



Rumo a um direito mais justo e eficiente: a contribuição do garantismo e da análise econômica

Towards a more just and efficient law: the contribution of guarantism and economic analysis

*Dirceu de Medeiros Mariz¹
Mozart de Paula Batista Filho²*

Aceito para publicação em: 20/04/2024

Área do conhecimento: Direito

DOI: 10.18378/rbfh.v13i2.10479

RESUMO: Este estudo explora a sinergia entre o Garantismo, proposto por Luigi Ferrajoli, e a Análise Econômica do Direito, defendida por Richard Posner e explorada por Andre Bueno da Silveira, na reformulação da aplicação das normas jurídicas. Examina a integração da proteção dos direitos individuais e da eficiência na implementação das leis para criar um sistema jurídico mais equilibrado e eficaz. O Garantismo enfatiza a legalidade estrita essencial para limitar o poder do Estado e garantir as liberdades civis, enquanto a Análise Econômica se concentra nos custos de transação e nos resultados econômicos das leis para maximizar a utilidade social. A pesquisa inclui uma análise comparativa destacando como essas perspectivas podem reformar interpretações legislativas e judiciais para respeitar simultaneamente os direitos fundamentais e atender às demandas da sociedade. Esta integração visa identificar um caminho para um sistema jurídico que não apenas proteja os direitos individuais, mas também aprimore o bem-estar coletivo, alcançando tanto a justiça quanto a eficiência na prática legal.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Eficiência; Direitos Individuais; Garantismo; Justiça Social.

ABSTRACT: This study explores the synergy between Guarantism, proposed by Luigi Ferrajoli, and the Economic Analysis of Law, advocated by Richard Posner and explored by Andre Bueno da Silveira, in reshaping the application of legal norms. It examines the integration of protecting individual rights and achieving law implementation efficiency to create a more balanced and effective legal system. Guarantism emphasizes the strict legality essential for limiting state power and securing civil liberties, while Economic Analysis focuses on the transaction costs and economic outcomes of laws to maximize social utility. The research includes a comparative analysis highlighting how these perspectives can reform legislative and judicial interpretations to simultaneously respect fundamental rights and meet societal demands. This integration aims to identify a pathway for a legal system that not only safeguards individual rights but also enhances collective well-being, achieving both fairness and efficiency in legal practice.

Keywords: Economic Analysis of Law; Guarantism; Individual Rights; Legal Efficiency; Social Justice.

¹ Mestrando em Direito Constitucional pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Advogado e Procurador do Município de Jardim do Seridó/RN.

² Mestrando em Direito Constitucional pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Advogado e Procurador do Município de Jardim do Seridó/RN.

INTRODUÇÃO

A evolução do direito como um instrumento de justiça e eficiência é um tema central nos debates jurídicos contemporâneos. No cruzamento entre as teorias do garantismo, proposto por Luigi Ferrajoli, e a análise econômica do direito emerge uma potencial sinergia que pode reformular o entendimento e aplicação das normas jurídicas. Este trabalho visa explorar como a interação entre a proteção dos direitos individuais, enfatizada pelo garantismo, e a eficiência na implementação das leis, foco da análise econômica, pode conduzir a um direito mais equilibrado e efetivo.

O garantismo argumenta que a estrita legalidade é essencial para limitar o poder do Estado e assegurar as liberdades civis, constituindo o cerne do garantismo. Por outro lado, a análise econômica do direito destaca a importância de considerar os custos de transação e as consequências econômicas das leis, argumentando que tais elementos são cruciais para maximizar a utilidade social das normas jurídicas.

Neste estudo, propõe-se uma análise dessas duas perspectivas, examinando como podem ser integradas para promover reformas legislativas e interpretações judiciais que respeitem os direitos fundamentais ao mesmo tempo que atendem às exigências pragmáticas da sociedade. Através desta abordagem, busca-se identificar uma via para um sistema jurídico que não apenas proteja direitos individuais, mas também promova o bem-estar coletivo, culminando em uma prática legal que seja ao mesmo tempo justa e eficiente.

A metodologia adotada neste estudo inclui uma análise comparativa do garantismo e da análise econômica, com recorte na interpretação e aplicação do direito penal. Trata-se de uma pesquisa qualitativa e de abordagem hipotético-dedutiva.

O estudo está dividido em três partes principais: a primeira parte discute a teoria do garantismo de Ferrajoli, destacando sua aplicação e os desafios na prática jurídica. A segunda parte foca na análise econômica do direito, explorando como suas ideias podem reestruturar a interpretação e aplicação das leis para melhor alinhar com os objetivos sociais. A terceira e última parte analisa uma breve interação entre estas duas teorias, propondo um modelo integrado que poderia potencializar tanto a justiça quanto a eficiência no direito.

LEGALIDADE E EFETIVIDADE DAS NORMAS NO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

No seu livro *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, Luigi Ferrajoli (2000) afirma que, apesar de a teoria garantista representar um parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva, frequentemente é desrespeitada na prática, tornando-se apenas uma referência ideológica. Ele então explora três aspectos centrais do garantismo: como modelo normativo, como teoria jurídica e como filosofia política.

Como modelo normativo, o garantismo busca a estrita legalidade para conter o Estado e maximizar as garantias individuais. Qualquer sistema que, normativa e efetivamente, cumpra esse objetivo pode ser considerado garantista. Ferrajoli propõe que diferentes graus de garantismo podem ser usados para classificar um Estado, com base nas garantias constitucionais e no respeito aos direitos individuais, especialmente à liberdade.

Como teoria jurídica, o garantismo destina-se a assegurar a validade e a efetividade das normas. Na realidade contemporânea, embora muitos Estados afirmem adotar modelos normativos garantistas, as práticas operacionais frequentemente contrariam esses modelos. Isso levou à necessidade do garantismo como uma "teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo". Sob esse aspecto, o garantismo serve para legitimar ou deslegitimar o direito penal. Ferrajoli destaca que, ao contrário do juspositivismo, que tende a ocultar antinomias, o garantismo as revela, mostrando-se científico-jurídico.

Como filosofia política, o garantismo exige uma justificação externa para a intervenção estatal nos direitos individuais. Baseado na teoria iluminista, enfatiza a distinção entre direito e moral, entre ser e dever ser, e entre perspectivas internas e externas. O ponto de vista externo, que inclui valores pré-jurídicos ou direitos naturais, deve fundamentar a criação do Estado e das leis. A confusão entre essas perspectivas pode levar a um Estado autoritário. Ferrajoli afirma que o garantismo tem um alcance filosófico geral, útil não apenas para análises jurídicas, mas também para a relação entre direito, ética e política, além de sua aplicação sociológica para verificar a efetividade do direito na prática.

Ademais, Luigi Ferrajoli explora a relação entre Estado de Direito e legalidade. Segundo ele, no Estado de Direito — conformado pelos princípios garantistas — o poder legislativo penal deve obedecer a normas abstratas da Constituição Federal (*per lege*), enquanto o poder judicial deve seguir estritamente a lei (*sub lege*).

Ferrajoli desdobra o princípio da legalidade em dois aspectos: o formal e o substancial. O aspecto formal refere-se ao controle do poder pela lei, enquanto o aspecto substancial insiste

que a lei deve restringir o poder, influenciando sua forma e conteúdo. Essa visão substancial engloba a formal, delimitando o exercício do poder de maneira completa pela legislação. Neste sentido, o Estado de Direito é essencialmente sinônimo de garantismo, não apenas regulado pela lei, mas também restrito por ela em todas as esferas de poder — legislativa, executiva e judiciária. Os direitos individuais salvaguardados pela constituição formam a base dessa restrição.

Ferrajoli ressalta a importância de distinguir entre legalidade formal e substancial como critérios para a validade do poder. Ele relaciona isso com a democracia, que define quem decide e como se decide, e com o Estado de Direito, que determina os limites do que pode ser decidido. Para Ferrajoli, ao mencionar um estado democrático, refere-se ao processo político de decisão pelo povo e pelo voto; ao falar de um Estado de Direito, discute-se sobre os limites à atuação desse povo, especificamente sobre o que ele pode decidir.

Nesse contexto, os direitos fundamentais limitam o alcance das decisões, impedindo que certas questões sejam submetidas à votação simplesmente pela maioria, especialmente quando envolvem direitos fundamentais. Isso contrapõe o Estado de Direito ao estado absoluto, onde, apesar da vontade da maioria, direitos fundamentais podem ser suprimidos. Assim, Ferrajoli argumenta que, embora o regime democrático seja o mais adequado para decidir quem e como se decide, a "vontade da maioria" por si só não é suficiente para legitimar certas violações de direitos, enfatizando a necessidade de um Estado de Direito que restrinja o poder de decisão do povo sobre direitos fundamentais, como a liberdade.

Sobre a função do garantismo, Ferrajoli (2000, p. 745) leciona:

Como a função utilitária e garantista do direito penal é aquela da minimização da violência, tanto privada quanto pública, a função garantista do direito em geral consiste na minimização do poder, de outro modo, absoluto: dos poderes privados, os quais se manifestam no uso da força física, no aproveitamento imoral ou injusto e nas infinitas formas de opressão familiar, de domínio econômico e de abuso interpessoal; dos poderes públicos, os quais se exprimem nos arbítrios políticos nos abusos policiais e administrativos.

Ferrajoli enfatiza o princípio da legalidade como um postulado jurídico fundamental do juspositivismo, que serve como uma função garantista contra o arbítrio. Este princípio se desdobra em dois aspectos: a mera legalidade, que assegura certeza e liberdade ao conter poderes desregulados, e a estrita legalidade, que relaciona-se com a técnica de positivação e estabilização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

No contexto da ciência jurídica moderna, o princípio da legalidade também possibilita a identificação e separação clara das normas, categorizando-as como necessárias para reconhecimento (mera legalidade) e suficientes para atribuir taxatividade (estrita legalidade).

Essa separação permite a distinção entre norma e jurista, tratando a norma como um fato empírico sujeito à interpretação.

Ferrajoli critica o juspositivismo dogmático por não distinguir adequadamente entre a validade e a efetividade das normas, o que pode levar a uma análise deficiente dos ordenamentos jurídicos, considerando tanto as normas vigentes (normas válidas) quanto as normas efetivas (normas aplicadas independentemente de sua validade formal).

Finalmente, Ferrajoli ressalta a importância de diferenciar a validade das normas de sua efetividade, apontando para problemas tanto teóricos quanto metateóricos que isso representa para a teoria geral do garantismo. Ele observa a ilegitimidade jurídica que pode emergir quando poderes normativos, tanto legislativos quanto judiciários, exercem amplas limitações em seus deveres, resultando frequentemente em uma aplicação inefetiva do direito. Essa análise reflete a complexidade e a necessidade de uma compreensão aprofundada da estrutura normativa do Estado de direito.

O juspositivismo crítico busca endereçar as falhas percebidas no juspositivismo dogmático, principalmente quanto à efetividade e validade das normas jurídicas, impactando diretamente na prática dos juízes e juristas. Essa abordagem questiona dois dogmas centrais do juspositivismo dogmático: a obrigação incondicional do juiz de seguir a lei e a suposta função neutra e meramente descritiva do jurista no que tange à observância do direito positivo vigente.

No contexto de Estados com Constituições rígidas, o dogma da fidelidade do juiz à lei é problemático, pois a presença de uma norma em um texto legislativo não garante automaticamente sua validade. O juiz pode, e às vezes deve, recusar-se a aplicar normas que considera inválidas, desafiando a presunção de validade que normalmente protege as leis reconhecidas.

A ideia de que o jurista deve limitar-se a uma função descritiva ignora a necessidade de avaliações críticas sobre a validade das normas. Essa confusão entre a neutralidade da ciência jurídica e a avaliação crítica das normas deve ser esclarecida, reconhecendo-se que os juristas desempenham um papel ativo na valorização da validade ou invalidade das normas.

A análise jurídica envolve dois tipos de juízos: o juízo de vigor, que está relacionado às condições formais, como os procedimentos e a competência do órgão emissor da norma; e o juízo de validade, que deve atender a condições substanciais, vinculadas ao significado e aos valores subjacentes. Quando esses valores são comprometidos, pode surgir uma antinomia, indicando que as normas nem sempre são verdadeiras ou falsas em um sentido absoluto.

Nos Estados absolutos, validade e vigor são frequentemente considerados equivalentes, com os juízos de validade reduzindo-se a verificações de presença ou ausência de requisitos

formais. Por outro lado, em um Estado de direito, as Constituições estabelecem direitos invioláveis que devem ser protegidos como condição para a validade substancial das normas. Isso implica que os juízos sobre a validade das leis transcendem meras verificações formais e incorporam avaliações de valor.

Assim, a hipótese de que um magistrado possa fazer juízos de valor ao avaliar a validade das leis é inevitável, especialmente quando se trata de leis constitucionais. A exigência de previsão legal para definição de crimes eleva os juízos de valor a um patamar superior, conferindo ao juiz um papel decisivo, pelo menos no que diz respeito à invalidação de leis que permitem discricionariedade na qualificação dos fatos como crimes.

A diferença no poder de disposição do juiz varia de acordo com o tipo de Estado. Em Estados absolutos, a invalidação das leis é geralmente inadmissível, enquanto nos Estados de direito, dada a ambiguidade da linguagem legal e a presença de tipos penais abertos, admite-se uma maior liberdade na valoração da invalidade das leis.

As aporias do garantismo revelam-se na discrepância entre as promessas normativas e a prática jurídica, com a redução dessa distância dependendo da eficácia das técnicas garantistas na articulação das normas.

O pensamento penal pode ser dividido em duas orientações principais: autojustificação, associada a culturas e modelos penais autoritários, e heterojustificação, vinculada a culturas e modelos penais garantistas. Esta última considera o Estado como um meio para assegurar os direitos fundamentais do cidadão, tornando-o politicamente ilegítimo caso não efetive esses direitos ou caso viole-os.

As doutrinas autopoiéticas e heteropoiéticas refletem visões contrastantes sobre a função do Estado. Enquanto as autopoiéticas veem o Estado como um fim em si mesmo, as heteropoiéticas o veem como um meio para garantir direitos fundamentais, caracterizando-se por uma abordagem mais alinhada aos princípios da democracia substancial, onde os direitos fundamentais são vistos como expectativas de todos os cidadãos e integrados constitucionalmente como limites ao arbítrio da maioria e às decisões governamentais.

Na dimensão filosófico-política, o garantismo é fundamentado em uma base heteropoiética do direito, distanciando-se de algumas interpretações morais. Essa abordagem enfatiza a rejeição do valor intrínseco do direito baseado meramente em sua vigência e do poder baseado apenas em sua efetividade. Em vez disso, adota uma perspectiva crítica e transformadora, considerando o Estado de uma maneira utilitária e instrumental, focada na realização das expectativas ou direitos fundamentais dos cidadãos.

Luigi Ferrajoli enfatiza que o garantismo se baseia em uma visão pessimista do poder, considerado potencialmente maléfico independentemente de quem o detém, especialmente se não houver limites e garantias claras. Essa concepção serve como um contraponto aos pressupostos do totalitarismo, onde os direitos dos cidadãos são frequentemente instrumentalizados em favor de interesses públicos superiores. Em contraste, o garantismo busca limitar e disciplinar tanto os poderes públicos quanto os privados para proteger os direitos civis fundamentais.

Ferrajoli também aborda a transformação da relação entre o Estado e o cidadão, de uma perspectiva instrumental para uma funcional, e discute a relação entre o condenado e a pena. Ele cita Hobbes e Thomasius para explorar a dinâmica entre o direito de punir do Estado e o direito do condenado de resistir à pena. A visão estatalista de Hegel vai além, vendo a pena não apenas como um dever, mas como um direito do condenado para seu aprimoramento ético. Ferrajoli critica essa fusão de bem individual com o interesse do Estado, onde o direito individual do cidadão à resistência é subsumido pelo poder estatal de punir.

Este debate sobre a relação punitiva entre Estado e cidadão reflete diferenças fundamentais entre as doutrinas autopoieticas e heteropoieticas. Enquanto as autopoieticas tendem a enfatizar a obediência às leis como um imperativo moral e jurídico, as heteropoieticas reconhecem o caráter moral do direito, sugerindo uma obrigação política que contempla tanto a sujeição à pena quanto a potencial desobediência às normas, dependendo de sua justiça e moralidade.

Ferrajoli (2000, p. 745) faz uma apanhado da sua crítica na seguinte passagem:

Neste livro desenvolvi predominantemente uma crítica daquilo que chamarei de falácia política: isto é, da idéia de que basta a força de um poder bom para satisfazer as funções de tutela atribuídas ao direito, e mesmo antes que possa existir um poder bom, isto é, capaz de desempenhar tais funções sem a mediação dos complexos sistemas normativos de garantias em grau de limitá-lo, vinculá-lo, funcionalizá-lo, e na hipótese de deslegitimá-lo e neutralizá-lo. À parte a falácia política, pode cultivar-se, todavia, ainda uma falácia garantista: isto é, a idéia de que bastem as razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções.

Essas reflexões destacam a complexidade do garantismo como uma teoria que não apenas critica as estruturas de poder existentes, mas também propõe uma reavaliação contínua das bases éticas e morais do direito e da governança.

Embora o garantismo e a análise econômica do direito possam parecer divergentes em seus métodos e teorias fundamentais, ambas as abordagens se complementam ao enfatizar a importância de um sistema legal eficaz e justo.

O garantismo, com sua rigorosa proteção contra o abuso de poder, oferece um quadro normativo que exige a legitimidade e a justiça das leis, o que ecoa na análise econômica do direito que busca entender e otimizar as consequências sociais das normas jurídicas.

A intersecção dessas perspectivas sugere que uma aplicação efetiva do direito não apenas protege direitos individuais, como previsto pelo garantismo, mas também serve ao interesse social mais amplo de eficiência e justiça prática, um objetivo central da análise econômica do direito.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E CONSEQUENCIALISMO COMO FORMA DE OTIMIZAR RESULTADOS SOCIAIS E JURÍDICOS

No contexto brasileiro, a teoria do direito tradicionalmente enfatiza o formalismo jurídico e a deontologia como seus pilares. No entanto, a contribuição da análise econômica do direito introduziu uma abordagem pragmática que reformula a análise das consequências na interpretação jurídica, propondo métodos que refletem as demandas modernas de aplicação do direito.

Enquanto o formalismo jurídico no Brasil se concentra em cânones para interpretar regras e princípios interpretativos para princípios jurídicos, essas ferramentas muitas vezes se revelam limitadas. Este capítulo argumenta que a aplicação da análise econômica do direito oferece uma metodologia mais eficaz para avaliar as consequências das decisões jurídicas, proporcionando uma visão mais abrangente e adaptada às complexidades atuais.

LIMITAÇÕES DO FORMALISMO JURÍDICO NA INTERPRETAÇÃO DE NORMAS

O formalismo jurídico enfrenta desafios ao confrontar situações em que múltiplas interpretações válidas emergem de uma única questão legal (Silveira, 2023, p. 395). A doutrina tradicional defende que o direito possui um significado intrínseco, independente de objetivos externos (Silveira, 2023, p. 396). No entanto, essa visão não contempla a realidade de textos legais ambíguos e a possibilidade de que juízes possam ser influenciados por suas convicções pessoais na interpretação das leis.

A ambiguidade textual desafia o formalismo jurídico, que se opõe à ideia de que a Constituição ou qualquer outro texto legal deva ser interpretado de acordo com as ideologias contemporâneas (Silveira, 2023, p. 401). Entre o originalismo textual e as interpretações mais

criativas, há uma gama de posições que ainda se alinham ao formalismo, insistindo na existência de uma "resposta correta" dentro do ordenamento jurídico.

A questão central é como determinar qual interpretação prevalece quando há várias possíveis. Este dilema destaca uma falha crítica do formalismo jurídico: a ausência de um critério claro para escolher a interpretação mais adequada em face de múltiplas possibilidades válidas (Silveira, 2023, p. 413).

O formalismo jurídico tradicionalmente desconsidera o papel das preferências pessoais ou da escolha subjetiva do intérprete no processo de interpretação das leis, rejeitando a ideia de que os juízes desempenhem qualquer função legislativa (Silveira, 2023, p. 413). No entanto, a crescente prevalência de princípios jurídicos abertos e conceitos indeterminados leva a múltiplas interpretações possíveis, apresentando um desafio interpretativo (Silveira, 2023, p. 414).

O fenômeno do ativismo judicial é frequentemente visto como uma postura que advoga por uma participação mais ativa e abrangente do Judiciário na realização dos valores e objetivos constitucionais. Essa proatividade pode resultar em interferências nos domínios tradicionalmente reservados aos poderes Executivo e Legislativo, frequentemente agindo para preencher "espaços vazios" na legislação ou na ação governamental (Kozicki e Araújo, 2015, p. 115).

A banalização constitucional, apesar de seu impacto negativo na democracia, não apresenta grandes desafios metodológicos. No entanto, a filtragem constitucional do Direito, que envolve a aplicação de princípios constitucionais abertos em diversos ramos do Direito, apresenta complexidades metodológicas significativas. Esses princípios, enquanto potentes, podem levar ao decisionismo judicial, onde juízes, seduzidos pela ideia de buscar justiça, negligenciam a necessidade de fundamentação racional em suas decisões. Tal prática ameaça valores cruciais do Estado Democrático de Direito, incluindo a separação de poderes e a segurança jurídica. (Sarmiento, 2006, p. 198–204)

Frequentemente, os juízes tentam resolver casos ambíguos recorrendo a princípios ou regras mais abrangentes, evitando fundamentar suas decisões em teorias empíricas das ciências sociais, que podem parecer externas ao direito. Diante de várias interpretações sustentáveis, a escolha do juiz pode ser influenciada, consciente ou inconscientemente, por suas preferências pessoais.

No processo de constitucionalização no Brasil, destacam-se duas principais complexidades. Primeiro, a interseção entre direito e moral na constituição material possibilita a coexistência de múltiplas respostas legítimas para situações concretas. (Schier, 2014, p. 55–56).

Segundo a complexidade contextual do Brasil, ainda em fase de consolidação democrática, enfrenta o desafio de responder a questões jurídicas em um ambiente influenciado

por tradições patrimonialistas e patriarcais. Aqui, a construção de um discurso de justificação torna-se essencial, pois nenhum método pode garantir a correção absoluta de uma decisão. O objetivo é estabelecer uma racionalidade, mesmo que frágil, nas interpretações criadas durante a aplicação do direito infraconstitucional, mostrando a interdisciplinaridade necessária para abordar as complexidades jurídicas de forma efetiva (Schier, 2014, p. 56–58).

No sistema jurídico brasileiro contemporâneo, a necessidade de interpretar conceitos jurídicos indeterminados ou princípios exige que o intérprete construa o significado desses termos por meio de uma abordagem sistemática, utilizando analogias, ou recorrendo a fundamentos históricos, filosóficos ou morais.

Devido à alta indeterminação das normas, a interpretação constitucional exige abordagens hermenêuticas complexas, gerando questionamentos sobre a legitimidade democrática dessas decisões. É essencial que a jurisdição constitucional se fundamente em premissas empíricas, reconhecendo que os juízes não são infalíveis e que a lei não encarna perfeitamente a vontade popular (Sarmiento, 2006, p. 189–198).

Percebe-se que o positivismo jurídico, que já teve grande influência, é agora amplamente considerado ultrapassado no Brasil (Silveira, 2023, p. 430).

A RELEVÂNCIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO NO DIREITO

O formalismo jurídico tende a não considerar os custos de transação (Silveira, 2023, p. 439), que são elementos do mundo empírico, na interpretação e aplicação das leis. Estes custos têm implicações práticas significativas no cumprimento e na eficácia das normas jurídicas.

Por exemplo, a expressão "a lei não pegou" pode ser entendida através da análise dos custos de transação associados à aplicação da lei. Um caso ilustrativo foi trazido por Silveira (2023, p. 440–443) é a implementação da "lei seca" na Vila Madalena, em São Paulo. Inicialmente, a fiscalização ineficaz levou à percepção de que a lei era inefetiva. Contudo, mudanças legislativas e práticas, como o aumento das multas e a popularização de aplicativos de transporte, reduziram os custos de transação e aumentaram a aderência à lei, como evidenciado pelo aumento de 33% nas multas em 2019, principalmente devido à recusa dos motoristas em realizar o teste do bafômetro.

O formalismo jurídico frequentemente não aborda a efetividade das normas jurídicas, tratando-a como uma questão pertencente a outras áreas do conhecimento. No entanto, a análise econômica do direito revela que as normas jurídicas estabelecem incentivos que podem alterar

os custos de comportamentos considerados socialmente desejáveis ou indesejáveis (Silveira, 2023, p. 443–444).

No direito penal brasileiro, a questão da efetividade torna-se crítica, especialmente devido à jurisprudência predominante relacionada ao sistema trifásico de aplicação da pena. A prática de utilizar a pena mínima como referência para a pena-base resulta em limitações matemáticas que impedem a aplicação da pena máxima e, frequentemente, conduzem a penas significativamente reduzidas após considerações como progressão de regime e livramento condicional, particularmente antes da Lei n. 13.964/2019.

Por exemplo, no caso do crime de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal, com pena de reclusão de 2 a 12 anos, um réu poderia ser elegível para regime aberto após cumprir apenas 16% (ou 1/6) da pena. Da mesma forma, para um homicídio qualificado, o tempo de prisão efetiva raramente atinge a metade do máximo estatutário de 30 anos, devido ao cálculo inicial baseado na pena mínima.

A questão surge: qual é o impacto dessa abordagem na criminalidade no Brasil? O formalismo jurídico tradicional não oferece uma resposta, e algumas vertentes mais extremas argumentam que não é função do Judiciário combater a criminalidade, mas apenas garantir o devido processo legal e os direitos fundamentais. Contudo, essa visão ignora a responsabilidade do Judiciário pelos efeitos que penas insuficientes podem ter na prevenção da criminalidade. (Silveira, 2023, p. 418)

Importante lembrar que o próprio Luigi Ferrajoli (2000, p. 339) reconhece a natureza retributiva da pena e sua função de prevenção dos delitos, na seguinte passagem:

“Existe uma conexão evidente entre a natureza retributiva da pena e sua função de prevenção geral dos delitos: a ameaça legal da retribuição penal pode prevenir somente a prática de fatos delituosos, não a subsistência das condições pessoais ou de status, como são a periculosidade ou a capacidade de delinquir ou outras semelhantes e, por outro lado, a pena exerce uma função preventiva ou intimidatória, sobretudo se se castiga a quem “merece”.

Ana Claudia Pinho (2022, p. 60), ao falar sobre o garantismo, explica que “o Direito Penal assume [...] esta dupla função preventiva: prevenção dos delitos [...] e prevenção das penas arbitrárias [...]”. Porém, ela deixa claro que “[p]ara o garantismo, o Direito Penal precisa ser visto como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e, por conseguinte, de proteção do mais fraco”.

É questionável a noção de que a efetividade do direito penal esteja fora do escopo do Judiciário, pois a aplicação prática das leis é inerentemente uma questão jurídica.

CONSEQUENCIALISMO NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Segundo Edilson Vitorelli (2020, p. 85), a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) busca diminuir a abstração dos valores jurídicos ao considerar as consequências previsíveis na análise da legalidade de atos administrativos ou decisões judiciais. Ele afirma que, com essas disposições, o ordenamento jurídico brasileiro adotou um consequencialismo moderado.

A interpretação jurídica não possui uma lista fechada de consequências a serem priorizadas pelo juiz, mas pode-se identificar dois tipos principais: incentivos e custos de transação (Silveira, 2023).

Primeiramente, o juiz não deve substituir os julgamentos de política legislativa que fundamentam a criação de uma lei. No entanto, o consequencialismo pode ser considerado de forma preponderante em circunstâncias excepcionais, onde a adesão estrita a uma regra possa levar a resultados desastrosos (Silveira, 2023).

Em segundo lugar, deve-se examinar a existência de limitações deontológicas que restrinjam a consideração de consequências. Isso implica o reconhecimento de que certos valores fundamentais para a sociedade não devem ser comprometidos, apesar das consequências que possam advir, embora isso não implique a existência de direitos incondicionais (Silveira, 2023).

Por fim, a análise econômica do direito é empregada como ferramenta para identificar as consequências relevantes. A economia fornece um meio de mapear os efeitos econômicos que são cruciais para uma análise jurídica pragmática, abrangendo variados campos do direito (Silveira, 2023).

Os juízes devem estar cientes de suas limitações cognitivas e dos preconceitos inerentes ao processo de julgamento. A avaliação da prova pode ser influenciada pela percepção do intérprete sobre os fatos, afetando diretamente os custos de transação associados à aplicação de uma norma jurídica.

Por exemplo, os custos de transação para provar a inexigibilidade de conduta diversa em casos de tráfico internacional de drogas praticados por “mulas do tráfico” (art. 33, caput, c.c. art. 40, inciso I, da Lei n. 11.343/06), que muitas vezes são tratados por traficantes de forma cruel, são geralmente proibitivos, o que leva ao seu raro reconhecimento.

A análise econômica do direito oferece insights valiosos para refinar o padrão probatório em diferentes contextos legais, abordando nuances frequentemente desconsideradas pelo formalismo jurídico.

Da mesma forma, considere a similaridade entre, de um lado, as penas restritivas de direito, aplicadas apenas após o trânsito em julgado e, de outro lado, as condições da suspensão condicional do processo, da transação penal e do acordo de não persecução penal. O processamento criminal de uma pessoa acarreta custos de transação significativos e externalidades negativas, como a estigmatização duradoura devido ao registro criminal. Estes efeitos colaterais podem ser mais prejudiciais do que as próprias penas alternativas impostas (Silveira, 2023).

A facilidade de acesso aos registros criminais online amplifica o impacto dessas consequências extrapenais. O formalismo jurídico tende a desconsiderar esses aspectos, pois não inclui a realidade empírica na análise jurídica. Em contraste, o consequencialismo e a análise econômica do direito oferecem uma perspectiva mais abrangente, reconhecendo esses fatores na interpretação das leis.

Um exemplo prático é a questão da redução da pena por tentativa de crime. A jurisprudência atual favorece a redução máxima de 2/3 (dois terços). Uma interpretação apoiada pela análise econômica do direito justificaria a redução no máximo, pois considera os custos de transação e as externalidades envolvidas na aplicação do artigo 43 do Código Penal.

O próprio Ferrajoli (Ferrajoli, 2000, p. 369) defende um equilíbrio na aplicação da pena:

Consequentemente, é injustificado um limite mínimo que anule a eficácia preventiva da pena em relação aos delitos; mas também é injustificado um limite máximo que anule a justificação em relação aos maiores castigos informais prevenidos pela mesma.

Ana Claudia Pinho (Pinho, 2022, p. 59), ao falar sobre o garantismo, deixa claro que:

O outro fim do Direito Penal (além de prevenir delitos) é evitar a maior reação informal que a falta da pena poderia provocar na parte ofendida ou em forças sociais ou institucionais solidárias com ela.

A aplicação de um modelo consequencialista de decisões judiciais sugere a necessidade de um equilíbrio entre o endurecimento das leis penais e um garantismo excessivo. Para infrações de menor gravidade, onde medidas despenalizadoras ou penas alternativas são apropriadas, seria mais benéfico para a sociedade adotar estratégias que minimizem as externalidades negativas do registro criminal (Silveira, 2023).

Por outro lado, para crimes mais sérios, é preciso fortalecer as penas para gerar um efeito dissuasivo, incentivando a redução da criminalidade. A análise econômica do direito penal brasileiro indica que uma abordagem diferenciada para crimes leves e graves pode ser mais eficaz para a sociedade (Silveira, 2023).

UMA BREVE ANÁLISE DA COMPLEMENTARIDADE ENTRE GARANTISMO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A complementaridade entre o garantismo de Luigi Ferrajoli e a análise econômica pode ser vista como uma confluência de duas correntes distintas que, quando integradas, oferecem uma perspectiva mais rica e robusta para a interpretação e aplicação do direito.

Este capítulo explora como essas abordagens, embora inicialmente possam parecer opostas devido às suas origens e ênfases teóricas, na verdade se complementam de maneiras que podem melhorar a eficácia e a justiça do sistema jurídico.

O garantismo de Ferrajoli é fundamentado na proteção rigorosa dos direitos fundamentais e na limitação do poder estatal, visando prevenir o despotismo e garantir uma administração justa da lei. Por outro lado, a análise econômica do direito foca na maximização da eficiência social e na minimização dos custos associados à aplicação das leis, procurando otimizar os resultados sociais das decisões jurídicas.

Essas duas abordagens são alinhadas no objetivo de criar um ambiente legal que não apenas respeite os direitos individuais, mas também promova o bem-estar coletivo. A integração dessas perspectivas encoraja um sistema jurídico que é tanto rigorosamente justo quanto eficientemente pragmático.

O garantismo impõe uma estrutura de racionalidade na interpretação das leis, exigindo que as intervenções estatais sejam justificadas externamente em termos de direitos e valores pré-jurídicos. Isso ressoa com a abordagem da análise econômica, que avalia as leis não apenas em termos de conformidade com o texto legal, mas também em termos das consequências práticas de sua implementação.

Ambas as abordagens valorizam a racionalidade e a lógica, mas a análise econômica adiciona uma camada adicional ao considerar os efeitos tangíveis das leis na sociedade, como os custos de transação e os incentivos econômicos. Combinadas, elas oferecem um método de interpretação que é tanto filosoficamente fundamentado quanto empiricamente validado.

O garantismo busca restringir o arbítrio através de leis bem definidas e claras que são rigorosamente aplicadas, uma premissa que encontra eco na análise econômica do direito, onde a clareza e a previsibilidade das normas são vistas como essenciais para a eficiência econômica.

A clareza normativa reduz os custos de interpretação e aplicação das leis, enquanto a previsibilidade ajuda os cidadãos e empresas a planejarem suas ações de acordo com um quadro legal estável. Assim, a combinação dessas abordagens não só fortalece a proteção contra o abuso

de poder, como também promove um sistema jurídico mais eficiente e menos oneroso para a sociedade.

Ao considerar tanto o garantismo quanto a análise econômica do direito, os legisladores são incentivados a criar leis que não apenas estejam em conformidade com os princípios constitucionais e direitos humanos, mas também que sejam viáveis economicamente. Essa síntese pode orientar a formulação de políticas públicas e legislação de modo a evitar leis ineficazes ou injustas, equilibrando os imperativos éticos com considerações pragmáticas.

Portanto, a integração do garantismo e da análise econômica do direito pode enriquecer o debate jurídico, proporcionando uma abordagem mais equilibrada e multidimensional para a interpretação e aplicação das leis. Esse enfoque dual não só reforça o respeito pelos direitos fundamentais, como também considera os impactos práticos das leis, garantindo que elas sirvam ao propósito de uma sociedade justa e eficiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo abordou a intersecção entre o garantismo de Luigi Ferrajoli e a análise econômica do direito, explorando como essas abordagens, embora distintas, podem ser integradas para fomentar um sistema jurídico mais justo e eficiente. A investigação revelou que, ao combinar a rigidez normativa do garantismo com a flexibilidade pragmática da análise econômica, é possível alcançar um equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e a otimização das consequências sociais das leis.

A primeira parte do estudo detalhou a teoria do garantismo, destacando sua capacidade de assegurar a legalidade e a efetividade das normas enquanto protege os direitos individuais contra o abuso de poder. Esta abordagem, embora ideal em teoria, enfrenta desafios significativos em sua aplicação prática, que frequentemente desvia das suas promessas normativas.

Na segunda parte, examinou-se a análise econômica do direito, que enfatiza a importância de considerar os custos e consequências das normas jurídicas. Essa perspectiva fornece uma base para reformas legislativas que não apenas respeitam a justiça teórica, mas também são viáveis e eficazes no mundo real, refletindo as demandas contemporâneas da sociedade.

A integração dessas teorias foi brevemente explorada na terceira parte, onde demonstrou-se que, apesar de suas origens teóricas distintas, garantismo e análise econômica do direito podem se complementar. Juntas, essas abordagens oferecem um modelo que promove um direito mais racional e pragmático, capaz de ajustar-se tanto às exigências éticas quanto às necessidades práticas.

Os objetivos delineados na introdução foram atingidos, demonstrando que a interação entre o garantismo e a análise econômica do direito pode, de fato, conduzir a um sistema jurídico que honra tanto a legalidade estrita quanto a eficiência social. Este estudo não apenas ampliou a compreensão sobre a aplicabilidade e as limitações de cada abordagem, mas também propôs um caminho para futuras reformas legislativas e interpretações judiciais que almejam a maximização da justiça e da eficiência.

Portanto, este trabalho não só fortalece a teoria jurídica com uma abordagem integrada, mas também serve como um apelo para uma prática jurídica que verdadeiramente equilibre a teoria com a realidade, assegurando que o direito funcione como um verdadeiro facilitador de uma sociedade mais justa e eficiente.

REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, L. Direito E Razao: Teoria Do Garantismo Penal. [s.l.] **Revista dos Tribunais**, 2000.

KOZICKI, K.; ARAÚJO, E. B. Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. Sequência: **Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 36, n. 71, p. 107, 8 dez. 2015.

PINHO, A. C. Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir. [s.l.] **Tirant lo Blanch**, 2022.

SARMENTO, D. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. Em: Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, 2006. p. 167–205.

SCHIER, P. R. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. Em: Direitos constitucionais brasileiros. Volume I. Teoria dda Constituição e Direitos Fundamentais / Org. Clèmerson Merlin Clève. São Paulo, SP: **Revista dos Tribunais**, 2014. v. Ip. 45–60.

SILVEIRA, A. B. da. Análise Econômica do Direito e Teoria dos Jogos - consequencialismo nas decisões Judiciais e a nova interpretação das consequências. 2. ed. São Paulo: **JusPodivm**, 2023.

VITORELLI, E. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 79–112, 18 ago. 2020.