimento de status social altruístico e capaz de fomentar o conhecimento e a gratidão de determinado mercado. Nesse sentido, Richard Posner:

Em primeiro lugar, alguns esforços presumivelmente modestos por uma distribuição mais equitativa da renda e da riqueza justificam-se economicamente, pois podem reduzir a criminalidade e, conseqüentemente, os custos do crime, tanto pelo aumento dos custos de oportunidade do criminoso (isto é, renda com atividades legítimas a que ele renuncia) quanto,

<sup>184</sup> *Ibid.* Pag. 80-81.

<sup>185</sup> *Ibid.* Nota Pag. 93 e Texto Pag. 94.

menos provavelmente, pela diminuição da rentabilidade potencial do crime. Em segundo lugar, na medida em que as pessoas são altruístas e estão, portanto, dispostas a transferir parte de sua renda aos mais necessitados, os aspectos de utilidade pública da caridade (isto é, o fato de a diminuição da pobreza beneficiar os que não praticam a filantropia) podem justificar os esforços públicos de redução da pobreza.<sup>186</sup>

No que tange à fonte da riqueza, esta atrela-se ao sistema da maximização econômica por meio do sistema de distribuição de direitos. Assim, a distribuição de renda é nada mais que um subproduto da distribuição de direitos. Logo, atividades de distribuição equitativa podem favorecer uma igualdade de partida quando os custos proibitivos da transação dos direitos forem capazes, por si só, de produzirem riqueza, mas nunca uma igualdade de resultados.<sup>187</sup>

Quanto à limitação do Estado, tem-se que obedecer aos limites de sua riqueza, bem como suas vítimas são protegidas pelo complexo de direitos que obriga o Estado a compensá-los na medida que exigirem, conforme alguns padrões. Estes repercutem no distintivo entre utilitarismo e economia, em que o primeiro se vê forçado a atribuir direitos a todas as formas de manifestação humana, como por exemplo, à inveja e à raiva, contudo, a economia atribui direitos e valor somente às atividades que produzem escolhas economicamente racionais, que ocorrem somente quando se faz coisas para os outros, oferecendo-lhes negócios vantajosos.

Quanto ao interesse público, ou mais especificamente, o sacrifício do interesse individual em face dos interesses coletivos, e vice-versa, não gera grandes problemas à análise econômica do direito, uma vez que preferências externas injustificáveis, como por exemplo, discriminação imotivada ou maus tratos imotivados, não possuem compatibilidade com as escolhas racionais. “Sob tal sistema, se a Alemanha nazista quisesse se livrar dos judeus, teria de pagar para que abandonassem o país”.<sup>188</sup>

Insta salientar que o interesse público, para a compreensão cultural e econômica, nada mais é que a observação de um grupo ou de alguns grupos que detêm o poder em determinado tempo e espaço, inexistindo diante desse aspecto processual e temporal a definição de uma maioria “ipsênica”<sup>189</sup>, mas somente um conjunto de minorias. Nesse sentido, Richard Posner, ao comentar as cotas raciais, dispõe que “o país [EUA] ‘tornara-se uma nação de minorias’,

---

<sup>186</sup> *Ibid.* Pag. 97.

<sup>187</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (org.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag. 24 (PDF).

<sup>188</sup> POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 101.

<sup>189</sup> No pensamento de Duns Scotus (1265-1308 dc. e recuperado *a posteriori* pelo heideggerianismo): o caráter particular, individual, único de um ente. Aqui utilizado como na perspectiva de inexistência de uma maioria com caráter particularizado de maneira coletiva.

cada uma das quais ‘tinha de lutar, e em certa medida luta até hoje, para superar os preconceitos não de uma maioria monolítica, mas de uma maioria composta de diversas minorias’ ”. <sup>190</sup>

Por fim, o controle populacional sob a ótica da maximização deve ser analisado diante da relação entre a quantidade de recursos e o número de pessoas, de maneira a ser permitido o controle, caso ocorra uma desproporcionalidade elevada entre o custo social e o crescimento populacional superando a do produto social, o que deve considerar conjuntamente os custos de implementação de uma política de controle. <sup>191</sup>

Os aspectos exemplificativos da observação econômica-racional do direito em face dos problemas utilitários explicitam a importância de uma visão ampla das perspectivas de análise, visto que a inserção de novos elementos indutivos do comportamento gera uma nova cadeia de relações e de custos, bem como pode afrontar compreensões morais tradicionais. Diante desse ponto, Richard Posner acautela-se, expondo que a liberdade das relações negociais não deve ser concebida, por exemplo, diante de contratos decorrentes de fraude, externalidades significativas, deficiência ou outras falhas de mercado, desta forma, comparando a análise econômica dos direitos a uma espécie de utilitarismo “*strictu*”.

Ainda, os elementos epistemológicos fundantes e a superação exemplificativa de alguns dos problemas utilitários atrelam-se à teoria da escolha racional aplicada à decisão jurisdicional na medida em que esta tem como perspectiva a atividade de como as instituições distribuem direitos e deveres (Rawls), de modo a viabilizar a maximização econômica por meio de incentivos (Bentham) aumentando a riqueza total (Kaldor-Hicks) e observando-se o critério do consentimento (Pareto) avaliado através dos instrumentos hipotéticos de aferição *ex ante* e *ex post* (Richard Posner), em que a riqueza é a soma dos potenciais de equivalência (Adam Smith) atribuídos pelos detentores dos direitos como proteção e aprimoramento da autonomia pessoal (Kant).

Diante dessa macro perspectiva, a legitimidade da decisão jurisdicional encontra-se no consentimento hipotético inerente à democracia, de que, em casos de incongruências na aplicação das normas jurídicas, deve haver um método de solução e, sucessivamente, na maximização econômica dessa perspectiva, atribuindo a uma pessoa ou a um grupo de pessoas (os juízes) a incumbência de decidi-las, evitando, assim, infundáveis discussões democráticas

---

<sup>190</sup> POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 461.

<sup>191</sup> *Ibid.* Pag. 103.

sobre como se aplicar as leis, e como se aplicar a interpretação das leis, e como se interpretar a interpretação das leis. Aqui, Richard Posner dispõe:

É verdade que ‘um projeto de lei não vira lei simplesmente porque todos os membros do congresso são a favor dele’, mas isso ocorre porque há um mecanismo pelo qual os legisladores podem expressar efetivamente seu consentimento. Às vezes, o mecanismo não funciona, como quando surge um problema de determinação do alcance de uma lei promulgada no passado, e então se permite que o judiciário infira a intenção do legislativo. Este é um exemplo de consentimento implícito, ou hipotético, mas ainda assim importante.<sup>192</sup>

Esse consentimento implícito nas Constituições é aferido em dois níveis de profundidade. O primeiro é o consentimento dos representantes democráticos como decorrência lógica da democracia; o segundo é o consentimento popular pragmático de aceitar os termos inseridos nas constituições e nas decisões judiciais, na perspectiva de que os pressupostos e as regras possuem força porque são aceitos, e não aceitos porque possuem força.

Essa dupla averiguação de consentimento atribui ao corpo judicial responsabilidade, e não somente um caráter de meros agentes do Estado, enfrentando de tal modo as problemáticas da independência do judiciário inter-relacionadas com as características comportamentais antropológicas dos respectivos integrantes. Essa inter-relação expõe a necessidade de compreender que a valorização da supra referida independência modifica o conjunto de incentivos internos e externos a que os juízes estão submetidos.

Assim, do período greco-romano ao contemporâneo, de Aristóteles à Kelsen, da Carta Magna inglesa às constituições contemporâneas, de Bentham à Richard Posner, o papel dos juízes, entre a passividade e a usurpação em face dos incentivos e das restrições, sempre foi alçada destacada de debate. Mas, diante da legitimação da decisão jurídico-pragmática em face do consentimento implícito da maximização funcional do sistema constitucional e sua inter-relação com a independência do judiciário, quais são os efetivos incentivos e as restrições atinentes à individualidade dos respectivos membros (e não a uma espécie de ética ou teoria)? Na ampla maioria de países democráticos, os corpos de integrantes da jurisdição contam com um específico conjunto de dissuasões e convencimentos. Como exemplo, pode-se aferir as características brasileiras e que, similarmente, são explanadas por Richard Posner referindo-se aos EUA.<sup>193</sup>

---

<sup>192</sup> *Ibid.* Pag. 116-117.

<sup>193</sup> *Id.* **Para além do direito.** Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pag 117-135.

Em primeiro lugar, explana-se sobre um conjunto de características dissuasórias à pró-atividade, dentre elas, estão: a não sujeição às destituições ordinárias, de modo que, em regra, somente perdem seus cargos em hipóteses de envolvimento criminal ou com improbidades. Além disso, seus salários não podem ser reduzidos, mesmo em face de cortes orçamentários ou em face da baixa produtividade, por outro lado, os salários também não podem ser aumentados em face da mesma. Outro aspecto importante é a promoção, no entanto, a elaboração de uma única sentença com excepcional qualidade tem baixo impacto sobre as perspectivas de ascensão funcional.

A ausência de concorrência na elaboração da prestação jurisdicional também interfere na medida que juízes de determinada faixa etária e nível educacional trabalham menos do que advogados e acadêmicos nas mesmas circunstâncias. Ainda, a impossibilidade de os juízes obterem rendas indiretas através de participações ou custas, bem como de exercerem atividades empresariais ou profissionais diversas da judicatura, salvo a docência, interferem na alocação de tempo e energia. Esta última característica acarreta duas consequências: a primeira é que o ócio passa a ter maior valor do que a atividade e a segunda é que a única atividade variável é a docência.

Em segundo lugar, explicita-se um conjunto de impulsos à pró-atividade, entre elas, a popularidade (compreendida como a imagem em face dos jurisdicionados), o prestígio (compreendido como valorização da profissão), o interesse público (compreendido como a utilidade jurisdicional), a reputação (compreendida como boa visibilidade no meio profissional), a laboriosidade do voto no intuito de enobrecer o instrumento do poder jurisdicional e refutar críticas eventuais, a autovalorização em publicar os trabalhos realizados, e, em alguns casos, o prazer de exercer a escrita.

Diante dessas perspectivas dissuasórias e das perspectivas impulsivas da pró-atividade, o ócio ocupa grande parte do diagrama de incentivos, uma vez que há uma proteção especial aos juízes, bem como há poucos meios de ampliar a atividade financeira e os propulsores são em regra abstratos e não interferem na qualidade de vida dos juízes. Essa relevância do ócio pode ser vislumbrada nos instrumentos de mitigação da necessidade de atividade jurisdicional, como por exemplo, o voto de acompanhamento (postura “maria vai com as outras”), a lei como determinadora unívoca das decisões, a igualdade de distribuições processuais, a construção do “*obter dictum*” (postura do “deixe estar” ou “time que está ganhado não se mexe”), as condições da ação, a decisão conforme perícia, o afastamento de questões políticas, os pressupostos processuais, a jurisdição vinculante e as cláusulas de barreira.

Essas explicações sobre a rede de incentivos dissuasórios e impulsivos explicita a função de utilidade dos juízes em torno do poder e da atividade profissional respectiva, que diverge da dos legisladores, pois “têm uma função de utilidade diferente da dos juízes, em parte por terem de enfrentar a reeleição. O poder, para eles, é mais importante que para os juízes, por isso praticam a troca de favores”.<sup>194</sup>

Logo, a compreensão da maximização da riqueza (maximização, maximização utilitária “*stricta*”, maximização econômica, maximização racional ou teoria das escolhas racionais) por meio da conjugação posneriana dos referenciais de Rawls, Bentham, Pareto, Kaldor-Hicks, Adam Smith e Kant possibilita a compreensão da estruturação filosófica, da legitimação e da responsabilidade política da teoria pragmática da decisão jurídica em face da análise econômica. Assim, passa-se a expor a estruturação da teoria pragmática da decisão com base em Richard Posner.

---

<sup>194</sup> *Ibid.* Pag 134.

## 2.2. TEORIA PRAGMÁTICA DA DECISÃO JURÍDICA.

A decisão jurídica é uma espécie de razão prática. Ocorre que esta última expressão precisa de delineamentos, no intuito de compreender sua polissemia. Em um primeiro aspecto, razão prática pode ser tipografada como uma metodologia entre fins e meios, em que está compreendida a teoria pragmática do direito. Em um segundo aspecto, compreende-se uma metodologia de campos específicos de pesquisa ou de trabalho, neste ponto, encontram-se as formas de investigação matemáticas e biológicas. Por fim, em um terceiro aspecto, encontram-se “os métodos, através dos quais, pessoas que não são crédulas articulam crenças sobre questões que não podem ser verificadas pela lógica ou pela observação exata”<sup>195</sup>, este último, condicente com a teoria pragmática da decisão jurídica. Richard Posner explica que:

A razão prática nesse sentido não é um método analítico único, nem mesmo uma família de métodos afins. É uma caixa de surpresas que inclui relatos de fatos isolados, introspecção, imaginação, senso comum, empatia, atribuição de motivos, a autoridade do locutor, metáfora, analogia, precedente, costume, memória, “experiência”, intuição e indução.<sup>196</sup>

Diante dessa perspectiva, afere-se que a relação entre o direito e a decisão jurídica constitui um código multidimensional, “inter-referencial” e “interdescritivo”. Assim, o presente subcapítulo abordará a estruturação da decisão jurídica pragmática segundo a vertente de Richard Posner. Para tanto, organizam-se as críticas de Ronald Dworkin e as soluções modificativas na compreensão conceitual do primeiro autor quanto ao afastamento do fundamentalismo que reduz o direito à economia.<sup>197</sup> Sucessivamente, o presente subcapítulo especifica a metodologia pragmática das respectivas decisões em faces das diversas preocupações e elementos abordados pelo primeiro autor.

Richard Posner e Ronald Dworkin efetuaram diversos diálogos acadêmicos durante suas respectivas produções científicas, devido ao antagonismo de suas metodologias de compreensão do direito. O primeiro possui um viés pragmático com a utilização da metodologia empírico-econômica; o segundo, um viés tradicional com a utilização da metodologia analítica.

198

---

<sup>195</sup> *Id.* **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pag. 95-96.

<sup>196</sup> *Ibid.* Pag. 97.

<sup>197</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 22. São Paulo: FGV Direito, 2008. Pag. 13.

<sup>198</sup> POSNER, Richard A. Response to Clark Fresman, Were Patricia Williams and Ronald Dworkin Separated at Birth? **95 Columbia Law Review**, 1610 (1995). Pag. 1612.

Segundo Richard Posner, Dworkin apresenta 5 problemas principais à maximização da riqueza. O primeiro é o questionamento sobre se a maximização é uma espécie de moral, o segundo é uma constatação de circularidade, o terceiro é a problemática da distribuição dos direitos e da riqueza, o quarto é a hipótese de intervenção direta não mediada pela riqueza e, por fim, o quinto é o problema da “ratio conciliatória”.

No primeiro questionamento, Dworkin expõe uma conceituação própria para a compreensão do termo “valores”, em que lhe atribui a respectiva característica somente para algo digno de se ter por si mesmo. Entretanto, a circunscrição do termo “valores” somente como algo finalístico em si mesmo é excêntrica e impede a consecução tradicional de diversos aspectos sociais amplamente reconhecidos, como por exemplo, a lealdade, ao melhorar as atividades organizativas e produtivas da sociedade, não estaria sendo empregada como “valor”.

199

O autor justifica a respectiva incongruência terminológica exemplificando-a por meio de uma abordagem da atribuição de valor a um livro, com Derek e Amartya. Derek é proprietário de um livro que venderia por R\$ 2,00 e Amartya pagaria R\$ 3,00, assim, caso um tirano retirasse o livro de Derek e entregasse à Amartya haveria, segundo a teoria das escolhas racionais, uma maximização social. Entretanto, para Derek não há vantagens nessa abordagem. Ocorre que Dworkin, retoricamente, obscurece a relação entre riqueza e utilidade por meio da comparação de valores muito próximos, bem como omite a autonomia individual de Derek ao permitir que algum tirano retire sua propriedade em prol de terceiro, sem nenhuma justificativa razoável.<sup>200</sup>

No segundo questionamento, Dworkin tenta expor uma circularidade na derivação de um sistema de direitos oriundo da maximização, isso decorreria do conhecido “efeito riqueza”, em que, exemplificativamente, o aumento de preços de um determinado produto - inversamente o que ocorre por regra - poderia acarretar o aumento de seu consumo. Isso, pois o “efeito riqueza” é o fenômeno que altera a renda dos indivíduos em face do aumento de preços, ou seja, ao se aumentar o preço de algum produto, este aumento reduz ou aumenta a renda de algumas pessoas devido à redução ou ampliação de seu potencial de compra e, conseqüentemente, pode acarretar o aumento da demanda do produto. Um exemplo ilustrativo, mas incorreto, seria o caso das batatas na Irlanda, haja vista que seu consumo aumentou em conjunto com o aumento

---

<sup>199</sup> *Id.* **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 129.

<sup>200</sup> *Id.* The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman. **Journal of Legal Studies**: Vol. 9, No. 2, Article 4. Pag. 245.

de preços. No entanto, esses fatores foram impulsionados pelo aumento conjunto de outros produtos.<sup>201</sup>

Assim, em tese, seria possível que a distribuição inicial de um direito determinasse a distribuição final do mesmo, ainda que os custos de transação fossem zero, principalmente se o direito ou bem fossem parte muito relevante de sua riqueza. Entretanto, até o presente momento, nenhum cientista econômico conseguiu comprovar em termos escalares o respectivo comportamento em alguma mercadoria, o que inibe a crítica e confirma que a maximização não se influencia pela distribuição inicial de direitos, apesar de se recomendar sua distribuição às pessoas que mais os valorizam, em pequenos grupos e às diversas pessoas, de modo a evitar custos de transação futuros na realocação.<sup>202</sup>

No terceiro questionamento, Dworkin explana a problemática da distribuição de direitos em uma sociedade inicial, uma vez que a distribuição de direitos em ampla medida acarreta a modificação dos preços (“efeito riqueza”), questionando-se a possibilidade de distribuição econômica, haja vista que não possuem valor.<sup>203</sup> Aqui, Richard Posner, segundo a análise econômica do direito, explica que:

(...) a distribuição dos direitos trabalhistas a seus detentores “naturais” e a divisão das terras em partes que sejam pequenas, mas não a ponto de impedir a exploração das economias de escala disponíveis, minimizará os custos de transação e levará a sociedade, mais rapidamente, ao nível que acabaria atingindo de qualquer modo, mesmo se todos os direitos fossem inicialmente distribuídos a um só homem.<sup>204</sup>

Logo, o autor preza a distribuição inicial de direitos pelo reforço da autonomia das pessoas quanto a sua própria pessoa, bem como pela distribuição ampla e de pequena monta dos bens e serviços externos a cada ser humano, como é o caso das propriedades rurais, dos bens naturais e outras formas abstratas criadas juridicamente. Perspectiva que leva em consideração a exposição sobre inter-relação conceitual de Vilfredo Pareto, Kaldor-Hicks e Adam Smith.

No quarto questionamento, Dworkin expõe que a atuação jurisdicional direta em busca da liberdade, igualdade e justiça seria mais produtiva e vantajosa do que utilizar o intermediário da economia e, ainda, expõe que a maximização aparenta menor capacidade de produzir

---

<sup>201</sup> *Id. A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 131.

<sup>202</sup> *Ibid.* Pag. 133.

<sup>203</sup> *Id.* Some Uses and Abuses of Economics in Law. **46 University of Chicago Law Review** 281 (1979). Pag. 291.

<sup>204</sup> *Id. A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 134.

qualidade social em face de outros paradigmas mais concessivos. De forma lógica, se o objetivo for transferir valores do mais produtivo para o menos produtivo, a teoria das escolhas racionais pode ser uma abordagem incorreta.<sup>205</sup>

Dworkin compreende que é possível obter mais felicidade, cooperação e respeito aos direitos na modalidade de promoção direta desses vetores finalísticos quando buscados em primeira mão. Contudo, não há metodologia capaz de metrificar o ganho e a perda de cada um desses vetores de maneira a compreender o sistema social, de modo que Richard Posner utiliza o valor atribuído por cada indivíduo como peso na compreensão e interação da felicidade, utilidade, liberdade, igualdade, cooperação e observância de direitos.<sup>206</sup> Assim, o valor atribuído por cada indivíduo é:

(...) o resultado do incentivo à maximização da riqueza, os desejos egoístas (que, na maioria dos indivíduos, são os mais fortes) forem postos a serviço de outras pessoas sem necessidade de haver coerção, essas propriedades deveriam torná-la mais atraente aos olhos do altruísta empenhado em elaborar um sistema social.<sup>207</sup>

Por fim, no quinto questionamento Dworkin rejeita a explicitação de que a atuação jurisdicional explica-se pela maximização econômica, uma vez que não há uma ampla teoria aceita sobre os motivos disso.<sup>208</sup> Dois pontos são relevantes nessa crítica dworkiana, o primeiro é o reconhecimento implícito do funcionamento jurisdicional através da maximização econômica, o segundo é que a respectiva crítica não possui especificidade, pois não há ampla teoria aceita sobre os motivos de basicamente nenhuma teoria explicativa do direito.

Essas cinco indagações críticas apresentadas por Dworkin e refutadas por Richard Posner não abalaram a estrutura de compreensão pragmática do segundo autor, entretanto, sobretudo o primeiro questionamento possibilitou reenquadrar a teoria da maximização em uma perspectiva distinta. Inicialmente, Richard Posner atribuía à maximização um significado fundamentalista de justiça.<sup>209</sup> Entretanto, após o desenvolvimento dialógico de sua teoria em face das observações de Dworkin, o referido autor recolocou a maximização como elemento

---

<sup>205</sup> *Id.* The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman. **Journal of Legal Studies**: Vol. 9, No. 2, Article 4. Pag. 248.

<sup>206</sup> *Ibid.* Pag. 249.

<sup>207</sup> *Id.* **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 135.

<sup>208</sup> *Ibid.* Pag. 137.

<sup>209</sup> *Id.* The Economic Approach to Law. University of Chicago Law School. **Journal of Articles**. Texas Law Review 757, 1975. Pag. 777-778.

integrador dos diversos vetores fundantes do direito e da ética, como por exemplo, a liberdade e a igualdade.

Explicitadas as críticas dworkianas e as respectivas soluções elaboradas por Richard Posner, que influenciaram na evolução do pensamento pragmático deste autor, passa-se à exposição da metodologia da teoria pragmática da decisão jurídica, conforme os quatro passos indicados pelo respectivo autor. O primeiro passo é a averiguação silogística de uma área aberta (área de indeterminação jurídica) em conjunto com a determinação da diretriz a ser seguida; o segundo é a análise das fontes de informação; o terceiro é um juízo conforme a maximização econômica; e, o quarto, é o teste de validade.

Quanto ao primeiro passo, a análise é feita mediante a segregação dos diversos casos, entre controlados e não controlados pela legislação, pela jurisprudência ou por outro aspecto. Essa verificação da área aberta ocorre através da metodologia silogística simples. Nesse sentido, Richard Posner expõe que “a maioria das questões jurídica é resolvida silogisticamente”<sup>210</sup> e explica que “ao filosofar sobre direito, isso faz com que seja fácil- fácil demais - esquecer essas questões e pressupor que todas as questões jurídicas são indeterminadas”<sup>211</sup>. Nesse sentido, aferem-se diversas indagações exemplificativas da solução silogística simples, como no caso de se averiguar se o casamento com a irmã é válido ou não. Ou se é ilegal dirigir a 90 km/h em vias que permitem 60km/h.

Assim, a menor parte das hipóteses integra o rol de casos não controlados por elementos pré-compreendidos segundo um silogismo simples (formando a área aberta). Entretanto, deve-se distinguir entre a validade e a solidez do silogismo. A validade é a relação lógica entre as premissas maiores, menores e a conclusão. A solidez é a análise da verdade (ou objetividade conversacional para pragmatismo) das premissas.

A necessidade de aferir a solidez do silogismo em face de uma compreensão pragmático-epistemológica do direito é averiguada pela objetividade conversacional (ou objetividade razoável, ou seja, multidimensional e não binária entre lícito/ilícito), em contraposição às objetividades ontológicas ou às científicas. A objetividade conversacional constrói-se através de uma composição razoável, ou seja, “não premeditado, não pessoal, não (estritamente) político, não ostensivamente indefinido, ainda que não definido no sentido

---

<sup>210</sup> *Id. Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pag 56.

<sup>211</sup> *Ibid.* Pag 57.

ontológico ou científico, mas receptivo”<sup>212</sup>, e ainda, “acompanhado de uma explicação persuasiva, ainda que não necessariamente convincente”<sup>213</sup>.

Nesse aspecto, tanto a definição das premissas menores (questão de fato), quanto a definição das premissas maiores (questão das normas) são explorações das indeterminações do direito e estão diretamente ligadas à generalidade ou às especificidades das regras jurídicas entre regras simples (afirma um único fato) e regras padrão (afirma um conjunto de relações factuais).<sup>214</sup> Diante desse espectro, a observação da existência de casos controlados por elementos pré-compreendidos pressupõe a designação de uma estrutura que empenhe a teoria do direito em prol de uma diretriz ou objetivo e, para o pragmatismo, o candidato a tal pressuposto é a maximização econômica.<sup>215</sup>

Quanto ao segundo passo, a análise das fontes de informações, averigua-se os precedentes jurisdicionais em face da legislação e dos fatos como fontes de dados, ambos no intuito de estruturar um conjunto de elementos relacionados à experiência jurídica e factual passada, para fins comparativos. No entanto, insta salientar que a formulação das respectivas fontes de informações (principalmente as regras de direito) é a estruturação sistêmica e coercitiva das preferências (interesse público) dos grupos de poder mais relevantes da sociedade em determinado tempo e espaço e, em face dos quais, o juiz atribui sentido às leis e precedentes, de maneira a atrelar sua atuação ao carro da história.<sup>216</sup>

Diante dessa compreensão econômico-sociológica em face das relações de poder quanto à instituição das normas jurídicas e dos respectivos sentidos, como supramencionado, as regras de direito podem ser simples (afirmam um único fato) ou padrão (afirmam um conjunto de relações factuais). Divisão essa que pode abarcar as diversas fontes de informação jurídica, seja em face das decisões jurídicas vinculantes, das leis, doutrinas ou outras fontes.

As regras simples designam um fato único, entretanto, não quer dizer que são mais fáceis de se aplicar, isso, pois pode ser complexa a determinação do fato ou, em certas ocorrências, nem se tratar de um fato, como por exemplo, a demanda em face da definição de termos jurídicos, como no caso de “salário”, “remuneração”, “gorjeta”, “vencimento”, “vencimentos”,

---

<sup>212</sup> *Ibid.* Pag. 12.

<sup>213</sup> *Ibid. Loc. cit.*

<sup>214</sup> *Ibid.* Pag 58.

<sup>215</sup> *Ibid.* Pag 177.

<sup>216</sup> *Id.* Some Uses and Abuses of Economics in Law. **46 University of Chicago Law Review** 281 (1979). Pag. 294.

“subsídio” e etc. Já as regras padrão, por natureza, além das dificuldades de determinação da premissa menor, possuem complicações delimitativas em torno da própria premissa maior.

Essas duas fontes principais de informações jurídicas relacionam-se a maximização econômica na medida em que as regras simples suprimem circunstâncias eventualmente primordiais na resolução dos casos específicos, como por exemplo, se determinado acidente poderia ter sido evitado a um custo razoável. Já as regras padrões solucionam essa problemática da análise de custo-benefício do caso concreto, mas ampliam a discricionariedade/seletividade da autoridade competente para tomar decisões. Nesse sentido, as “regras criam pressão por exceções *ad hoc*, mas os padrões podem ser vistos como a própria institucionalização da exceção *ad hoc*”.<sup>217</sup>

Quanto ao terceiro passo, o juízo, conforme a maximização econômica concebida como a teoria das escolhas racionais, insere uma etapa que utiliza o elemento custo-benefício como a bússola da decisão judicial na confrontação das consequências sistêmicas e factuais prováveis em um futuro, salientando-se novamente, como já exposto (vide subcapítulo um do segundo capítulo), que a respectiva análise não se trata de mera averiguação financeira. Nessa conjuntura, Richard Posner dispõe que:

(...) juízes, ao tomar decisões, exerçam sua ampla discricionariedade de modo que se procuram resultados eficientes, entendidos no sentido de resultados que evitem o desperdício social: no exemplo do acidente, resultados que penalizem a não tomada de precauções cujo custo se justificaria; mas que não penalizem a recusa a tomar precauções cujo custo não se justifique.<sup>218</sup>

Essa análise de custo-benefício na seara da linguagem econômica representa a análise da racionalidade meio-fim para a linguagem filosófica da razão prática, o que explicita a importância em todos os níveis de pensamento e, certamente, na seara jurídica. Assim, “a escolha entre regras jurídicas alternativas, em geral, depende da decisão de qual atinge de maneira mais adequada um objetivo subjacente”.<sup>219</sup> Nessa perspectiva, não importa que os juízes reproduzam os resultados de mercados concorrenciais, mas sim, que as decisões jurisdicionais considerem os custos da administração da justiça e que conduzam o sistema econômico ao mais próximo de um mercado livre, sem externalidade significativas, monopólios e problemas informacionais.<sup>220</sup>

---

<sup>217</sup> *Id. Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pag. 59.

<sup>218</sup> *Ibid.* Pag. XIV-XV (Prefácio).

<sup>219</sup> *Ibid.* Pag. 142.

<sup>220</sup> *Id. A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Pag. 07-08.

As respectivas alternativas jurídicas da decisão podem decorrer de diversos fatores, dentre os quais, estão a incerteza da incidência de uma regra, cortes dicotômicos (lícito/ilícito) em fenômenos contínuos e multidimensionais, palavras utilizadas sem um referencial definido, regras contraditórias e mutuamente aplicáveis, a elaboração inconstante de regras pela jurisdição, o confronto entre regras simples e regras padrões.<sup>221</sup> Entretanto, diante da impossibilidade de os legisladores abarcarem todas as circunstâncias gerais e excepcionais da vida prática, o legislador outorga ao judiciário a criação de exceções *ad hoc* e, excepcionalmente, de normas gerais, esse “é um detalhe sobre a divisão do trabalho entre os ramos do governo”.<sup>222</sup>

Esse último aspecto é a razão lógica da permissibilidade de algum grau de discricionariedade/seletividade jurisdicional, mas há ainda a perspectiva do custo-benefício entre a existência de um judiciário com baixa discricionariedade, mais dependente de outro poder de governo, e um judiciário com maior discricionariedade e a garantia da independência em face de atividades politicamente-dirigidas e, por fim, como permissibilidade da discricionariedade/seletividade, há a necessidade de manter a legislação atualizada com novas perspectivas tecnológicas ou conformações sociais.<sup>223</sup>

Quanto ao quarto passo, o teste de validade averigua os precedentes em face da legislação e dos fatos como fonte de autoridade, de maneira que o juiz, nesta etapa, averigua se não há um precedente jurisdicional vinculante capaz de anular a decisão tomada na área aberta (não controlada silogisticamente por precedentes), em face das fontes de informações (experiências dos precedentes e fatos) e com base no juízo da maximização econômica (escolhas racionais).

Desse modo, a razoabilidade das decisões jurisdicionais está condicionada aos termos da lei, dos precedentes e outras matérias jurídicas, inclusive virtudes prudenciais, como a auto constrição e a conformidade da estabilidade jurídica.<sup>224</sup> Logo, apesar das análises jurídicas serem uma espécie do problema “o que fazer”, e, em certo sentido, um problema ético, não torna o eticista e o juiz sujeitos idênticos, uma vez que o segundo é tomador de decisões, investido do poder estatal, que não está preocupado somente com a justiça do caso concreto ou

---

<sup>221</sup> *Id.* **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pag. 61-64.

<sup>222</sup> *Ibid.* Pag. 81.

<sup>223</sup> *Ibid.* Pag. 188.

<sup>224</sup> *Ibid.* Pag. 176.

do caso em abstrato, mas também, em manter um sistema de considerações acerca da legislação, dos precedentes, das provas, entre outras circunstâncias.<sup>225</sup>

Afere-se assim, que os precedentes são analisados em três etapas distintas, como análise da área aberta (ou de outro modo, para identificação de uma área jurídica indeterminada), como fonte de dados (ou análise dos elementos experienciais do passado) e, por último, como determinação de autoridade (ou análise do poder como redutor dos custos proibitivos de transação). Nesse sentido, Richard Posner exemplifica sua teoria em face de um caso de direito concorrencial:

O **primeiro passo** para se decidir um caso concorrencial difícil, um caso não controlado por precedentes ou, em outros aspectos, não suscetível a um julgamento seguro em primeira instância, consiste em extrair (não – desnecessário dizê-lo – através de um processo dedutivo), da história e dos textos legislativos relevantes, das características institucionais dos tribunais e do poder legislativo e, na falta de uma diretriz definitiva procedente dessas fontes, também de uma concepção social, um conceito geral de direito concorrencial que sirva de guia para a decisão. Atualmente, um popular candidato a tal conceito é a maximização da riqueza, ainda que se trate, como nem é preciso dizer, de uma opção contestável. Tendo feito essa opção (a Suprema Corte atual quase a fez por ele, mas não inteiramente), o juiz quererá então examinar os precedentes relevantes e outras fontes de informação que possam ajudar a decidir o caso em pauta. Esse é o **segundo passo**. O **terceiro passo** é um juízo sobre políticas públicas – em alguns casos, contudo, pode assemelhar-se a uma dedução lógica – que decida o caso de acordo com os princípios da maximização da riqueza. O **quarto passo** retorna aos precedentes, mas estes são agora vistos como autoridades, e não como simples dados; o juiz vai querer certificar-se de que o juízo sobre políticas públicas feito no terceiro passo não é anulado por algum precedente vinculante. Na verdade, essa é a terceira, e não a segunda vez, que o juiz terá consultado os precedentes. Estes devem ser consultados de início, para determinar se o caso encontra-se, de fato, na área aberta; se assim não for, a análise em quatro passos que descrevi é ignorada.<sup>226</sup> (negrito inserido)

Assim, a maximização econômica é considerada o elemento gerencial da análise da decisão jurídico-pragmática e incide em três etapas, de modo a atribuir conteúdo à solidez do silogismo, definir o critério decisório entre as diversas alternativas e atribuir valor à estabilidade dos precedentes vinculantes. Essa atribuição gerencial da maximização econômica envolve as respectivas etapas, como supramencionado, com uma “explicação persuasiva, ainda que não necessariamente convincente”.<sup>227</sup>

A persuasão é milenarmente discutida entre preponderantes qualidades boas (Aristóteles) e preponderantes qualidades más (Platão), entretanto, apesar de possuir amplo

---

<sup>225</sup> *Ibid.* Pag. 210.

<sup>226</sup> *Ibid.* Pag. 177-178.

<sup>227</sup> *Ibid.* *Loc. cit.*

material de explanação é pouco variada se comparada à rival Filosofia. Nesse sentido, as principais observações ainda são de Aristóteles, na obra “Retórica”.<sup>228</sup> A função mais importantes é o fornecimento de razões (verdadeiras ou falsas) que induzam à convicção ou à vontade.

Metodologicamente, a persuasão pode se dar de duas formas: a primeira, influenciando-se as convicções, e a segunda, desviando o processo de ponderação implícita. Exemplificativamente, o presente trabalho se concentrará na primeira perspectiva, assim, escalona-se em uma formação do “apelo ético” (ou credibilidade) através de sinais como autoconfiança, provimento de informações pessoais, poder, sentimento, elementos financeiros e, na sequência, estabelecida a credibilidade em face dos interlocutores, insere-se o fornecimento de informações capazes de influenciar as convicções, por meio de lógicas, provas, crenças e do senso comum, observando-se a habilidade do locutor em formar pontes com as antigas crenças.<sup>229</sup>

Nessa perspectiva, Richard Posner dispõe que as variáveis do custo de persuasão são a “distância” e a “tenacidade” que, juntas, formam a “persuadibilidade”, de modo que a análise econômica de “persuadir um público a acreditar em ‘x’, sendo iguais todas as outras variáveis, será menor, quanto menor for a distância entre ‘x’ e ‘y’, onde ‘y’ é a crença prévia do público em relação ao tema do discurso”.<sup>230</sup> A distância interfere nos meios a serem utilizados e a tenacidade (confiança) interfere nas metas a serem estipuladas direta ou escalonadamente.

Essas características retóricas compõem a teoria pragmática da decisão jurídica, uma vez que sempre há um custo de absorção das informações. De tal modo, de um lado o discurso científico proferido para especialistas vagamente utiliza-se de instrumentos retóricos; por outro lado, um discurso técnico proferido para pessoas leigas deve utilizar instrumentos retóricos na medida em que reduz os efeitos do custo de absorção das informações.

Essas explicações metodológicas e persuasivas constroem-se por diversos meios pragmáticos e conflituosos em face dos interesses dos mais relevantes grupos de poderes econômicos e sociais, observando-se, ainda que de maneira “inter-descritiva” (e não auto-descritiva), as relações histórico-culturais e consequenciais da formação das características das instituições jurídicas e dos agentes operadores do direito que são atinentes às estruturas diretivas

---

<sup>228</sup> *Id.* **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pag 524.

<sup>229</sup> *Ibid.* Pag 525.

<sup>230</sup> *Ibid.* Pag 526.

jurídico-textuais (ou jurídico-positivas), experienciais (ou pessoais), profissionais (ou técnicas), educacionais (ou jurídico-pedagógicas) e organizacionais (ou institucionais).

Pode-se aferir, desse modo e segundo as preocupações de Richard Posner, que, à decisão jurídica, pode ser atribuída uma composição dúplice e concomitante. Na primeira parte, composta de natureza explícita, em que se averigua a organização da metodologia formal da construção da decisão jurídica em quatro passos, em conjunto com a análise da estrutura diretiva jurídico-textual. Na segunda parte, composta de natureza implícita, averíguam-se as estruturas diretivas dos indivíduos e instituições, de maneira a se afastar da liberdade exacerbada e constituir uma racionalidade moderada.<sup>231</sup>

Nessa segunda parte, composta de natureza implícita, averíguam-se a construção da decisão jurídica em face dos diálogos e conflitos das estruturas diretivas experienciais, profissionais, educacionais e organizacionais componentes da “inter-referencialidade” (e não auto-referencialidade). Essas estruturas diretivas explícitas e implícitas evidenciam a parcela de caráter behaviorista do pragmatismo de Richard Posner, apesar de não fornecerem apoio à objetividade da segurança no direito e, desse modo, receberem algumas críticas supra referidas.<sup>232</sup>

Nessa seara, já foi abordada a estrutura diretiva explícita, de maneira que se passa à explicitação da estrutura diretiva implícita, conforme o pragmatismo jurídico. Assim, em um primeiro momento, a estrutura diretiva experiencial (ou pessoal) analisa as vivências econômico-culturais de cada integrante do sistema jurídico. Diante desse aspecto, em que medida a respectiva estrutura é relevante na escolha entre as diversas alternativas jurídico-decisórias possíveis?

A resposta é que frequentemente as escolhas humanas são embasadas em valores pessoais e profundamente refratários à argumentação.<sup>233</sup> Ainda, os juízes contemporâneos possuem poucos pontos valorativos em comum com os elaboradores das leis ou dos precedentes mais remotos, de maneira que não há como se ter perspectiva de como os anteriores elaboradores das leis e precedentes enquadrariam nossas ocorrências sociais, em face do atual sistema de valores.

---

<sup>231</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 22. São Paulo: FGV Direito, 2008. Pag. 18.

<sup>232</sup> POSNER, Richard A. Some Uses and Abuses of Economics in Law. **46 University of Chicago Law Review** 281 (1979). Pag. 272.

<sup>233</sup> *Id.* **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pag. 199.

Grande parte de nossas decisões são tomadas conforme nosso conjunto de experiências que integram o conhecimento tácito (ou bom senso), como por exemplo, a consecução da “fórmula matemática para ajustar o próprio peso sobre uma bicicleta e não cair é altamente complexa, mas ainda assim, sem mesmo saber da existência dessa fórmula, as pessoas aprendem a andar de bicicleta”.<sup>234</sup>

Analogia essa, que explicita o valor do conhecimento experiencial e tácito. Insta salientar, ainda, que o ser humano, como banco de emoções, está sujeito ao desapareço pessoal, à gratidão, à irritação, ao desejo de ajudar ou prejudicar, a sucumbência aos ditames da corrupção, ao respeito e à estima, ao compartilhamento de emoções com familiares e amigos, à solidariedade de classe ou raça e a condutas voltadas à segurança.

Em um segundo momento, em que medida a estrutura diretiva profissional (ou técnica) atinente aos operadores do direito é conducente na escolha entre as diversas alternativas jurídico-decisórias possíveis? De imediato, faz-se necessário expor a compreensão de Richard Posner sobre a evolução histórica do direito, que perpassa por três etapas distintas, a saber: aspiração, independência e profissionalismo.

A primeira compreende um conglomerado normativo com boa aparência, mas que não é cumprido devido à cooptação dos tribunais por forças sociais distintas. A segunda alcança a observância de suas decisões, entretanto, o sistema não é encarado profissionalmente, de maneira a gerar processos judiciais caros e confusos. A terceira, de preocupação profissional eficiente e de acordo com a maximização econômica, subsidia réus carentes, excluindo provas ilegais, facilitando a jurisdição coletiva e obrigando o pagamento de verbas honorárias aos sucumbentes, dentre outras características que promovem a liberdade econômica e estabilizam os custos impeditivos.<sup>235</sup>

Entretanto, há uma heterogeneidade profissional que não somente interfere na escolha entre as alternativas possíveis de decisão, como cria as próprias alternativas de decisão, haja vista que o pragmatismo compreende o direito como atividade, ou seja, as decisões não são tomadas conforme algo denominado de direito, mas sim, a própria ação é denominada de direito.<sup>236</sup> Nessa perspectiva, os advogados, defensores, delegados, promotores, cartorários e autoridades públicas, ao dirigirem petições, representações ou ofícios aos juízes delimitam as hipóteses de cognição jurisdicional.

---

<sup>234</sup> *Ibid.* Pag. 146.

<sup>235</sup> *Ibid.* Pag 13.

<sup>236</sup> *Ibid.* Pag 301.

Nesse sentido, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis denomina os respectivos profissionais de comunicadores da norma, que nada mais são que os responsáveis por levar ao juiz o conhecimento de fatos, fundamentos e pedidos.<sup>237</sup> No mesmo sentido, Richard Posner, ao tratar da concorrência entre os profissionais jurídicos, explana que: “a melhor qualidade dos advogados pode levar a uma melhor qualidade nas sentenças”<sup>238</sup>, bem como que o “pensar como um advogado” tem um significado que não é o:

(...) uso de capacidades analíticas especiais, mas a consciência de quão relativamente flexível o direito é nas fronteiras – nem infinitamente flexível, como Trasímaco poderia pensar, nem rígido e predeterminado, como pensam muitos leigos – e dos “movimentos” permissíveis na argumentação a favor ou contra uma mudança no direito. Não é nem método nem doutrina, mas um repertório de argumentos aceitáveis e uma percepção do grau e da natureza da estabilidade doutrinária, ou, em termos mais gerais, dos contornos de uma cultura profissional – uma cultura profissional cativante para alguns, odiosa para outros.<sup>239</sup>

Em um terceiro momento, em que medida a estrutura diretiva educacional (ou jurídico-pedagógica) atinente aos operadores do direito é conducente na escolha entre as diversas alternativas jurídico-decisórias possíveis? A aprendizagem formal (faculdades e universidades) das funções, obrigações e pleitos da seara jurídica possuem uma peculiaridade especial em face de uma diversidade de aspectos físicos e pessoais atinentes à heterogeneidade técnica, cultural, social e política relacionada à forma de cognição e compreensão dos profissionais do direito, de maneira que o conhecimento de mundo por parte desses profissionais provém, em regra, de uma ampla gama de documentos atrelados à produção legislativa e à produção de decisões jurisdicionais. Entretanto, segundo Richard Posner, a “lawyer must learn to think things, not words, so the economist must learn to think things and not symbols”.<sup>240</sup>

Richard Posner sublinha que o direito, como atividade culturalmente delimitada, é formado por meio de um estudo protocolar, em regra, sem crítica da estruturação sistêmica e abordando as decisões democráticas e jurisdicionais como se tivessem ocorrido ontem, ao invés de trata-las como elementos de consulta. Essa perspectiva de abordagem do estudo jurídico possui alguns méritos, como a transmissão da textura da prática jurídica, a construção do modo

---

<sup>237</sup> ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. Contemplem! Eis o Comunicador da Norma. **Quaestio Iuris**. vol. 10, nº. 01, Rio de Janeiro, 2017. pp. 241-257. Pag. 252

<sup>238</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pag 57.

<sup>239</sup> *Id.* **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pag. 135.

<sup>240</sup> Operadores do direito devem aprender a pensar sobre as coisas, não sobre palavras, como os economistas aprendem a pensar sobre as coisas, e não sobre símbolos. (POSNER, Richard A. The Economic Approach to Law. **University of Chicago Law School**. Journal of Articles. Texas Law Review 757, 1975. Pag. 780. Tradução nossa.)

de pensar e os hábitos da profissão, o uso crítico da lógica, a difusão das lições fundamentais e a capacidade própria de inferir normas dos textos legislativos e das decisões jurisdicionais.<sup>241</sup>

No entanto, o direito ainda precisa de mais hipóteses contra-intuitivas, objetivamente testáveis, uma instrumentação precisa, separação clara entre investigação positiva e normativa, entre diversos outros elementos. Assim, decisões que aumentam direitos aos réus criminais avalizadas por juízes liberais clássicos e as decisões que restringem direitos aos réus criminais avalizadas por juízes conservadores, em ambos os casos, são juízos de política, logo, não há como se afirmar um juízo de correção. Segundo Richard Posner, o que é estarrecedor é a ausência de senso emergencial na necessidade de investigar fora da seara puramente filosófica ou ética os fatos econômicos e sociais que atribuem integridade à doutrina jurídica.<sup>242</sup>

Por fim, em um quarto momento, em que medida a estrutura organizacional (ou institucional) atinente ao aparelhamento do direito é conducente na escolha entre as diversas alternativas jurídico-decisórias possíveis? A perspectiva do aparelhamento dirige as decisões legislativas de diversas maneiras. Nesta perspectiva, várias formas foram enumeradas quando se tratou da responsabilidade política e os respectivos instrumentos dissuasórios e impulsivos da pró-atividade dos juízes, entretanto, duas devem ser retomadas: a hierarquização na carreira e o excesso de trabalho dos juízes.

A hierarquização na carreira, entre entrâncias e instâncias em que as promoções ocorrem por antiguidade e por merecimento, os juízes, para avançarem com maior presteza, mantêm uma produtividade baseada em diversas metas atribuídas ora pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), ora pelas próprias corregedorias dos tribunais. Como exposto anteriormente, a elaboração de uma sentença de alto nível não possui impacto na promoção, mas, de outro modo, a elaboração de sentenças de reprodução em larga escala viabiliza as promoções.

A esse aspecto, soma-se o excesso de trabalhos que, diante da necessidade de manutenção progressiva das metas, não permite ao judiciário a elaboração de reflexões mais preparadas, desta forma, cerceando as ações criativas pelo alto contingente de processos distribuídos por juiz. Essa hierarquização somada ao contingente de trabalho explicita os elementos da teoria da previsão de Holmes, na medida em que os juízes, com o intuito de

---

<sup>241</sup> *Id.* **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pag. 05-06.

<sup>242</sup> *Id.* The Economic Approach to Law. **University of Chicago Law School**. Journal of Articles. Texas Law Review 757, 1975. Pag. 772.

obterem promoções, elaboram decisões conforme os pré-julgamentos superiores, a fim de não serem reformadas.<sup>243</sup>

Abarcada a composição do conceito de maximização econômica e suas repercussões em face da legitimidade e da responsabilidade da decisão jurídica no subcapítulo anterior, bem como as críticas sobre a teoria de Richard Posner e a estruturação da decisão jurídica pragmática no presente subcapítulo, passa-se à indagação de como essas compreensões aplicam-se na seara criminológica, em específico, na seara da informação negociada por meio da colaboração premiada.

---

<sup>243</sup> *Id.* **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Pag. 303-304.

### 3. PRAGMATISMO JURÍDICO E INFORMAÇÃO NEGOCIADA.

A temática da informação negociada na investigação é inerente ao pragmatismo jurídico, haja vista que a natureza investigativa pressupõe resultados, sejam positivos, sejam negativos. Diante desse espectro, o pragmatismo jurídico é a metodologia mais apropriada para a averiguação analítica dos institutos legais investigativos. Assim, indaga-se: como maximizar a informação negociada? Quais as consequências da informação negociada em um Estado Democrático de Direito?

Exemplos tangentes a essa problemática são as negociações administrativas e criminais realizadas no âmbito de operações da Administração ou do Ministério Público em face de organizações ilícitas. Assim, em prol de desenvolver a análise jurídico-econômica dessa modalidade informativa, explicita Richard Posner que, dentre as funções do pragmatismo jurídico, está a promoção da maximização referente à informação negociada:

(...) important finding emerging from the recent law and economics research is that the legal system itself - its doctrines, procedures, and institutions-has been strongly influenced by a concern (more often implicit than explicit) with promoting economic efficiency. (...) One by product of this research that has considerable pedagogical importance has been the assignment of precise economy explanations to a number of fundamental legal concepts that had previously puzzled students and their professors, such as “assumption of risk,” “pain and suffering” as a category of tort damages, contract damages for loss of expectation, **plea bargaining**, and the choice between damages and injunctive relief.<sup>244</sup> (negrito inserido)

Em perspectiva originária, o “*plea bargain*” é um instituto de difusão americana com surgimento no século XIX e, na atualidade, é o modelo predominante do processo criminal estadunidense, em que 97% dos casos são solvidos por essa metodologia.<sup>245</sup> Esse instituto emerge como fator de efetividade da jurisdição americana na persecução criminal, haja vista a

---

<sup>244</sup> (...) constatações importantes emergem da recente pesquisa sobre direito e economia sobre o sistema legal - doutrinas, procedimentos e instituições - tem sido fortemente influenciado por uma preocupação (mais frequentemente implícita do que explícita) com a promoção da eficiência econômica. (...) Uma e subproduto desta pesquisa tem considerável importância pedagógica e tem recebido a atribuição de explicações precisas de economia a uma série de conceitos jurídicos fundamentais que antes intrigavam os estudantes e seus professores, como “assunção de risco”, “dor e sofrimento” como uma categoria de danos materiais, danos contratuais por perda de expectativa, barganha judicial [informação negociada], e a escolha entre danos e medidas cautelares (POSNER, Richard A. The Economic Approach to Law. **University of Chicago Law School**. Journal of Articles. Texas Law Review 757, 1975. Pag. 763-764).

<sup>245</sup> GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues. Criminalidade Organizada e Justiça Penal Negociada: Delação Premiada. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade – FIDES**, Natal, v.6, n.1, jan/jun. 2015. Pag. 164-165.

impossibilidade estrutural e material da consecução completa do “*trial*” (processo contraditório e julgamento) em face da demanda de efetividade da segurança e da ordem.<sup>246</sup>

Sua estrutura metodológica baseia-se na “*bargain*” (negociação) da imputação pelo “*prosecuter*” (promotor) e a “*guilty plea*” (confissão de culpa) pelo “*defendant*” (réu) em que, diante dessa perspectiva, o procedimento clássico de (i)investigação-(ii)acusação-(iii)processo-(iv)decisão sintetiza-se em (i)investigação-(ii)negociação com aplicação imediata da pena.<sup>247</sup> Sistema similar, posteriormente, também é estendido às investigações administrativas contra o patrimônio público e as atividades antitruste.

Concernente a essa percepção da importância do pragmatismo jurídico e dos EUA em relação à temática da informação negociada quanto às fontes de significado, à utilidade, à emergência, à metodologia operacional, bem como a base de irradiação dos respectivos institutos jurídicos, faz-se necessário compreender a atuação recente das instituições nacionais e internacionais que têm gerado diversas problemáticas em torno de apurações e processos que eventualmente desvirtuem o status das instituições investigativas, principalmente na implementação de vazamentos seletivos de informações e no oferecimento seletivo da colaboração premiada.

Diante dessas perspectivas, a análise econômica da informação negociada averigua as consequências entre as perspectivas positivas e negativas em prol da maximização do Estado Democrático de Direito culturalmente delimitado. Insta observar, que a respectiva análise é consciente das dísticas espécies de ilicitude, a saber: a ilicitude sistêmica, a ilicitude endêmica e a ilicitude prodrômica. Entretanto, para fins de redução da complexidade, o presente capítulo se concentrará na ilicitude sistêmica.

Nesse sentido, a ilicitude sistêmica é aquela praticada por pessoas jurídicas ou naturais de maneira organizada e reiterada com ou sem a participação de integrantes do Estado, como por exemplo, facções criminosas inerentes a partidos políticos, organizações de tráfico internacional de drogas e etc. Essa perspectiva diferencia-se da ilicitude endêmica que são as ilegalidades de menor potencial ofensivo ou imoralidades praticadas diuturnamente pela população em geral, como por exemplo, furar filas, jogar lixo no chão, comprar mídias não autorizadas, entre outras. Também diferencia-se da ilicitude prodrômica, na medida em que esta

---

<sup>246</sup> NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Expansão da Justiça Negociada e as Perspectivas para o Processo Justo: A Plea Bargaining Norte-Americana e suas Traduções no Âmbito da Civil Law. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume XIV. Pag. 358-359.

<sup>247</sup> *Id. Ibid.* Pag. 341-342.

representa as ilegalidades decorrentes de um sistema jurídico complexo e incompreensível, que o torna impossível de ser preenchido.

Assim, o presente capítulo justifica-se na medida em que as obtenções de informações individuais por meio das investigações executadas por agentes estatais de maneira negociada enfrentam uma conflituosidade epistemológica, haja vista existirem embates sobre o acerto ou erro da atuação das respectivas instituições. Há linhas que defendem uma atuação proativa da Administração e do Ministério Público no intuito de maximizar a tutela da legalidade e do processo democrático, de modo que a atuação eliminaria privilégios e mitigaria aporias existentes no contraponto entre ordenamento jurídico e realidade. Outras linhas defendem os estritos limites da atuação, em geral, com base em um direito garantista(s) e sua obrigatória divisão de poderes em concepção estrita. Nestas linhas jus-filosóficas, afirma-se que a discricionariedade/seletividade afrontaria o Estado Democrático de Direito.

Assim, a análise de espectros atinentes à informação negociada, como por exemplo, a persecução processual investigativa, as disposições procedimentais, as atuações jurisdicionais, a especificidade do tribunal do júri, as repercussões sobre a vítima e sobre o réu devem adotar uma análise crítico-pragmático sobre a eficiência ou ineficiência da colaboração premiada quanto à compreensão racional do pragmatismo, do direito, da democracia e da decisão jurídica. Novamente para fins de redução da complexidade, o presente trabalho restringe-se à análise da persecução processual investigativa em conjunto com as atuações jurisdicionais.

No âmbito jus-acadêmico, a garantia à democracia, à linguagem jurídica, à Constituição e à separação dos poderes está diretamente relacionada com a organização e a determinação da informação que fundamenta as decisões institucionais. Ainda, averigua-se a existência de um método empírico e econômico como paradigma fundamental das contemporâneas análises criminológicas.

No âmbito jus-filosófico, grandes avanços foram conquistados com as teorias pós-positivistas na seara da decisão jurisdicional, entretanto, quando se trata de decisões jurídicas investigativas, a temática é ainda bastante incipiente. Nesse sentido, pode-se comparar a necessidade de aprimoramento com o ocorrido no âmbito das teorias da decisão do poder judiciário.<sup>248</sup>

A par dessas justificativas, afere-se, hipoteticamente, que a sistemática da informação negociada contribui para a evolução de um sistema democrático em duas vertentes distintas.

---

<sup>248</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014. Pag. 229.

Por um lado, o aumento dos custos sociais da criação e consecução de organizações ilícitas; por outro lado, a ampliação da obtenção de informações sobre a criminalidade do colarinho branco, diminuindo a amplitude das cifras negras. Afere-se, ainda, que a sistemática da informação negociada afeta negativamente duas vertentes: a primeira é a manutenção formalista-originalista das garantias individuais em face da atuação do Estado, e a segunda é a utilização estratégica da informação negociada por grandes corporações como instrumento de colisão entre “verdades” e “mentiras”.

O objetivo geral do presente capítulo é averiguar como o pragmatismo jurídico se estrutura na seara criminológica, bem como, quais os resultados que se obtêm de uma observação pragmática em face da informação negociada na investigação. Em específico, os objetivos são a análise da inserção do pragmatismo na seara criminológica e as respectivas condições de possibilidade, por fim, efetuar uma análise econômica da informação negociada em face de organizações ilícitas.

Assim, o capítulo organiza-se em dois subcapítulos. O primeiro aborda a explicitação do giro ontológico da criminologia perpetrado pela Escola de Chicago, bem como o giro gnosiológico perpetrado pela teoria da reação social. O segundo versa sobre o aprofundamento do giro ontológico em face da teoria da associação diferencial, que explicita uma nova forma de averiguar a participação e a importância das decisões jurídicas sobre a análise dos custos da informação em face da sociedade e das organizações ilícitas.

A metodologia do primeiro subcapítulo é a histórico-discursiva, aos moldes semelhantes do primeiro subcapítulo do capítulo um. Já o segundo subcapítulo utiliza a metodologia analítica e busca averiguar as compreensões *in loco* da legislação e da jurisprudência sobre a temática e, ainda, “papers” de Richard Posner e Edwin Sutherland sustentam o desenvolvimento da temática pragmática na seara da informação negociada.

Diante dessa abordagem, faz-se necessário, para o primeiro subcapítulo, a compreensão e a utilização dos referenciais teóricos críticos de Sérgio Salomão Shecaira quanto à obra “Criminologia”, e Alessandro Barata em face da obra “Criminologia crítica e crítica do direito penal”. Frisa-se, novamente, que a análise de obras e estudos críticos contribui com a análise econômica do direito, ao explicitar a estruturação econômica da sociedade.

Já quanto ao segundo subcapítulo, a abordagem pragmático-estruturante da compreensão de Edwin H. Sutherland esposada nos “papers” “*Is ‘White Collar Crime’ Crime*” e “*White collar criminality*”, e, por último, alguns específicos “papers” de Richard Posner, como

*“Excessive Sanctions for Governmental Misconduct in Criminal Cases” e “Optimal Sentences for White-Collar Criminals”.*

### 3.1. HISTÓRICO-DISCURSIVO DA CRIMINOLOGIA E A INFORMAÇÃO PUNITIVA NEGOCIADA.

O movimento da “*Law and Economics*”, como mencionado anteriormente, ganha espaço na teoria do direito na medida em que o Estado passa a interferir na construção socioeconômica. Após a grande quebra da bolsa de Nova York em 1929, a respectiva intervenção estatal ganhou contornos incisivos com o programa econômico denominado de “*New Deal*”.<sup>249</sup> Nesse sentido, Richard Posner salienta que a análise econômica do direito, mesmo antes da década de 1960, ocorreu, principalmente, quanto ao controle da concorrência e do setor antitruste.<sup>250</sup>

Nesse mesmo período, a criminologia iniciou um movimento de reestruturação de seu conhecimento, de maneira a buscar dados empíricos para averiguar as possíveis causas da ocorrência do fenômeno criminal na sociedade e, posteriormente, fomentar uma virada completa na compreensão da criminologia por meio da mudança paradigmática entre a etiologia e o interacionismo.

Nesse sentido, o presente subcapítulo aborda a Escola de Chicago que expõe as condições de possibilidade da virada ontológica na criminologia. Ato sucessivo, a teoria da reação social exorta propriamente sobre as condições de possibilidade da virada gnosiológica. Ao fim, demonstra-se que ambas as viradas (ontológica e gnosiológica) são condições de possibilidade da teoria pragmática, uma vez que implementam a metodologia empírica de análise e explicitam que a atividade decisional das diversas instâncias persecutórias influem na construção da realidade social, ao mesmo tempo que são determinadas pela realidade.

As respectivas teorias reestruturam o objeto da ciência criminológica de modo a absorver a ampla gama de variantes atinentes à existência da criminalidade, visto que não abordam mais somente o indivíduo como o vetor da existência de ilícitos, mas incluem a abordagem da sociedade como um todo, como um sistema complexo de consensos ou de conflitos.

Em uma primeira perspectiva, a virada ontológica explicitada pela Escola de Chicago, à qual somam-se outras teorias contemporâneas que afastam a etiologia biopsicológica (internalidade do indivíduo) são denominadas de teorias do consenso (ou teorias

---

<sup>249</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed. RT, 2004. Pag. 173-174.

<sup>250</sup> POSNER, Richard A. The Economic Approach to Law. University of Chicago Law School. **Journal of Articles**. Texas Law Review 757, 1975. Pag. 757-758.

macrossociológicas tradicionais).<sup>251</sup> As teorias do consenso apresentam quatro análises em comum: a primeira é a ênfase na socialização, a segunda é a prevalência dos contatos sociais, ao invés da escolha dos indivíduos, a terceira é a delimitação corretiva conforme valores predispostos e, por fim, a quarta é a de que a adesão a valores, bem como seu rompimento, ocorrem pelo mesmo processo.<sup>252</sup> Nesse quadro teórico, aportam-se as teorias relacionadas à Escola de Chicago, a teoria da associação diferencial, a teoria da anomia, a teoria das subculturas delinquentes, entre outras. Entretanto, para os fins do presente trabalho, analisam-se as duas primeiras que compõem a virada ontológica e sua expansão.

A Escola de Chicago compreende um conjunto de economistas, sociólogos, filósofos e juristas que explicam as ações criminais com base na influência do ambiente, de modo que as pessoas são contaminadas pelo conjunto de ações em que convivem. Nesse sentido, destaca-se a teoria da ecologia criminal (ou desorganização social), que tem como condições de possibilidade a crítica à antítese entre criminólogos clássicos e positivistas, a estruturação econômica-social dos EUA no século XX, as novas feições sociológicas através das primeiras cadeiras acadêmicas e o grande crescimento urbano das cidades americanas, em especial, a cidade de Chicago.

Quanto à crítica à antítese, por um lado, a concepção criminológica clássica inicialmente estruturada por Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria e posteriormente desenvolvida por Francesco Carrara, dispunha, em síntese, que o crime era um ente jurídico perceptível através de métodos lógicos dedutivos, de modo a aludir uma violação do direito como exigência racional, na medida em que somente poderia advir de um axioma de liberdade do querer punitivo.<sup>253</sup> Desse aspecto, advém a relevância do livre arbítrio para a teoria e, conseqüentemente, da pena como retribuição e restabelecimento da ordem jurídica denegrida.

Por outro lado, a concepção criminológica positivista estrutura-se por meio das análises de Cesare Lombroso e, sucessivamente, de Enrico Ferri e Rafele Garofalo. Lombroso exorta que o crime é um ente biológico e seu método de percepção deve ser o experimental. Nesse sentido, o respectivo autor dispõe que o criminoso é um ser atávico, de feições primitivas, de modo que nasce delinquente.<sup>254</sup>

---

<sup>251</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed. RT, 2004. Pag. 132.

<sup>252</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Pag. 85.

<sup>253</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 2ª ed. 8ª reimp. São Paulo: Martin Claret, 2000.

<sup>254</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed. RT, 2004. Pag. 92-93.

Essa polarização entre clássicos e positivistas contribuiu com o desenvolvimento da criminologia e suas metodologias, no entanto, no início do século XX, a respectiva antítese tornou-se cada vez mais estéril e assumiu vieses primordialmente egocêntricos entre cada linha de desenvolvimento. Nesse sentido, por meios distintos da Europa, os EUA propulsionaram uma forma inovadora à época de analisar o fenômeno criminal através de um meio de análise empírica-macrossociológica.

Ato concomitante, a estruturação econômica e social do EUA consolidava o capitalismo comercial, industrial e financeiro, promovia o aumento da classe média e trabalhadora e o crescimento populacional com a elevada taxa de imigração, e a consequente expansão da sociedade urbana, bem como uma grande miscigenação intelectual.<sup>255</sup> Fatores esses que possibilitaram o desenvolvimento científico-social nos EUA.

Na sociologia, o pragmatismo do pensamento de Spencer através do evolucionismo social cumulado com a criação do ensino da matéria de sociologia e do desenvolvimento de uma política em prol de reforma social progressista funcionou como motor técnico-científico do desenvolvimento de metodologias sociográficas e empíricas.<sup>256</sup>

Os aspectos críticos, econômicos e científicos sociais afloravam-se na cidade de Chicago que apresentava todas as respectivas características, devido ao desenvolvimento social e urbanístico correntes pelo entroncamento das linhas ferroviárias às margens do Lago Michigan. Diante desse espectro, John D. Rockefeller financiou a fundação da Universidade de Chicago, para a qual, convidou a desenvolver o projeto Willian Rainey Harper, antigo professor da Universidade de Yale.<sup>257</sup>

Diante desses aspectos, a teoria da ecologia criminal desenvolve-se através da relação entre diversos conceitos que compreendem a interação do homem com o meio urbano contemporâneo. Os respectivos conceitos são: cidade, interação físico-social, anonimato, zonas morais, mobilidade, multidão e repressão.

A cidade define-se como um corpo de costumes e tradições simbioticamente interligados com as estruturas físicas das avenidas, prédios, praças, perfazendo-se uma interação físico-social corrente, na medida em que a estrutura responde evolutiva e delimitativamente às demandas culturais da sociedade. O anonimato decorre da superdimensão urbanística, da ausência de relações de proximidade, da sobrecarga cognoscitiva, da redução de

---

<sup>255</sup> *Ibid.* Pag. 133.

<sup>256</sup> *Ibid.* Pag. 133.

<sup>257</sup> *Ibid.* Pag. 134-135.

controle do entorno, de modo que o indivíduo passa a adotar comportamentos seletivos em busca de maior parcela dos escassos recursos urbanos. As zonas morais são a formação de setores urbanos com concentração de pessoas de determinadas características atinentes à origem, língua, fenótipo que tende a fundir-se com antagonismos racistas, disputas entre classes e são possibilitadas pela contemporânea mobilidade social e a fluidez espacial e de comunicação.<sup>258</sup>

Diante dessa formatação urbana contemporânea, o indivíduo cidadão insere-se em uma multidão de pessoas, em que as reponsabilidades ou são individuais, ou são deslocadas somente para o líder, de modo que permite cada pessoa sentir-se irresponsável diante das próprias ações. Essa perspectiva modifica a averiguação funcional disciplinar nas cidades para uma formatação de prevenção do risco através da vigilância, segregação e contenção carcerária.

Assim, a desorganização social constitui correntemente a fatalidade do recém-chegado à cidade, momento em que há grande embate moral entre a nova perspectiva cidadina e a anterior vivência que possuía. Robert Park explica o efeito criminógeno através da desorganização urbana periférica e a má formação de personalidade pela deterioração da família e da escola em determinadas regiões. Dessa maneira, traça-se um paralelo entre a criminalidade e a mitigação das formas de controle social informal.<sup>259</sup>

Relevante ainda, mostra-se a perspectiva de Oscar Newman, que trata a criminalidade como a ausência de planejamento de construções urbanísticas capazes de viabilizar o controle, como por exemplo, sacadas, muros e etc.<sup>260</sup> Ainda, a teoria das janelas quebradas, elaborada por James Wilson e George Kelling, precursora da política do movimento de lei e ordem e da política de tolerância zero, baseada em experimento do psicólogo Philip Zimbardo, que deixou carros em bairros de classe alta e de classe baixa. No primeiro bairro, durante uma semana nada aconteceu com o veículo, no entanto, após quebrar uma janela, o veículo rapidamente foi depredado. No segundo bairro, o veículo rapidamente foi depredado independentemente da quebra das janelas. Nesse sentido, relatam Wilson e Kelling:

Philip Zimbardo, a Stanford psychologist, reported in 1969 on some experiments testing the broken-window theory. He arranged to have an automobile without license plates parked with its hood upon a street in the Bronx and a comparable automobile on a street in Palo Alto, California. The car in the Bronx was attacked by "vandals" within ten minutes of its "abandonment." The first to arrive were a family - father, mother, and young son - who removed the radiator and battery. Within twenty-four hours,

---

<sup>258</sup> *Ibid.* Pag. 143-147.

<sup>259</sup> *Ibid.* Pag. 143 e 150-151.

<sup>260</sup> *Ibid.* Pag. 158.

virtually everything of value had been removed. Then random destruction began - windows were smashed, parts torn off, upholstery ripped. Children began to use the car as a playground. Most of the adult "vandals" were well dressed, apparently clean-cut whites. The car in Palo Alto sat untouched for more than a week. Then Zimbardo smashed part of it with a sledgehammer. Soon, passersby were joining in. Within a few hours, the car had been turned upside down and utterly destroyed. Again, the 'vandals' appeared to be primarily respectable whites.<sup>261</sup>

Insta salientar também, atinente ao decorrer das teorias do consenso, a perspectiva da teoria da associação diferencial, de Edwin Sutherland, uma vez que representa a explicitação da existência de vetores econômicos-rationais na construção da personalidade criminal, seja de maneira individual, seja germinalmente quanto aos grupos sociais. A teoria da associação diferencial aborda que a criminalidade está disposta principalmente na aprendizagem dos valores criminais (“social learning”) em conjunto com a desorganização social.<sup>262</sup>

Assim, a teoria da organização social pugna parte do “*stablishing*” acadêmico que localiza a formação da criminalidade exclusivamente na má distribuição de renda e do capital, de maneira a explorar o conjunto de elementos biológicos, psicológicos e sociais de cada indivíduo. Insta salientar que Sutherland não nega a influência dos fatores econômico-distributivos, mas, simplesmente, os aloca em uma diversidade de elementos atinentes a um conjunto de vetores interligados e funcionalmente atrelados em processo contínuo de evolução e construção da personalidade individual e das características sociais de custo benefício.

Nessa perspectiva, a teoria da associação diferencial é o foco central do próximo subcapítulo, uma vez que específica o amplo rol de elementos atinentes à criminalidade, bem como expõe o funcionamento social da criminalidade de uma perspectiva sociocultural e econômico-estrutural. Sutherland, ainda, é o principal expoente na elaboração tecnológica do direito em face das problemáticas da criminalidade de colarinho branco e as atinentes cifras negras.

---

261 Philip Zimbardo, um psicólogo de Stanford, relatou, em 1969, alguns experimentos testando a teoria das janelas quebradas. Ele colocou um automóvel sem licença de placas estacionado com uma capa em uma rua no Bronx, e um segundo automóvel comparável, estacionado em uma rua em Palo Alto, Califórnia. O carro no Bronx foi atacado por "vândalos" dentro de dez minutos depois de seu "abandono". Os primeiros a chegar foram os membros de uma família - pai, mãe e filho jovem - que removeram o radiador e a bateria. Dentro de vinte e quatro horas, praticamente tudo de valor havia sido removido. Então, a destruição aleatória começou - as janelas foram esmagadas, as peças arrancadas e os estofados rasgados. As crianças começaram a usar o carro como um campo de jogos. A maioria dos "vândalos" adultos estavam bem vestidos, aparentemente brancos e limpos. O carro em Palo Alto ficou intacto por mais de uma semana. Então, Zimbardo esmagou parte dele com uma marreta. Logo, os transeuntes se juntaram. Dentro de algumas horas, o carro foi virado de cabeça para baixo e completamente destruído. Novamente, os "vândalos" pareciam ser principalmente brancos respeitáveis. (WILSON, James Q. KELLING, George L. Broken Windows: the police and neighborhood safety. **Atlantic Montly (Digital edition)**, mar. 1982. Pag. 03. Tradução nossa.)

262 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Pag. 71.

Essas abordagens sobre a Escola de Chicago, bem como sobre a teoria da associação diferencial, não foram as únicas formulações das teorias do consenso. Da mesma forma, não se mantiveram cientificamente estanques ao longo do tempo. No entanto, as agregações conceituais posteriores e as demais teorias não são abordadas em face da análise dos pressupostos de desenvolvimento do movimento “*Law and Economics*”, haja vista possuírem menor relevância nessa perspectiva de observação.

Diante desses aspectos, o desenvolvimento da virada ontológica, e a respectiva Escola de Chicago, e a relação entre informação e aprendizagem (“social learning”) na supracitada teoria da associação diferencial são bases concomitantes do início das análises econômicas da criminologia, no que tange à metodologia e quanto ao sistema de desenvolvimento por meio de incentivos direcionados individualmente. Assim, compreendidas as contribuições das teorias do consenso atinentes ao movimento da “*Law and Economics*”, passa-se a averiguar as tratativas das teorias do conflito.

Em uma segunda perspectiva, a virada gnosiológica da metodologia de estudo da criminologia consiste na mutação sobre o seu fundamental questionamento, de: por que algumas pessoas cometem crimes (causas de rotulação)? - para: por que algumas pessoas não cometem crimes (não rotulação)? Nesse sentido, percebe-se que não é mais somente objeto de estudo da criminologia as suas causas, mas também, a rotulação e a constituição do objeto. Essa nova perspectiva é reconhecida pela designação de teorias do conflito.<sup>263</sup>

Nas teorias conflituais, a compreensão se desenvolve através da metodologia construtiva do status criminal em face dos grupos sociais que se desfaleceram na busca de apoio do Estado quanto à proteção de valores. Assim, os grupos que obtiveram o controle ou o apoio do Estado rotulam secundária (quem se ressocializa?) e primariamente (o que é crime?) as condutas dos grupos adversários como criminosas, fato esse que possibilita compreender que as relações de poder econômicas e não econômicas são fundamentais na respectiva dinâmica.

Nesse sentido, a principal perspectiva é a teoria da reação social (teoria do “labeling approach”, rotulação social, etiquetagem ou interacionista).<sup>264</sup> Essa perspectiva traz à tona uma nova compreensão sobre a ilicitude em face da atuação do Estado, de maneira a modificar

---

<sup>263</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed. RT, 2004. Pag. 128.

<sup>264</sup> *Ibid.* Pag 254-255.

radicalmente o foco objetivo sobre o qual incide a análise das ciências sociais criminais em um sistema de valores construídos.<sup>265</sup>

Assim, a respectiva teoria dirige seu foco de estudo basicamente para a reação social imposta pelas instâncias de controle da sociedade em face da criminalidade secundária. Essa inovadora perspectiva de análise tem como condições de possibilidade diversos movimentos sociais de natureza crítica ao “*stablishment*” da época.

A teoria surge nos EUA na década de 1960 como explicitação da intensificação da conflituosidade em face do monolitismo cultural americano, internacionalmente e internamente. No âmbito internacional, com o pós-segunda guerra mundial e o lançamento dos EUA como grande potência em contraponto à União Soviética, gerou-se um quadro que motivou a população americana a uma coesão interna face ao inimigo comum. No âmbito nacional americano, o crescimento econômico e os resultados do Estado de bem-estar social agregavam as pessoas em prol do “*american dream*”.<sup>266</sup>

Em face dessa construção social coesa e moralmente monolítica, a partir da década de 1960, surgem intensas lutas no âmbito das ideologias, da cultura, e das relações humanas pela igualdade, como por exemplo, através de movimentos hippies, negros, feministas e estudantis. Nesse período, os fatores de contestação, atrelados aos movimentos sociais, à criminalidade e às propostas de políticas públicas agregaram uma variante crítica e reestruturante à sociedade.

O movimento hippie, de origem inglesa, adentra os EUA a partir de San Francisco, com a ideologia de modificar a sociedade por meio de ideais comunitaristas e do amor livre, fervilhados por artistas e bandas do “rock and roll”, como Janis Joplin, Jimi Hendrix, Beatles, Bob Dylan, Allen Ginsberg, Black Panthers, entre outros. Um grande marco foi o lançamento, pelos Beatles, da música “*Imagine*”, que apontava para um mundo sem fronteiras, religiões e parâmetros tradicionais.<sup>267</sup>

Já o movimento negro buscava a conquista de direitos iguais para os afrodescendentes e teve a participação de grande relevância de Martin Luther King Jr., inspirado pelo modelo de resistência pacifista de Mohandas Gandhi. Em seu discurso, “*I have a dream*”, proclamado na capital dos EUA, em 1963, para aproximadamente 250 mil pessoas, contesta o “*American way of life*”, ao dispor que, mesmo após aproximadamente 100 anos do término da escravidão, a

---

265 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Pag. 76.

266 SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed. RT, 2004. Pag. 242.

267 *Ibid.* Pag. 246-247.

sociedade negra encontrava-se fragilizada e discriminada, em meio a um manancial de prosperidade de brancos.<sup>268</sup>

O movimento feminista, em face da postura de Betty Friedan, contesta a disseminada ideia de que a mulher poderia se satisfazer plenamente com os papéis sociais de esposa, mãe e dona de casa. Apresenta, para isso, em sua obra “*Feminine mystique*”, que as donas de casa suburbanas sofriam de um senso de vazio e, diante disso, propunha, como solução, o abandono do “*american dream*” e a fomentação do desenvolvimento das carreiras profissionais pelas mulheres.

Por fim, os movimentos estudantis nos EUA ganharam força a partir de 1969, quando estudantes ocuparam um terreno da Universidade de Berkeley e o transformaram em uma espécie de “*playground*” do povo, com parques infantis, fontes de água e shows de rock. Diante desse acontecimento, Ronald Reagan, que era o governador do Estado da Califórnia no momento, convocou a polícia e a guarda nacional para eliminar a respectiva ameaça ao sistema.

269

Esse espectro de condições semânticas distingue, de um lado, a Escola de Chicago, que amplia o objeto de estudo da criminalidade do indivíduo criminoso para a compreensão do fenômeno com diversos elementos sociais em conjunto com o indivíduo. De outro lado, a teoria da reação social, que apresenta a reação criminal como fator de ação do Estado em face de determinados comportamentos sociais.

Assim, a criminalidade não deve ser unicamente concebida como um dado ontológico (ser), mas sim, uma construção social (dever ser), de modo que o criminoso não é um indivíduo ontologicamente distinto, mas um status social atribuído a determinados indivíduos em conjunto com sua construção social individual. Nesse sentido, Cirino dos Santos:

A análise do “*labeling approach*” constitui um momento de grande lucidez do texto: a criminalidade não seria um dado ontológico pré-constituído, mas realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições e da reação social (...). Os conceitos desse paradigma marcam a linguagem da criminologia contemporânea (...).<sup>270</sup>

Essa realidade social construída tem como base a averiguação dos “*outsiders*” como pessoas não aceitas como membros da sociedade, de grupos, da família, entre outros. Na

---

<sup>268</sup> *Ibid.* Pag. 250-251.

<sup>269</sup> *Ibid.* Pag. 247-248.

<sup>270</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Anatomia de uma criminologia crítica (Prefácio). In BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução a sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. 2ª reimpressão, agosto de 2014. Pag. 11.

perspectiva clássica, “outsiders” são observados como pessoas que quebram as regras previamente dispostas e, conseqüentemente, não são confiáveis para as relações intersubjetivas. Já na perspectiva da teoria da reação social, os “outsiders” distinguem-se das pessoas em geral apenas pela rotulação que lhes são atribuídas.<sup>271</sup>

Conseqüência da qualificação social como “outsider” é o “rule engulfment” ou mergulho interativo, em que há duas premissas de análise. A primeira é como a sociedade enxerga o ator e a segunda é como o ator próprio se enxerga. Diante dessa contradição, o ator tende a realizar uma idiossincrasia entre a forma que se enxerga e a forma que a sociedade o enxerga.<sup>272</sup>

Assim, a abordagem tangente ao sistema de controle, pode-se averiguar as espécies de controle social informal e de controle social formal. O controle informal são os sistemas de educação e o sistema de produção. Já o controle formal são os órgãos estatais, como o poder judiciário, o ministério público, as polícias, dentre outros. O controle informal age de forma peremptória e sutil em um longo processo, com o fim de condicionar os comportamentos dos indivíduos; por outro lado, o controle formal age de maneira intermitente nas hipóteses de falha do controle informal atribuindo ao indivíduo um status de criminoso.<sup>273</sup>

Nesse âmbito da compreensão criminológica, salienta-se a distinção entre desvio primário e desvio secundário. O desvio primário ocorre por diversos fatores, como os psicológicos, associativos e de dominação. Já o desvio secundário é a rejeição socialmente atribuída aos rotulados pelo desvio primário (aos criminalmente condenados), fato esse que põe em cheque a ressocialização e implementa a estabilização do estigma individual e a consolidação da identidade criminosa como conseqüência do Desvio Primário. Neste ponto, Baratta explica:

“(…) sobre o desvio secundário e sobre carreiras criminosas, (…) especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa”.<sup>274</sup>

Diante desse aspecto de consolidação da rotulação e promoção da carreira criminal ocasionada pelo desvio secundário e, ainda, pela reiteração da metodologia de controle pelo

---

<sup>271</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed. RT, 2004. Pag. 257-258.

<sup>272</sup> *Ibid.* Pag. 261.

<sup>273</sup> *Ibid.* Pag. 256.

<sup>274</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Pag. 90-91

Estado, pode-se aferir pela existência de uma delinquência útil, nas palavras de Foucault, “a existência de uma proibição legal cria em torno dela um campo de práticas ilegais, sobre o qual, se chega a exercer controle e a tirar um lucro ilícito por meio de elementos ilegais”.<sup>275</sup>

Em face dessa perspectiva, em âmbito político, a teoria da reação social propõe a integração dos indivíduos a uma sociedade, mediante: políticas públicas sociais, a proteção do indivíduo em face da rotulação no processo de investigação e execução, a aplicação de penas primordialmente nas formas alternativas, a redução do “rule engulfmet” por meio de terapias sociais e da estigmatização pós-cárcere com políticas de primeiro emprego pós-encarceramento.

Ainda que o presente trabalho se afaste da leitura histórico-materialista, insta salientar a ampliação das bases da teoria da reação social pelo viés crítico-marxista. Nesse sentido, para Karl Marx, a delinquência não é um comportamento apartado do sistema ou prévio ao sistema, mas sim, um fruto deste, ou seja, fruto ideológico advindo da estrutura exclusivamente econômica e dominante na sociedade.<sup>276</sup> Nesse sentido, Mascaro:

(...) a falsa universalidade da legalidade – que certas vezes se mascara em momentos históricos nos quais aparentemente as instâncias político-jurídicas promovem concórdias socialdemocratas – se revela cabalmente quando o seu próprio formalismo – única universalidade, no fundo, que poderia se sustentar, a meramente formal – se rompe por causa da dinâmica de reprodução econômica exacerbada, como o caso do capitalismo contemporâneo.<sup>277</sup>

Essa perspectiva da crítica-marxista se opõe às teorias microsociológicas clássicas e as macrosociológicas tradicionais, bem como, à própria teoria da reação social diante da ausência da igualdade, na medida em que alguns indivíduos, simplesmente através de uma relação de poder, atribuem o status de criminoso a outros. Isso acarreta a proteção relativa de bens jurídicos com ênfase para os crimes ocorrentes em determinadas camadas da pirâmide social e obstaculiza-se a real prevenção de crimes, devido ao alto índice de encarceramento.

Esse sistema de rotulação, na prática, explicita a ausência de observância do princípio da isonomia, pois, diante das cifras negras<sup>278</sup> da criminalidade, alguns crimes nunca são

---

275 FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Trad. De Raquel Ramallete. 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1987. Pag. 307 (PDF)

276 **O CAPITAL KARL MARX**. Tradução e condensação de Gabriel Deville. Bauru-SP: EDI-PRO. Ed., 3. Reimp. 2016. (Série Clássicos Edipro).

277 MASCARO, Alysson Leandro Barbate. **Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Pag 19.

278 Cifras negras são os fatos ocorridos e que, de algum modo, não são contabilizados na ciência criminal, de modo que Muñoz Conde esclarece que “nem todo delito cometido é tipificado; nem todo delito tipificado é registrado; nem todo delito registrado é investigado pela Polícia; nem todo delito investigado é denunciado; a denúncia nem sempre termina em julgamento; e o julgamento nem sempre termina em condenação”.

punidos ou sequer chegam ao conhecimento das instâncias de controle oficiais. Desse modo, pune-se somente uma classe de pessoas e tipos específicos de crimes, fazendo com que a punição e o direito penal tracem distinções ontológicas, psicológicas ou biologicamente insustentáveis.<sup>279</sup>

Diante da constatação de que a rotulação não é somente um dado ontológico da conduta do agente, mas também uma rotulação pelo sistema em nível primário e/ou secundário e, ainda, diante da averiguação de que nem todos os fatos penalmente relevantes chegam ao conhecimento dos órgãos formais de controle, afere-se que o sistema criminal define grande parte do que será punido e quem será punido.

Assim, as perspectivas das viradas ontológica e gnosiológica do século XX apresentam relações de extrema relevância sobre a interconexão da informação e da ilicitude/criminalidade. As respectivas relações exercem no sistema jurídico duas variantes distintas, a primeira, referente à obtenção de informações e a conseqüente redução ou ampliação da cifra negra; a segunda, referente ao comunicador da informação e a sucessiva construção de um regime de verdade multidimensional de maneira inter-relacionada com os decisores oficiais, ambas viabilizando a possibilidade da maximização da atuação estatal em face dos indivíduos e da sociedade.

Diante desse espectro, diversas entidades jurídicas estão inseridas no controle social formal, ou seja, o controle exercido por componentes integrantes da ordem estatal sobre quem será punido. Consoante essa perspectiva, encontram-se, de maneira primordial, as funções da Administração e do Ministério Público em conjunto com o poder jurisdicional. A esses, reservam-se as posições de destaque quanto às atribuições investigativas, pois possuem grande participação na esfera processual no que tange à associação diferencial de conceitos, às provas, bem como, ao controle recursal das decisões jurisdicionais.

O caráter de entidade de controle formal da Administração e do Ministério Público não consubstancia-se simplesmente na relevante atribuição constitucional de conformar as políticas públicas às diretrizes aprovadas democraticamente pelo poder constituinte e pelo poder legislativo, mas também, de atuar como comunicador normativo da realidade, a fim de proporcionar a averiguação do caso e futura decisão pelo poder judiciário, no intuito de maximizar a resolução das problemáticas sociais.<sup>280</sup> Desse modo, integram como vetores

---

279 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Pag. 102.

280 ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. Contemplem! Eis o Comunicador da Norma. **Quaestio Iuris**. vol. 10, n°. 01, Rio de Janeiro, 2017. pp. 241-257. Pag. 252-254.

instrumentais de compreensão: (i) os consensos culturais e (ii) a conflitualidade dos comportamentos sociais.

Essa perspectiva explicita a relevância da teoria da decisão jurídica, seja nos vieses da Administração e do Ministério Público, seja nos vieses do poder judiciário.<sup>281</sup> Haja vista que, devido às meta-regras de construção e aplicação do direito, as informações e os mecanismos psíquicos das pessoas e organizações competentes para interpretar/aplicar o direito também são uma questão decisiva na construção da realidade e, conseqüentemente, da ilicitude/criminalidade.<sup>282</sup>

Nesse mesmo sentido, o movimento da “*Law and Economics*” iniciado, segundo Richard Posner, na primeira metade do século XX com o controle antitruste, por meio da implementação de uma legislação sancionatória das condutas previamente consideradas ilícitas e capazes de denegrir a livre iniciativa e a livre concorrência, aborda-se Edwin Sutherland, ampliando o conceito de crimes de colarinho branco, bem como suas conseqüências, de modo a propor exemplificativamente a substituição das penalidades criminais por penalidades civis, de maneira mais ampla e irrestrita.<sup>283</sup>

Para tanto, a amplitude informacional auferida pelos indivíduos e pelas instituições de controle formal construtoras da realidade mostram-se como fator proeminente na consecução de atuações mais racionais e equânimes. Ainda, a informação pode ser instrumento de negociação, na medida em que possibilita a aplicação de medidas alternativas para o agente infrator e a respectiva diminuição da estigmatização social.

Neste último aspecto, em âmbito da teoria pragmática do direito, tem-se a capacidade de atuar de forma a proporcionar uma mitigação das situações motrizes da ilicitude/criminalidade primárias (fatores socioeconômicos desencadeadores do primeiro ilícito), através de um sistema de sanções premiais e punitivas que maximizam a desvalia da prática ilícita e ampliam a respectiva eficácia. Diante da referida perspectiva, Richard Posner expõe:

(...) the cost of collecting a fine from one who can pay it (an important qualification) is lower than the cost of imprisonment. On the benefit side, there is no difference in principle between the sanctions. The fine for a white-collar crime can be set at whatever deterrence, as the prison sentence that would have

---

281 POSNER, Richard A. Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law. **18th Annual Meeting of the European Association for Law and Economics**. Viena, set. 2001. Pag. 22.

282 BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Pag. 104-105.

283 POSNER, Richard A. Optimal Sentences for White-Collar Criminals. **17 American Criminal Law Review** 409 (1980). Pag. 409.

been imposed instead. Hence, fining the affluent offender is preferable to imprisoning him from society's standpoint because it is less costly and no less efficacious.<sup>284</sup>

Ainda, em âmbito da teoria pragmática da decisão atinente à espécie de controle formal da sociedade, possibilita-se o dimensionamento necessário entre a eventual vantagem auferível pelo infrator e sua perspectiva de ser localizado, processado e condenado pelo complexo positivo do direito. Isso atrelado a uma definição do valor total através de quanto o infrator deixa de ganhar pela vedação ao exercício da função, assim, Richard Posner expõe que:

(...) a penalty that takes the form of barring the defendant from pursuing his occupation – a penalty frequently used by the SEC in dealing with securities fraud and by state authorities in dealing with misconduct by lawyers – is the equivalent of a fine. The amount of the “fine” is simply the difference between the defendant's future income in the occupation from which he is barred and the income in his best alternative occupation, discounted to present value.<sup>285</sup>

Como anteriormente mencionado, Richard Posner sugere, preponderantemente, a substituição da respectiva pena de prisão pela pena de multa, a qual elencam-se três fatores. O primeiro é a capacidade de pagamento, o segundo é a possibilidade de prisão caso ocorra o inadimplemento e o terceiro é a elevação do valor da multa em adequação à inexistência de sofrimento sobre a liberdade e a ausência de estigmatização.<sup>286</sup>

Essa metodologia de substituição da pena de prisão pela pena de multa, segundo Richard Posner, por um lado, deve ser aplicada também aos abusos das atividades investigativas estatais em análise, quando não há proveito social em sua aplicação ou quando determine uma zona de risco (zona de incerteza acentuada) a ser evitada diante da desproporcionalidade da sanção.<sup>287</sup> Por outro lado, quando os elementos concernentes à economia não forem suficientemente eficazes para coibir atividades estatais irregulares deve-se utilizar das nulidades dispostas no

---

<sup>284</sup> (...) o custo de executar uma multa contra alguém que possa pagá-la (uma importante qualificação) é menor do que o custo de prender. Um lado do benefício, é a não diferenciação em princípio entre as sanções. A multa para crimes de colarinho branco pode ser ajustada para qualquer dissuasão, ao invés da prisão ser imposta. Consequentemente, multar o respectivo ofensor é preferível à prisão em face do ponto de vista da sociedade, já que é menos custoso e eficaz. (POSNER, Richard A. Optimal Sentences for White-Collar Criminals. **17 American Criminal Law Review** 409 (1980). Pag. 410. Tradução nossa)

<sup>285</sup> Uma penalidade que assume a forma de impedir que o réu realize sua ocupação - uma penalidade usada freqüentemente pela SEC em lidar com fraudes de seguradoras e pelas autoridades estaduais em lidar com condutas ilícitas por advogados - é o equivalente a uma multa. O montante da "multa" é simplesmente a diferença entre o lucro futuro do réu com sua ocupação formal que será barrada e o lucro de sua melhor alternativa de ocupação, descontado o presente valor. (POSNER, Richard A. Optimal Sentences for White-Collar Criminals. **17 American Criminal Law Review** 409 (1980). Pag 412.)

<sup>286</sup> POSNER, Richard A. Optimal Sentences for White-Collar Criminals. **17 American Criminal Law Review** 409 (1980). Pag 413-414.

<sup>287</sup> *Id.* Excessive Sanctions for Governmental Misconduct in Criminal Cases. **57 Washington Law Review** 635 (1982). Pag. 638.

ordenamento jurídico, como por exemplo, a confissão forçada (“*coerced confession*”) ou a investigação negociada forçada (“*involuntary guilty plea*”).<sup>288</sup>

Ainda, nos mesmos moldes da maximização implementada pela substituição da prisão pela multa, encontram-se diversos instrumentos. No que tange à informação, há os supra referenciados institutos jurídicos da investigação negociada: por um lado, através do acordo de leniência no âmbito da defesa da livre iniciativa/concorrência e da defesa do patrimônio público; por outro lado, através da colaboração premiada na atuação de segurança pública.

Em síntese, a virada ontológica contribui com o movimento da “Law and Economics”, através da mudança paradigmática da metodologia empírica de estudo, bem como, explicitando o funcionamento de aprendizagem da ilicitude/criminalidade por meio de uma equação de custo/benefício. A virada gnosiológica contribui com a percepção de que as atuações das entidades formais de controle social constroem importante parcela da realidade, na medida em que podem incentivá-la ou mitigá-la. Nesse sentido, Richard Posner exorta sua compreensão correlacional entre empirismo e construtivismo:

Um reformador pragmatista preocupa-se com aquilo que funciona e, portanto, não pode ignorar a opinião pública ou a realidade política só porque as coisas que deseja transformar não estão enraizadas na natureza, mas, em vez disso, são “meras” construções sociais. (...) O construtivismo social não aboliu a realidade, pragmaticamente definida como o domínio do – temporariamente – inalterável.<sup>289</sup>

Diante dessa explicitação, reafirma-se que, nos moldes de observação do pragmatismo, não existe uma verdade ontológica, mas nem tudo se forma por meio de um posicionamento construtivista. Isso de maneira que as verdades (ou realidades) possuam natureza entrelaçada com o espaço-tempo cultural e sejam delimitadas, mas ainda apresentem limites diante de uma conceituação atrelada às possíveis consequências fáticas e sensorialmente perceptíveis, mesmo de maneira exclusivamente abstrata.

Compreendida a relação entre os aportes metodológicos empíricos e construtivistas na seara da ilicitude/criminalidade diante da teoria jurídico-pragmática, passa-se ao questionamento de como se desenvolve a perspectiva pragmática, em face da atividade prospectiva de sanções premiaias ou punitivas e a atividade de maximização racional do conglomerado normativo da informação negociada, conforme as teorias práticas do direito e da decisão inter-relacionadas com as perspectivas de Richard Posner.

---

<sup>288</sup> *Ibid.* Pag. 641.

<sup>289</sup> *Id.* **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pag. 607-608.

### 3.2. ANÁLISE ECONÔMICO-JURÍDICA DA INFORMAÇÃO NEGOCIADA.

A informação negociada, como mencionado no introito capitular, é a informação obtida na investigação administrativa ou criminal mediante a consecução e oferecimento de benefícios em face das punições prévia e legalmente estabelecidas. Nessa perspectiva, compreende-se, para o presente trabalho, a informação como vetor primordial entre coordenadores sociais e coordenados sociais, nos moldes de Zygmunt Bauman quanto à liberdade, de maneira que as informações preenchem uma moldura na sociedade contemporânea:

com um novo conteúdo; mais precisamente, a busca da “proximidade das fontes da incerteza” reduziu-se a um só objetivo – a instantaneidade. As pessoas que se movem e agem com maior rapidez, que mais se aproximam do momentâneo do movimento, são as pessoas que agora mandam. E são as pessoas que não podem se mover tão rápido – e, de modo ainda mais claro, a categoria das pessoas que não podem deixar seu lugar quando quiserem – as que obedecem.<sup>290</sup>

Assim, a análise econômico-jurídica da informação negociada aborda a instrumentária metodológica de como maximizar os custos de formação e funcionamento das organizações criminosas e, ainda, do maior recolhimento de informações e diminuição das cifras negras, ao mesmo tempo que observa certos limites do Estado Democrático de Direito e evita a manipulação negocial por grandes organizações de atuação ilícita, ao reduzir os custos da operação investigativa no intuito de possibilitar a retomada de controle pragmático-necessário do Estado em face das invasões de interesses privados ilícitos.

Nesse sentido, faz-se necessário a compreensão do sistema jurídico-criminal como uma forma de promoções e dissuasões pecuniárias, econômico-marginais e consequenciais em face da criminalidade. Logo, o presente subcapítulo aborda a teoria da associação diferencial de Sutherland no intuito de expor a inter-relacionalidade das escolhas individuais e dos meios sociais de convivência e, sequencialmente, a visão pragmático-jurídica de Richard Posner, ampliando conceitos e modificando a compreensão criminal-consequencial do primeiro autor.

Sutherland explora sua teoria reconhecidamente, dentre outras obras, através dos artigos “*White-Collar Criminality*”, de 1940, em que se abordam as falhas das teorias gerais, bem como apresentam-se os pressupostos da teoria da associação diferencial. Posteriormente, no artigo “*Is ‘White collar Crime’ Crime?*”, de 1944, são apresentadas as condições socioeconômicas que possibilitam o desenvolvimento da respectiva teoria.

---

<sup>290</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Denzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. ed. 2001. Pag. 139.

Por um lado, inicia sua exposição enunciando que o trabalho consiste em uma comparação da criminalidade executada pela alta classe (classe do colarinho branco ou “*upperworld*”) e as classes economicamente baixas (classe de colarinho azul ou “*underworld*”).<sup>291</sup> A diferença de tratamento entre a atuação sobre as classes altas e classes baixas decorre do aparato institucional utilizado em suas consecuições. Sutherland explicita que, para os crimes de colarinho azul, ocorrem as atuações das polícias e da justiça com emprego de penalidades criminais; já para os crimes de colarinho branco ocorre a atuação de instituições administrativas com emprego de penalidades civis. Nesse sentido:

The crimes of the lower class are handled by policemen, prosecutors and judges, with penal sanctions in the form of fines, imprisonment, and death. The crimes of the upper class either result in no official action at all, or result in suits for damages in civil courts, or are handled by inspectors, and by administrative boards or commissions, with penal sanctions in the form of warnings, orders to cease and desist, occasionally the loss of a license, and only in extreme cases by fines or prison sentences.<sup>292</sup>

Essa distinção de tratamento tem consequências em face da percepção da criminalidade de classe alta. Sutherland elenca, dentre outras, o abuso da confiança e a formação de desconfiança, em que a contradição ético-comportamental produz uma desorganização em larga escala quanto à metodologia de aplicação da lei.<sup>293</sup> Diante dessa perspectiva, Sutherland dispõe:

(...) the criterion of the crimes of one class must be kept consistent in general terms with the criterion of the crimes of the other class. The definition should not be the spirit of the law for White-collar crimes and the letter of the law for other crimes, or in other respects be more literal for one class than for the other.<sup>294</sup>

Assim, a perspectiva distintiva e consequencial das teorias da criminalidade por razões econômicas, de simplicidade e lógica deveria ser extirpada e, como resultado, a aplicação

---

<sup>291</sup> SUTHERLAND, Edwin H. White collar criminality. In **American Sociological Review**, s. l. v. 5, n.1, p. 01-12, fev. 1940. Pag. 01.

<sup>292</sup> Os crimes da classe baixa são administrados pelos policiais, promotores e juízes, com sanções penais sob a forma de multa, prisões e morte. Os crimes da classe alta, no entanto, não resultam em nenhuma ação oficial, ou resultam em processos por danos em jurisdições civis, ou são administrados por inspetores e por conselhos administrativos, com sanções penais em forma de advertências, ordens para cessar e desistir, e, ocasionalmente, a perda da licença. Somente em casos extremos, resultam em multas ou prisões criminais. (SUTHERLAND, Edwin H. White collar criminality. In **American Sociological Review**, s. l. v. 5, n.1, p. 01-12, fev. 1940. Pag 07-08. Tradução nossa.)

<sup>293</sup> SUTHERLAND, Edwin H. White collar criminality. In **American Sociological Review**, s. l. v. 5, n.1, p. 01-12, fev. 1940. Pag. 05.

<sup>294</sup> (...) o critério dos crimes de uma classe deve-se manter consistente em termos gerais com o critério dos crimes de outra classe. A definição não deveria ser o espírito do direito para crimes do colarinho branco e a letra da lei para outros crimes ou, in outro aspecto, ser mais literal para uma classe do que para outra. (SUTHERLAND, Edwin H. White collar criminality. In **American Sociological Review**, s. l. v. 5, n.1, p. 01-12, fev. 1940. Pag 05. Tradução nossa.)

deveria ser equânime às diversas classes, uniformemente. Essa explicitação de que distinções no resultado aplicativo da lei não se justificam pela distinção das oportunidades acarreta o afastamento da ampla relevância da observação crítico-marxista sobre a formação da criminalidade e a desigualdade na distribuição de capital e de renda.

Logo, as teorias que atrelam a criminalidade à pobreza ou à desigualdade social estão incorretas diante de três fatores: primeiramente, as bases empíricas das respectivas teorias encontram-se inadequadas ao desconsiderarem a criminalidade de colarinho branco; em um segundo momento, a criminalidade atrelada à desigualdade não pode ser explicativa da criminalidade de colarinho branco, em que os agentes são bem sucedidos e reconhecidos socialmente; por último, as teorias da desigualdade não explicam nem mesmo a criminalidade de classe baixa, uma vez que há diversos fatores e externalidades causantes.<sup>295</sup>

Assim, Sutherland propõe que a criminalidade se explicita teoricamente por meio da associação diferencial em que o eventual agente aprende o comportamento ilícito através de frequentes e íntimos contatos. Ainda se explicita conjuntamente com a social desorganização, em que determinados grupos ou sociedades não são suficientemente organizados contra específicos comportamentos ilícitos.<sup>296</sup>

Shecaira, ao dispor sobre a teoria da associação diferencial, expõe que a “pessoa converte-se em delinquente quando as definições favoráveis à violação superam as desfavoráveis”.<sup>297</sup> Consoante a esse cenário, a teoria da associação diferencial tem como fator de maior relevância o processo de comunicação, em que os valores dominantes em cada grupo ensinam o delito. Nessa mesma perspectiva, e de maneira aproximada, a teoria das subculturas criminais avalia que a escolha do sistema de valores não é inteiramente livre, mas determinada por condições sociais e mecanismos de aprendizagem e comunicação subculturais, bem como de técnicas de neutralização.<sup>298</sup>

Diante desse panorama, a teoria da associação diferencial expõe que o processo de comunicação compõe as práticas dominantes e socialmente corretas, bem como, as práticas delituosas, por meio de instrumentos, compreensões, conflitualidade e comportamento. De tal

---

<sup>295</sup> SUTHERLAND, Edwin H. White collar criminality. *In American Sociological Review*, s. l. v. 5, n.1, p. 01-12, fev. 1940. Pag 09-10.

<sup>296</sup> *Id.* White collar criminality. *In American Sociological Review*, s. l. v. 5, n.1, p. 01-12, fev. 1940. Pag 10-11.

<sup>297</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Ed. RT, 2004. Pag. 177.

<sup>298</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Pag. 76.

modo, Sutherland constrói sua teoria em alguns pilares sobre os quais se compreende a estruturação do aprendizado social por meio da associação diferencial.

Nesse viés, o primeiro elemento é a aprendizagem, ou seja, os comportamentos criminosos não são herdados. O segundo é que a aprendizagem ocorre por meio de um processo de comunicação intersubjetiva. O terceiro é que a parte primordial de aprendizagem decorre de grupos ligados afetivamente, o que acarreta baixa importância para meios de difusão midiática. O quarto é a compreensão do custo-benefício entre atividades ilegais e atividades legais.<sup>299</sup>

O quinto é o excesso de incentivos sociais em prol das atividades ilícitas. O sexto é o conjunto de frequência, duração, prioridade e intensidade dos incentivos e percepções do custo-benefício, bem como da compreensão dos motivos e finalidades, e ainda, das técnicas de consecução. O sétimo é que a aprendizagem possui caráter receptivo e caráter construtivo, não se consubstanciando somente como uma variação da imitação. O oitavo é que toda aprendizagem tem como fundamento, valores. No entanto, a diferença está em quais valores preponderam nos respectivos ambientes individuais e relacionais de compreensão econômico-racional.<sup>300</sup>

Diante desses elementos, Sutherland reforça que as associações comportamentais de cada indivíduo são fortemente influenciadas pela classe social alta (“*upperworld*”) ou baixa (“*underworld*”) que ocupa, uma vez que a classe interfere diretamente na frequência, duração, prioridade e intensidade dos incentivos, motivos, finalidades e técnicas.<sup>301</sup> No mesmo sentido, Ana Luíza Almeida Ferro conclui:

A teoria da associação diferencial é essencial para um maior entendimento do fenômeno do crime organizado, ao estabelecer uma ponte entre o *underworld*, com seus delitos peculiares, como os patrimoniais, e o *upperworld*, com seus crimes de colarinho branco; e entre a criminalidade dos indivíduos das classes sociais mais baixas, recrutados em favelas, bairros propícios ao seu desencadeamento, e em prisões divididas em facções, e a criminalidade dos indivíduos das classes mais altas, recrutados, por exemplo, no próprio ambiente de trabalho, em contato com homens de negócios, executivos, autoridades e membros do governo.<sup>302</sup>

De tal modo, diante da análise econômico-criminológica, Sutherland surge como pressuposto fundamental, uma vez que desconstrói toda a retórica de uma teoria da

---

<sup>299</sup> FERRO, Ana Luiza Almeida. Sutherland, a teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco. **Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2008. Pag. 145-146.

<sup>300</sup> *Ibid. Loc. Cit.*

<sup>301</sup> SUTHERLAND, Edwin H. White collar criminality. In **American Sociological Review**, s. l. v. 5, n.1, p. 01-12, fev. 1940. Pag. 01.

<sup>302</sup> FERRO, Ana Luiza Almeida. *Op. Cit.* Pag. 166.

criminalidade baseada unicamente na desigualdade social para inserir diversos elementos variantes de análise, bem como explicita que o comportamento criminoso é pragmaticamente aprendido através da aferição do custo/benefício associado aos métodos de organização diferenciada de cada classe social.

Ainda, em momento posterior, Sutherland acrescenta à respectiva teoria os estudos do fisiólogo Pavlov que divide o *comportamento* humano em reativo e operante. O comportamento reativo se manifesta por meios de reflexos decorrentes de maneira automática no sistema nervoso, como por exemplo, a respiração, a digestão e etc. Já o comportamento operante se manifesta por meio da conjunção entre aspectos passados e presentes e, assim, quando o comportamento operante é seguido de estímulos de reforço há o aumento futuro deste.<sup>303</sup>

Nesse sentido, Baratta expõe que Sutherland desenvolve uma crítica precisa às teorias gerais dos comportamentos criminosos, baseada exclusivamente em condições econômicas, psicopatológicas ou sociopatológicas e explicita que, entre outras razões, o autor da teoria da associação diferencial crítica as teorias generalistas em face de que:

“se baseiam sobre uma falsa amostra de criminalidade, a criminalidade oficial e tradicional, onde a criminalidade de colarinho branco é quase que inteiramente descuidada (embora Sutherland demonstre, por meio de dados empíricos, a enorme proporção deste fenômeno na sociedade americana)”.<sup>304</sup>

Por outro lado, Sutherland explicita as condições de possibilidade econômico-sociológicas que estruturam a diferenciação da aplicação do direito penal em face das classes altas e das classes baixas. Nesse sentido, o referido autor demonstra a necessidade de uma reconceituação e de uma reestruturação da teoria da criminalidade em face de suas necessidades econômicas e lógicas, quanto ao indivíduo e à sociedade.

Assim, Sutherland sustenta uma nova compreensão estrutural e cultural da criminalidade de colarinho branco. Essa nova compreensão baseia-se na reconfiguração de quatro elementos. O primeiro é que outras instituições, além dos tribunais, tomam decisões criminais; o segundo é que a probabilidade de condenação deve ter o potencial de qualificar uma pessoa como criminosa de modo que “an unlawful act is not defined as criminal by the fact that it is punished, but by the fact that it is punishable”<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> *Ibid.* Pag. 183.

<sup>304</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Pag. 71-72.

<sup>305</sup> Um ato ilegal não é definido como criminoso pelo fato de ser punido, mas pelo fato de ser punível. (SUTHERLAND, Edwin H. Is “White Collar Crime” Crime? **American Sociological Review**, Vol. 10, n. 2, 1944, Annual Meeting Papers (Apr. 1945), pp. 132-139. Pag. 134. Tradução nossa.)

O terceiro é a conscientização de que determinados grupos de poder possuem influência no processo de conceituação, investigação, condenação e execução de espécies criminais; por fim, o quarto é que partícipes e coautores de crimes do colarinho branco devem ser incluídos nas respectivas decisões institucionais.<sup>306</sup>

Nessa perspectiva, a linha de compreensão criminológica de Sutherland tem como condições de possibilidade a referida Escola de Chicago e a reiterada infração à livre concorrência antes e pós o crack da bolsa dos EUA, em 1929. Como primeiro pressuposto, a Escola de Chicago foi a precursora de uma nova perspectiva criminológica ao relacionar múltiplos fatores sociais na compreensão da expansão da criminalidade nos centros urbanos na primeira metade do século XX.

Essa perspectiva influenciou fortemente Edwin Sutherland, pois este foi integrante da Universidade de Chicago, no entanto, o autor supera a compreensão de que a criminalidade é uma forma de inadaptação de determinadas pessoas a um específico ambiente, para introduzir a ideia de organização social diferenciada (“*social learning*”).<sup>307</sup>

Outro pressuposto fundamental no desenvolvimento da teoria de Sutherland é a reiterada infração econômica à perspectiva da livre concorrência. Durante a década de 1920, o liberalismo econômico não possuía regras eficientes de controle da respectiva atividade, o que acabou gerando concentrações anticoncorrenciais e práticas economicamente ilícitas perpetradas por agentes socialmente prósperos e bem situados. Essas atividades, posteriormente, foram denominadas por Sutherland como: criminalidade do colarinho branco.

308

Diante dessas ocorrências, em 1929, ocorre o crack da bolsa de Nova York e a consequente depressão mundial do capitalismo liberal clássico, fator este que demandou a intervenção do Estado na economia através da formulação de políticas públicas, como o “*New Deal*” e a aprovação de leis de regulação econômica e antitruste.<sup>309</sup>

Nessa mesma percepção, a distinção combatida por Sutherland tem como fatores de surgimento a existência de admiração pelo status social dos criminosos de colarinho branco, pelo medo em face desses respectivos agentes e suas influências nas searas políticas e jurídicas,

---

<sup>306</sup> *Id.* White collar criminality, *In American Sociological Review*, s. l. v. 5, n.1, p. 01-12, fev. 1940. Pag 06-07.

<sup>307</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Pag. 72.

<sup>308</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed. RT, 2004. Pag. 172.

<sup>309</sup> *Ibid.* Pag. 176 e 179-180.

pelas diferenças de sanções impostas, pelo tráfico de influências, pela simpatia entre grupos dominantes, pela falha do sistema penal, pelo enfraquecimento das profissões jurídicas, pelo individualismo psicológico exacerbado, pelos crimes de colarinho branco não serem óbvios e suas compreensões serem complexas, pela distância entre ocorrência e punição, pela inexistência de efeitos severos dirigidos imediatamente a uma pessoa, pela não divulgação de informações pela mídia e pela dificuldade de organização dos respectivos crimes em forma de informação.<sup>310</sup>

Richard Posner, diante da clareza crítica às perspectivas clássicas e reducionistas quanto às características clássicas e marxistas explicitadas por Sutherland, expõe um sistema que apresenta diferenças econômico-sociais atinentes à formação do sistema punitivo da criminalidade, da organização e desorganização social diferenciada, das condições de possibilidade da compreensão comportamental da criminalidade e da menor valia quanto à distribuição de renda e patrimônio.

No entanto, Richard Posner amplia o conceito de crime de Sutherland, bem como diverge quanto à aplicação unânime das punições em face das classes econômicas, intelectuais, dentre outras, uma vez que essa perspectiva contraria a estruturação funcional do direito normativo e organizacional em conjunto com a desestruturação da sociedade em coibir as respectivas condutas ilícitas com mecanismos jurídicos eficientes e conscientes da distinção simbólica entre as atuações das classes em face da política e do direito. Richard Posner esclarece que:

The coiner of the term “white collar crime” defined it “as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation,” but this is not a good definition. The terms “respectability” and “high social status” are ambiguous, and the definition arbitrarily excludes certain white-collar crimes, such as evasion of the personal income tax, which are not committed in the course of one’s occupation.<sup>311</sup>

Nesse sentido, Richard Posner atribui à expressão crimes de colarinho branco a definição, segundo a qual “nonviolent crimes typically committed by either (1) well-to-do

---

<sup>310</sup> SUTHERLAND, Edwin H. Is “White Collar Crime” Crime? **American Sociological Review**, Vol. 10, n. 2, 1944, Annual Meeting Papers (Apr. 1945), pp. 132-139. Pag 138-139.

<sup>311</sup> O autor do termo "crime de colarinho branco" o definiu "como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto status social no curso de sua ocupação", mas essa não é uma boa definição. Os termos "respeitabilidade" e "alto status social" são ambíguos, e a definição exclui arbitrariamente certos crimes de colarinho branco, como a evasão do imposto sobre o rendimento pessoal, que não são cometidos no decorrer de sua ocupação. (POSNER, Richard A. Optimal Sentences for White-Collar Criminals. **17 American Criminal Law Review** 409 (1980). Pag. 409. Tradução nossa.)

individuais ou (2) associations [...] ‘well-to-do’ ”.<sup>312</sup> Ainda na perspectiva distintiva, quanto ao sistema de aplicação das penas o referido autor propõe uma substituição da criminalidade de responsabilidade penal pela aplicação subsidiária do direito penal, uma mitigação de aprisionamentos e expansão da utilização de multas ou penalidades alternativas, conforme com um câmbio de equalização entre classes sociais.<sup>313</sup>

Assim, o autor em um primeiro momento explica a fórmula para atribuir valor à responsabilidade civil nos casos em que a probabilidade de punição for menor que 100% de modo que  $D = L/p$ , onde “D” é o montante ótimo da multa, “L” é o dano sofrido pelo agente criminoso, caso seja preso, e “p” é a probabilidade de ser apreendido. Assim, nos casos em que “p” diminui “D” aumenta proporcionalmente para se igualar a “L”, exemplificando, pode-se expor que, caso o dano da prisão para o ofendido seja de R\$1.000,00 e a probabilidade de prisão seja de 10% “D”, terá um valor de R\$10.000,00.<sup>314</sup>

Nessa linha perspectiva, quando os danos ótimos forem muito grandes, há três possibilidades alternativas: a primeira é obrigar o agente a punições não monetárias, a segunda é reduzir a probabilidade de evasão investindo em policiamento e a terceira consiste na combinação entre as duas primeiras hipóteses.<sup>315</sup> Entretanto, quando os danos punitivos se encontram dentro da capacidade de pagamento do agente, em regra, não há necessidade de invocar punições penais, assim, no intuito de averiguar a aplicação das sanções criminais para a compreensão econômica faz-se necessário compreender o modelo de comportamento delitivo em face dos respectivos agentes.

Em um segundo momento e atinente às punições criminais, a pena de multa deve prevalecer, observados os cuidados necessários em face das falhas da relação de custos quanto ao ampliamto de seu montante, a manutenção da estigmatização e a impossibilidade de se atribuir valor uniforme a todas as espécies de atos criminosos diante dos custos relativos consequenciais.<sup>316</sup> Nessa perspectiva, o cálculo da pena de multa seguiria a diferença entre a ocupação lícita do indivíduo e sua melhor ocupação na prisão, acrescida dos valores

---

<sup>312</sup> Crimes não violentos tipicamente cometidos por (1) indivíduos bem-sucedidos ou (2) associações bem-sucedidas. (POSNER, Richard A. Optimal Sentences for White-Collar Criminals. **17 American Criminal Law Review** 409 (1980). Pag. 409. Tradução nossa.)

<sup>313</sup> *Ibid.* Pag. 410-414.

<sup>314</sup> *Id.* **El análisis económico del derecho**. Trad. de Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México: FCE, 2007. Pag. 348.

<sup>315</sup> *Ibid.* Pag. 348.

<sup>316</sup> *Ibid.* Pag. 354.

correspondentes da estigmatização e da perda de capital humano.<sup>317</sup> Essa perspectiva não acarreta discriminação aos indivíduos mais pobres, uma vez que estipula uma taxa de câmbio entre os respectivos ganhos econômicos.<sup>318</sup>

Essa prevalência da multa em face das sanções de aprisionamento, em perspectiva econômica, decorre das consequências comparativas entre as multas criminais e as prisões criminais. Negativamente, estas não somente não geram arrecadação, como os custos sociais de sua manutenção são superiores, acarretam a perda da produção legítima do agente, o debilitamento de sua produtividade em face da estigmatização e da depreciação do capital humano, bem como diminuem os custos da atividade criminal, aumentando a probabilidade de ocorrer delitos. Como fatores positivos, acarretam o impedimento da prática de delitos em face dos indivíduos socialmente regulares e a maior utilidade à família e aos amigos da vítima.

Diante dessas perspectivas, a estruturação punitiva considera um modelo comportamental que perpassa duas linhas de incentivos e dissuasões. A primeira é a perpetrada pelo controle informal (família, escola, trabalho e etc.); a segunda é executada pelo controle formal (auditorias, polícias, ministério público, judiciário, penitenciárias e etc.) que, conjuntamente, podem ser avaliados entre os benefícios tangíveis (enriquecimento) e intangíveis (prazer, vingança e etc.) em face dos custos pecuniários (preparação, transação e execução), custos marginais de tempo (informação, transação e execução) e custos consequenciais (punições civis, administrativas e criminais).<sup>319</sup>

Diante desse modelo comportamental, o controle da criminalidade pode ocorrer em face dos custos pecuniários (tributos e restrições), custos marginais de tempo (aumento de emprego e distribuição de renda) ou custos consequenciais (punições jurídicas).<sup>320</sup> Na perspectiva econômica e em face das atuações jurídicas, a terceira perspectiva é mais incisiva e atinente à ilicitude sistêmica, foco da presente abordagem.

Insta observar que, quanto às ocorrências de custos de transação proibitivos, a formatação jurídico-criminal deve retirar as respectivas punições criminais, por exemplo, o furto de comida em uma cabana afastada, e com os proprietários em local desconhecido, e no intuito de elidir a morte. Neste caso, os custos de exposição, negociação e obtenção do alimento

---

<sup>317</sup> POSNER, Richard A. Optimal Sentences for White-Collar Criminals. **17 American Criminal Law Review** 409 (1980). Pag. 412.

<sup>318</sup> *Id.* **El análisis económico del derecho**. Trad. de Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México: FCE, 2007. Pag. 354.

<sup>319</sup> *Ibid.* Pag. 349-350.

<sup>320</sup> *Ibid.* Pag. 350.

são proibitivos e não há sanção criminal equânime atribuível ao respectivo evento capaz de inibir a conduta. Nesse sentido, Richard Posner afirma:

Realmente queremos aplicar la pena de muerte por este robo, según la teoría de que el delito salvo mi vida, de modo que ningún castigo menor sería disuasivo? Por supuesto que no. El problema es que, mientras que la ley del robo castiga generalmente los apoderamientos en contextos de costos de transacción bajos, en este ejemplo son prohibitivos los costos de transacción con el dueño de la cabaña ausente.<sup>321</sup>

Além da perspectiva limitadora da incidência de sanções criminais em relação a custos proibitivos de transação, em perspectiva econômica, as sanções devem possuir limites abstratamente cominados, haja vista que sanções muito pesadas inibirão as pessoas de executarem atividades lícitas próximas da linha das ilegalidades, desse modo, gerando perda social.<sup>322</sup>

Diante dessas avaliações explicitativas da análise econômica do direito criminal, insta compreender as características, instrumentos e análises de Richard Posner quanto à criminologia das organizações criminosas. Estas são associações ilícitas e, dentre outras características, implicam, por regra, relações de comprador-vendedor independente de determinações forçadas mediante ameaças ou violência. Devido a essa característica de envolvimento voluntário de pessoas e vítimas, a probabilidade de apreensão de integrantes e desmantelamento das atividades em geral possui percentual muito baixo.<sup>323</sup>

Outra característica das organizações criminosas é a perenidade da atividade ilícita que facilita a corrupção do sistema policial e outros órgãos públicos de investigação, uma vez que consegue fornecer vantagens em maior montante e em larga escala temporal. Fato este também decorrente da perspectiva de baixa utilização de violência por parte das organizações criminosas, haja vista que esses métodos acarretam temor social e uma maior pressão sociopolítica pela atuação dos órgãos públicos.<sup>324</sup>

Uma terceira característica é a estruturação da organização criminosa de uma forma hierárquica e baseada em relações de confiança ou íntimas e de maneira reiterada. Por um lado, a estrutura hierarquizada garante o exercício de decisões mais eficazes e a utilização de formas

---

<sup>321</sup> Nós realmente queremos aplicar a pena de morte para esse furto, de acordo com a teoria de que o crime salvou minha vida, de modo que nenhuma punição menor seria dissuasora? Claro que não. O problema é que, enquanto a lei do furto costuma punir os empoderamentos em contextos de baixos custos de transação, neste exemplo, os custos de transação com o proprietário da cabine são proibitivos. (POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Trad. de Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México: FCE, 2007. Pag. 351. Tradução nossa.)

<sup>322</sup> POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Trad. de Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México: FCE, 2007. Pag. 352.

<sup>323</sup> *Ibid.* Pag. 383.

<sup>324</sup> *Ibid.* Pag. 384.

correcionais das atividades; por outro lado, as relações de confiança ou íntimas e reiteradas são a maneira de viabilizar a consecução dos acordos, uma vez que não possuem a possibilidade de utilizarem a máquina judiciária para executá-los.<sup>325</sup>

Uma quarta característica é atinente à inter-relação das atividades criminosas organizadas e as atividades de lavagem de capital, no intuito de viabilizar a utilização lícita dos lucros obtidos, bem como instrumentalizar a captação de pessoas para investimento financeiro ou para prestação de serviços técnicos especializados.<sup>326</sup>

Essas características estruturam a organização e o funcionamento pragmáticos das associações empresariais, reconhecidas como organizações criminosas por praticarem atos definidos juridicamente como ilícitos. Entretanto, há duas grandes disfuncionalidades na atuação executiva das respectivas organizações, são elas: uma distribuição de atividades e de bônus e ônus de maneira inadequada e, ainda, uma impossibilidade de controle mediante a dificuldade de comunicação livre.<sup>327</sup>

As supra referidas disfuncionalidades decorrem das conformações estruturais das atividades de organizações criminosas com escalas nacionais ou internacionais, bem como das ganancias monopolísticas. Esta última conformação estrutural, em perspectiva de análise econômica, deve ser incentivada pelo próprio estado, pois nada demonstra a capacidade do Estado em inibir as atividades criminosas, de maneira que sua função é aumentar os custos de sua prática e, conseqüentemente, reduzir as ocorrências e, em determinados casos, ampliar os custos da compra de objetos e serviços ilícitos. Assim, a atuação monopolística de organizações criminosas acarreta o aumento dos custos de consumo em face dos respectivos clientes.<sup>328</sup>

Em face dessas funções estatais, a análise econômica enfrenta o embate entre a punição e a educação, para a qual, a ênfase deve ser dada à primeira. Isso, pois a punição reduz os materiais ou serviços ilícitos no mercado, acarretando uma redução do preço cumulado com uma alta no preço. Já a segunda (educação) reduz o consumo pela conscientização de conseqüências, no entanto, não reduz a quantidade de oferta de bens ou serviços ilícitos e, conseqüentemente, reduz os respectivos preços de maneira que pode reenquadrar o mercado de

---

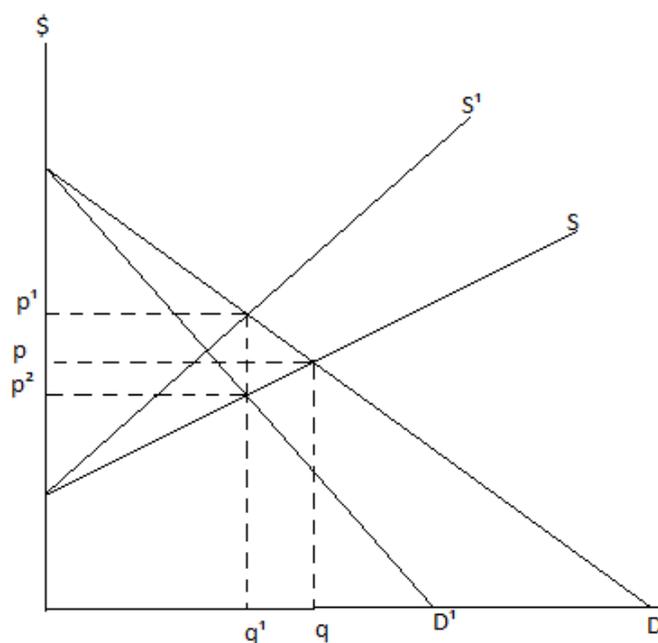
<sup>325</sup> *Ibid.* Pag. 384.

<sup>326</sup> *Ibid.* Pag. 385.

<sup>327</sup> *Ibid.* Pag. 385.

<sup>328</sup> *Ibid.* Pag. 388.

produtos ilícitos e novamente aumentar o consumo.<sup>329</sup> Nessa perspectiva, explicita o seguinte plano cartesiano:



Embate entre punição e educação: a punição desloca a curva de oferta para a esquerda (de S a S'), o que conduz a produção e a venda a uma quantidade de bens e serviços ilícitos menores ( $q^1$ ) a um preço maior ( $p^1$ ). A educação desloca a curva de demanda para a esquerda (de D a D'). De novo se produz e se vende uma quantidade menor (também  $q^1$ ), mas se vende a um preço menor ( $p^2$ ); por tanto, diminui um custo importante do combate aos bens e serviços ilícitos.<sup>330</sup>

Essa é uma análise perspectiva da eficiência de combate em face da ilicitude sistêmica e, nesse sentido, Richard Posner dispõe que a eficiência de combate também é atinente à esfera processual penal, com as principais funções sendo evitar erros e reduzir custos de operação.<sup>331</sup> Quanto aos erros, quanto maior for a consequência, ainda que o risco de sua ocorrência seja mínimo, maior deverão ser as garantias processuais penais, logo, conforme análise econômica, “podría tener sentido volver más fácil la prueba pero al mismo tiempo volver menos severo el castigo a fin de reducir los costos de evitar el acto y del error”<sup>332</sup>. Essa análise econômica, em face da facilitação da obtenção de provas, é o pressuposto fundamental na utilização da investigação negociada mediante o instituto jurídico da colaboração premiada.

<sup>329</sup> *Ibid.* Pag. 352.

<sup>330</sup> *Ibid.* Pag. 388.

<sup>331</sup> *Ibid.* Pag. 850-851.

<sup>332</sup> Poderia fazer sentido tornar a prova mais fácil, mas ao mesmo tempo tornar a punição menos grave para reduzir os custos de evitar o ato e o erro. (POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Trad. de Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México: FCE, 2007. Pag. 386. Tradução nossa)

Quanto aos custos de operação do processo penal, a informação negociada é obtida pela transação da declaração de culpabilidade cumulada com o testemunho do conhecimento e funcionamento de crimes. Estes são os elementos constitutivos da colaboração premiada que ampliam os custos de consecução da atividade criminosa organizada e reduzem em larga escala os riscos de erros, mediante a redução de informações cobertas pelas cifras negras, bem como, reduzem os custos operacionais do sistema criminal.

Essa perspectiva colaborativa da informação negociada é atinente aos custos da morosidade processual penal em face dos investigados, indiciados, denunciados, réus, condenados e presos, uma vez que o período de espera por sentenças criminais acarreta uma distinção do custo esperado em face das pessoas sob análise criminal, já que “las personas en libertad bajo fianza bajaría enormemente y el de las personas en prisión aumentaría (a menos que pudieran argüir con éxito que su derecho constitucional a un juicio expedito había sido violado por la demora)”.<sup>333</sup> Ainda se expõe que a morosidade é dura ao agente criminoso e à sociedade, haja vista que gera incerteza prolongada do destino.

Para a consecução da informação negociada, em um primeiro momento deve-se empregar a metodologia de redução das liberdades provisórias que instrumentaliza a força de coerção da informação negociada em prol da colaboração premiada, gerando como consequência, o aumento dos custos da punição esperada do acusado inocente ou culpado. No entanto, para o primeiro se mitigam as consequências por juízos rápidos e por exames empíricos que expuseram que, em momentos de altas taxas delitivas, quase nenhum acusado absolvido é realmente inocente.<sup>334</sup>

Em um segundo momento, a informação negociada pressupõe a existência metodológica da atribuição de discricionariedade ao juiz e aos decisores investigativos na consecução da apuração criminal, no intuito de avalizar a análise econômica atinente às condições de liberdade e diretivas do agente. Assim, se o acusado pertence a um grupo facilmente dissuadível, as punições devem ser mais brandas; já se o acusado é um agente criminoso contumaz e enrijecido, as punições devem ser mais largas.<sup>335</sup>

---

<sup>333</sup> Poderia fazer sentido tornar a prova mais fácil, mas, ao mesmo tempo, tornar a punição menos grave para reduzir os custos de evitar o ato e o erro. (POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Trad. de Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México: FCE, 2007. Pag. 874. Tradução nossa.)

<sup>334</sup> POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Trad. de Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México: FCE, 2007. Pag. 874. Pag. 875.

<sup>335</sup> *Ibid.* Pag. 875.

Entretanto, essa perspectiva da informação negociada sofre duas principais críticas: a primeira é a negação ao demandado de direitos processuais em juízo e a segunda, a formação de sentenças reduzidas em face da real necessidade de punibilidade. Ambas as críticas são fluentemente elididas na medida pragmática, uma vez que, se um acordo não melhora a situação de ambas as partes em um caso penal - em comparação com a perspectiva que teria na ausência deste -, uma ou ambas as partes podem recusar a possibilidade e, conseqüentemente, usufruírem de todos os instrumentos e garantias processuais.<sup>336</sup>

Nessa perspectiva, insta observar a relevância das garantias processuais, haja vista que “son esenciales para asegurar la selección cuidadosa, la que a su vez – dadas las tasas elevadas de los delitos en relación con los recursos de los fiscales – minimiza el número de las personas inocentes sometidas a la detención anterior a la sentencia”.<sup>337</sup> Assim, atinente à informação negociada, o custo operacional da atividade criminosa em face do castigo esperado se consubstancia na equação  $CE = pS$ , em que “CE” é o custo esperado, “p” é a probabilidade de descoberta e prisão das atividades e “S” é a punição na sentença.

Dessa maneira, “si un derecho creado por los tribunales conduce a una reducción de p para los acusados inocentes y culpables (...)”<sup>338</sup> e, mesmo assim, o parlamento desejar manter os custos esperados das atividades criminosas, poderá fazer-lô aumentando “S mediante una ley que aumente los castigos de los delitos o aumentando p mediante una reducción de los fondos destinados a la defensa de los acusados indigentes”.<sup>339</sup>

Essa perspectiva explicita a ocorrência da teoria dos jogos entre as instituições jurisdicionais e legislativas. Nesta perspectiva dos jogos interinstitucionais, a informação negociada se insere no Brasil contemporâneo quanto à jurisdição por meio de decisões paradigmáticas atinentes ao Supremo Tribunal Federal Inq 4435 AgR/DF<sup>340</sup> (Duração do Sigilo), Pet 7074/DF<sup>341</sup> (Procedimento e Atribuições Soberanas do Ministério Público), HC

---

<sup>336</sup> *Ibid.* Pag. 872.

<sup>337</sup> São essenciais para assegurar a seleção cuidadosa, a que sua vez – dadas as taxas elevadas dos delitos em relação com os recursos do ministério público e polícias – minimiza o número das pessoas inocentes acometidas por detenções anteriores a sentença. (POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Trad. de Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México: FCE, 2007. Pag. 874. Pag. 875. Tradução nossa.)

<sup>338</sup> POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Trad. de Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México: FCE, 2007. Pag. 874. Pag. 877.

<sup>339</sup> *Ibid.* Pag. 877.

<sup>340</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. **Inq 4435 AgR/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/9/2017 (Info 877).

<sup>341</sup> *Id.* Plenário. **Pet 7074/DF**, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 21, 22, 28 e 29/6/2017 (Info 870).

138207/PR <sup>342</sup> (Descumprimento da Colaboração e Prisão Preventiva), HC 129877/RJ <sup>343</sup> (Efetividade da Colaboração Premiada e Efeitos), Inq 4146/DF <sup>344</sup> (Forma de Registro das Declarações) e atinentes ao Superior Tribunal de Justiça Rcl 31.629-PR <sup>345</sup> (Menção Fortuita de Autoridade com Prerrogativa de Foro) e Rcl 31.629-PR <sup>346</sup>.

Quanto ao parlamento através da elaboração, votação e aprovação da Lei 8.072/1990 <sup>347</sup> (Crimes Hediondos) e sucessivamente desenvolvida pelas Leis nº 7.492/1986 <sup>348</sup> (Crimes Financeiros), Lei 8.137/1990 <sup>349</sup> (Crimes Tributários e Econômicos), Lei nº 9.605/1998 <sup>350</sup> (Crimes Ambientais), Lei 9.613/1998 <sup>351</sup> (Crimes de Lavagem), Lei 9.807/1999 <sup>352</sup> (Proteção às Testemunhas e Colaboradores), Lei 11.343/2006 <sup>353</sup> (Crimes de Tráfico), Lei 12.694/2012 <sup>354</sup> (Julgamento Colegiado para Organizações Criminosas), Lei 12.850/2013 <sup>355</sup> (Lei de

---

<sup>342</sup> *Id.* 2ª Turma. **HC 138207/PR**, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 25/4/2017 (Info 862).

<sup>343</sup> *Id.* 1ª Turma. **HC 129877/RJ**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18/4/2017 (Info 861).

<sup>344</sup> *Id.* Plenário. **Inq 4146/DF**, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 22/6/2016 (Info 831).

<sup>345</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Corte Especial. **Rcl 31.629-PR**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/09/2017 (Info 612).

<sup>346</sup> *Id.* Corte Especial. **Rcl 31.629-PR**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/09/2017 (Info 612).

<sup>347</sup> BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.**

<sup>348</sup> *Id.* Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências.**

<sup>349</sup> *Id.* Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.**

<sup>350</sup> *Id.* Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.**

<sup>351</sup> *Id.* Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.**

<sup>352</sup> *Id.* Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. **Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.**

<sup>353</sup> *Id.* Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.**

<sup>354</sup> *Id.* Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. **Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências.**

<sup>355</sup> *Id.* Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o**

Organizações Criminosas), Lei 13.260/2016<sup>356</sup> (Lei Antiterrorismo) e Lei 13.344/2016<sup>357</sup> (Lei de Combate ao Tráfico de Pessoas).

Esse embate darwinista em face da jurisdição e da legislatura ampliou os custos esperados da punição de organizações criminosas, uma vez que a possibilidade de serem descobertos, mediante acordos de colaboração premiada decorrentes da quebra das características de hierarquia e confiança nas organizações criminosas, dificultou, em larga escala, a consecução de atividades organizacionais seguras.

Logo, a informação negociada é um instituto jurídico processual penal relacionado à análise econômica do direito, na medida em que interfere no sistema social de promoções e dissuasões, modificando frequência, duração, prioridade e intensidade dos incentivos/dissuasões e percepções do custo-benefício nas diferentes escalas sociais, bem como, reduzindo riscos de erro judiciário, ao diminuir o tamanho da punição e, ainda, ampliando o recolhimento de informações, reduzindo as cifras negras. Por fim, torna o sistema de justiça penal mais eficiente no combate à criminalidade e no aspecto de exposição de sua funcionalidade.

---

**Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.**

<sup>356</sup> *Id.* Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. **Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nos 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013.**

<sup>357</sup> *Id.* Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. **Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).**

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa avançou através dos estudos jurídico-pragmáticos de Richard Posner, de maneira a buscar as explicitações sobre a segurança jurídica, a inter-relação entre positivismo normativo e pragmatismo, as refutações e aceitações da teoria pragmática, a teoria pragmática do direito, a teoria pragmática da democracia e as respectivas legitimidades e responsabilidades do poder jurisdicional, a teoria da maximização ou escolhas racionais, a teoria pragmática da decisão jurídica, as compreensões criminológicas da Escola de Chicago e da teoria da associação diferencial e suas repercussões sobre a criminologia pragmática e, por fim, averiguou a inter-relação entre esta última perspectiva e a informação negociada.

Desse amplo aprofundamento na teoria pragmática de Richard Posner, viabilizaram-se as explicitações sobre a seguinte problemática: qual é a relevância contemporânea da informação no atuar democrático, em face da invasão das estruturas de poder estatal por organizações ilícitas? A problemática considera o objetivo geral de explicitar a estruturação do pragmatismo jurídico de Richard Posner, em face de países de origem romano-germânica com o sistema “*civil law*”, a fim de viabilizar a compreensão da informação negociada na democracia contemporânea.

Explicitou-se, assim, que o fenômeno da segurança jurídica é descontínuo e atrelado aos modelos econômicos de cada espaço-tempo, mas que, na contemporaneidade, o valor segurança é um dos distintivos da teoria jurídica. Em face dessa perspectiva, expôs-se que o direito é construído em torno da linguagem e da comunicação, de maneira que sempre há relações de indeterminação quanto às passagens de um nível linguístico para outro, e a respectiva escolha entre as indeterminações é uma escolha política concernente a argumentações inter-relacionadas com diversos ramos da compreensão social.

Explicitou-se, ainda, que o pragmatismo é uma forma filosófica que observa a realidade sem ilusões sobre a natureza humana ou sobre a natureza institucional, de modo a atribuir a maximização individual à fonte para a consecução da vida digna e da liberdade, logo, as leis jurídicas não procuram somente a explicação entre a disposição e a realidade, mas atribuem valor à estabilidade, o que irá frequentemente imolar a justiça material. Para tanto, o direito se utiliza do “teste do tempo” em um processo darwinista de hipóteses e anti-hipóteses jurídicas, nos moldes semelhantes ao “*trial and error*” de Häberle.

Explicitou-se também, que a democracia pragmática atrela-se à concepção schumpeteriana em que os candidatos são uma espécie de vendedores atinentes a uma elite

específica, que concorrem entre si pela cooptação de eleitores (considerados como consumidores) não interessados em política. Perspectiva essa, atinente à divisão de funções sociais em que as eleições são procedimentos de escolha de administradores dos bens públicos, e não representantes, concessão essa que se estende para os juízes no intuito de maximizar a produtividade social.

Explicitou-se quanto à maximização econômica, que esta é uma construção conceitual complexa com relações em face de diversos economistas e filósofos, como por exemplo, Rawls, Bentham, Pareto, Kaldor e Hicks, Adam Smith, Kant, entre outros. Também, que essa construção não é sinônimo de riqueza financeira, bem como, protege a autonomia humana diante das estipulações de valores atribuíveis aos bens e serviços. Ainda, que a maximização legitima as decisões jurídicas em face do pressuposto democrático de que deve haver um decisor capaz de solver, ainda que formalmente, problemáticas conflituais.

Explicitou-se quanto à teoria pragmática da decisão jurídica, que esta é uma elaboração retórica pertinente à diretriz das escolhas racionais, compreendendo um aspecto explícito e um aspecto implícito. O primeiro, atinente às disposições diretivas jurídico-normativas e ao processo decisório; já o segundo, atinente às disposições diretivas pessoais, profissionais, educacionais e organizacionais.

Explicitou-se quanto à criminologia, que, desde o início do século XX, métodos empíricos da Escola de Chicago e a importância dos incentivos e dissuasões por meio da teoria da associação diferencial fazem parte dos estudos em direito penal, processual penal, política criminal e criminologia. Também, expôs-se a compreensão pragmática da criminologia mediante os estudos de Richard Posner, em que as punições criminais devem ser substituídas ao máximo por punições civis e, na impossibilidade, utilizar em larga escala as multas penais ou penas alternativas.

Por fim, explicitou-se quanto à informação negociada, que está é somente uma das perspectivas de observação do fenômeno criminal atinente à obtenção de informações em face de organizações ilícitas, bem como é atinente especificamente à ilicitude sistêmica. Nessa perspectiva, em consonância com a teoria pragmática, confirmam-se as hipóteses da pesquisa de que a informação negociada contribui para a evolução de um sistema democrático em duas vertentes distintas: por um lado, o aumento dos custos sociais da criação e consecução de organizações ilícitas; por outro lado, a ampliação da obtenção de informações sobre a criminalidade do colarinho branco diminuindo a amplitude das cifras negras.

Afere-se, ainda, que a sistemática da informação negociada afeta negativamente duas vertentes distintas: a primeira é a manutenção formalista-originalista das garantias individuais em face da atuação do Estado e a segunda é a utilização estratégica da informação negociada por grandes corporações como instrumento de colisão entre “verdades” e “mentiras”.

## BIBLIOGRAFIA

Livros, Artigos e Apresentações:

ACKERMAN, Bruce A. Law, Economics, and the Problem of Legal Culture. **Duke Law Journal**, v.1986. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=fss_papers). Acesso em 26 de maio de 2017

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. Contemplem! Eis o Comunicador da Norma. **Quaestio Iuris**. vol. 10, nº. 01, Rio de Janeiro, 2017. pp. 241-257. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/23782/19475>. Acesso em: 21 de julho de 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Denzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. ed. 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 2ª ed. 8ª reimp. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CASTELO BRANCO, Pedro Hemílio Villas Boas. Lei e Decisão. *In: Secularização inacabada – política e direito em Carl Schmitt*. 1ª ed. Curitiba: Appris, 2011.

DYMETMAN, Annie. A nova via-sacra – STF, governabilidade e fetiche. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**, número 1, primeiro semestre de 2014. Disponível em: <https://www.usjt.br/revistadireito/numero-1/8-annie-dymetmam.pdf>. Acesso em 31 de julho de 2017.

FERNANDES, Fátima Regina. A recepção do direito romano no ocidente europeu medieval: Portugal, um caso de afirmação régia. **História: Questões e Debates**, Curitiba. N. 41. P. 73-83, 2004. Editora UFPR. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/4628-10279-1-PB.pdf>. Acesso em 17 de novembro de 2017.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Sutherland, a teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco. **Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2008. Disponível em: [https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/102/Sutherland\\_Ferro.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/102/Sutherland_Ferro.pdf?sequence=1). Acesso em 05 de dezembro de 2017.

FOCAULT, Michael. **Genealogia e Poder**. \_\_\_\_\_ *in* *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. Pag. 94-100.

\_\_\_\_\_. **Nietzsche, Genealogia do Poder**. \_\_\_\_\_ *in* *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. Pag. 12-23.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Trad. De Raquel Ramallete. 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues. Criminalidade Organizada e Justiça Penal Negociada: Delação Premiada. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade** –

**FIDES**, Natal, v.6, n.1, jan/jun. 2015. Disponível em: <http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/476>. Acesso em: 31 de maio de 2017.

HÄBERLE, Peter. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição\* – Considerações do Ponto de Vista Nacional-Estatal Constitucional e Regional Europeu, Bem Como sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional. **Direito Público**, [S.l.], v. 4, n. 18, jan. 2010. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1292>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

LUZ, Vladimir de Carvalho. Os Juristas da Tradição Ocidental: discursos e arquétipos fundamentais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**. Florianópolis, jul. 2012. Pag. 161-194 ISSN 2177-7055. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p161>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p161/22469>. Acesso em 18 de janeiro de 2017.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). Tradução Jean François Cleaver – Tradutor do Senado Federal. **Revista de Direito Público** v. 1, n. 1 (2003). Disponível em: [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/443/Direito%20Publico%20n12003\\_Hans%20Kelsen.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/443/Direito%20Publico%20n12003_Hans%20Kelsen.pdf?sequence=1). Acesso em: 24 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MÂNICA, Fernando Borges. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na constituição de 1988. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, v.32, p.121-132, abr.-jun. 2008.

MANIN, Bernard. As Metamorfoses do Governo Representativo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, nº 29, 1995. Disponível em: [http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_29/rbcs29\\_01.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_29/rbcs29_01.htm). Acesso em 10 maio de 2016.

MASCARO, Alysson Leandro Barbate. **Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

\_\_\_\_\_. O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial. **Revista Acadêmica da ESMAG**, v. 01, p. 13-35, 2011. Disponível em: <http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/1248-o-contexto-sociologico-da-seguranca-juridica-e-da-discricionariedade-judicial>. Acesso em 22 de outubro de 2016.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Prolem sine matre creatam. OVÍDIO. Disponível em: <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-montesquieu-o-espc3adrito-das-leis.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2017.

MOTA, Marcel Moraes. Posner, Kelsen e Hayek: Pragmatismo Jurídico, Positivismo normativista e Liberalismo Político-Econômico Austríaco. **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. Expansão da Justiça Negociada e as Perspectivas para o Processo Justo: A Plea Bargaining Norte-Americana e suas Traduções no Âmbito da Civil Law. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume XIV. Disponível em:

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542>. Acesso em 31 de maio de 2017.

**O CAPITAL KARL MARX**. Tradução e condensação de Gabriel Deville. Bauru-SP: EDI-PRO. Ed., 3. Reimp. 2016. (Série Clássicos Edipro)

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. **Juris Poiesis**, ano 14, n. 14, jan-dez. 2011. ISSN 1516-6635. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/2482/juris-poiesis-14-11-maio1.pdf>. Acesso em 02 de abril de 2016.

OLSON, Mancur. **A Lógica da Ação Coletiva: Os Benefícios Públicos e uma Teoria dos Grupos Sociais**. Tradução de Fábio Fernandez. 1 ed. 2. reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015. (Clássico; 16)

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. **El análisis económico del derecho**. Trad. de Eduardo L. Suárez. 2ª ed. México: FCE, 2007.

\_\_\_\_\_. Excessive Sanctions for Governmental Misconduct in Criminal Cases. **57 Washington Law Review** 635 (1982). Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2908&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2908&context=journal_articles). Acesso em 25 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. Kelsen, Hayek, and the economic analysis of law. **18th Annual Meeting of the European Association for Law and Economics**. Viena, set. 2001. Disponível em: <http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. Optimal Sentences for White-Collar Criminals. **17 American Criminal Law Review** 409 (1980). Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2842&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2842&context=journal_articles). Acesso em: 25 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. e da Trad. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. Response to Clark Fresman, Were Patricia Williams and Ronald Dworkin Separated at Birth? **95 Columbia Law Review** 1610 (1995).

Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6032&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6032&context=journal_articles). Acesso em: 10 de dezembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Some Uses and Abuses of Economics in Law. **46 University of Chicago Law Review** 281 (1979). Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2864&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2864&context=journal_articles). Acesso em: 10 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. The Economic Approach to Law. University of Chicago Law School. **Journal of Articles**. Texas Law Review 757, 1975. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2881&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2881&context=journal_articles). Acesso em: 28 de maio de 2017.

ROUANET, Luiz Paulo. "Rawls e o renascimento da Filosofia Política". in Rossano Pecoraro (org.), **Os clássicos da Filosofia**, vol. III, Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; Petrópolis: Vozes, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (org.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: [https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/). Acesso em: 22 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. "Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner". **Apresentação de Trabalho no Colóquio Direito e Normas Técnicas: Dogmática Jurídica, Democracia e Poder**. Direito, 2009. Disponível em: [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/30/](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/). Acesso em: 22 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. In search of a broad research agenda in Law & Economics for Latin America. **Apresentação de Trabalho. Seminário Internacional de Análisis Económico del Derecho**, 2007. Disponível em: [https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/13/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/13/). Acesso em: 24 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 22. São Paulo: FGV Direito, 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em: 24 de maio de 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Anatomia de uma criminologia crítica (Prefácio). In BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução a sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. 2ª reimpressão, agosto de 2014.

SCHAWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: diferenças e semelhanças. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, Nº4, julho/setembro de 2008. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/267946032\\_O\\_SISTEMA\\_JURIDICO\\_EM\\_KELSEN\\_E\\_LUHMANN\\_DIFERENCAS\\_E\\_SEMELHANCAS](https://www.researchgate.net/publication/267946032_O_SISTEMA_JURIDICO_EM_KELSEN_E_LUHMANN_DIFERENCAS_E_SEMELHANCAS). Acesso em 20 de outubro de 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed. RT, 2004.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_\_. O convencionalismo de Hart e o pragmatismo de Posner na perspectiva do direito como integridade de Dworkin. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito (Faculdade Dom Bosco)**, v. V, p. 121-136, 2011. Disponível em: [http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista\\_direito/10edicao/EOS10.pdf](http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/10edicao/EOS10.pdf). Acesso em: 24 de maio de 2017.

STAUT JUNIOR, Sérgio Said. Cuidados metodológicos no estudo da história do direito de propriedade. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 42, p. 155-170, 2005.

Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32646/public/32646-40021-1-PB.pdf>. Acesso em 17 de novembro de 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso** XLI. Valparaíso, Chile, 2013, 2do Semestre. [pp. 577 - 601]. Disponível em: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512013000200017](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000200017). Acesso em 20 de dezembro de 2016.

SUTHERLAND, Edwin H. Is “White Collar Crime” Crime? **American Sociological Review**, Vol. 10, n. 2, 1944, Annual Meeting Papers (Apr. 1945), pp. 132-139. Disponível em: <http://faculty.washington.edu/matsueda/courses/371/Readings/White%20Collar%20Crime.pdf>. Acesso em 20 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. White collar criminality. *In American Sociological Review*, s.l. v. 5, n.1, p. 01-12, fev. 1940. Disponível em: [http://www.asanet.org/sites/default/files/savvy/images/asa/docs/pdf/1939%20Presidential%20Address%20\(Edwin%20Sutherland\).pdf](http://www.asanet.org/sites/default/files/savvy/images/asa/docs/pdf/1939%20Presidential%20Address%20(Edwin%20Sutherland).pdf). Acesso em 20 de novembro de 2017.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. A Equidade na Filosofia do Direito: apontamentos sobre sua origem aristotélica. **Revista Espaço Acadêmico**. Nº 128, janeiro de 2012. Ano XI. ISSN 1519-6186. Pag. 88-92. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/13246>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

TELMAN, D. A. Jeremy. Selective Affinities: On the American Reception of Hans Kelsen's Legal Theory. **Valparaiso University School of Law**, April 6, 2006. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=895561>. Acesso em: 05 de junho de 2017.

WILSON, James Q. KELLING, George L. Broken Windows: the police and neighborhood safety. **Atlantic Montly (Digital edition)**, mar. 1982. Disponível em: [https://www.manhattan-institute.org/pdf/\\_atlantic\\_monthly-broken\\_windows.pdf](https://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf). Acesso em: 02 de junho de 2017.

Leis e Jurisprudência:

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm). Acesso em: 04 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. **Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7492.htm). Acesso em: 04 de novembro de 2017

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm). Acesso em: 05 de novembro de 2017

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm). Acesso em: 05 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm). Acesso em: 07 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999. **Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm). Acesso em: 07 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm). Acesso em: 10 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.694, de 24 de julho de 2012. **Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2012/lei/12694.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/12694.htm). Acesso em 11 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.**

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em: 25 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. **Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nos 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/113260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/113260.htm). Acesso em: 04 de dezembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. **Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm). Acesso em: 04 de dezembro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. **HC 129877/RJ**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18/4/2017 (Info 861). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 15 de agosto de 2017.

\_\_\_\_\_. 1ª Turma. **Inq 4435 AgR/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/9/2017 (Info 877). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 15 de agosto de 2017.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma. **HC 138207/PR**, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 25/4/2017 (Info 862). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 15 de agosto de 2017.

\_\_\_\_\_. Plenário. **Inq 4146/DF**, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 22/6/2016 (Info 831). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 15 de agosto de 2017.

\_\_\_\_\_. Plenário. **Pet 7074/DF**, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 21, 22, 28 e 29/6/2017 (Info 870). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 15 de agosto de 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. **HC 396.658-SP**, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, julgado em 27/6/2017 (Info 609). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

\_\_\_\_\_. Corte Especial. **Rcl 31.629-PR**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/09/2017 (Info 612). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.