

# A IMPOSSIBILIDADE DO USO DE FUNDAMENTOS ECONÔMICOS EM DECISÕES JURÍDICAS SEM FUNDAMENTO EM ENUNCIADO DO DIREITO POSITIVO

*The impossibility of using economic grounds in legal decisions that are not based on a statement of positive law*

Adson Jean Mendes Lavor<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. O direito para o construtivismo lógico-semântico; 2.1. Positivismo jurídico e jusnaturalismo; 2.2. Direito e linguagem; 2.3. Direito e sistemas sociais; 3. Aplicação da norma jurídica; 3.1. Interpretação no processo de aplicação do direito; 4. A problemática proposta; 5. Necessidade de fundamento no enunciado positivo para uso do argumento econômico; 6. Conclusão; Referências Bibliográficas.

## RESUMO

Este trabalho busca analisar a possibilidade de fundamentos econômicos em decisões jurídicas sem que haja fundamentação em enunciados do direito positivo. Para tanto, traz premissas fundamentais acerca do conceito de direito, aplicação e interpretação para concluir pela impossibilidade.

**Palavras-chave:** Direito e Economia. Maximização de riquezas. Enunciado positivo. Norma jurídica.

## ABSTRACT

This work seeks to analyze the possibility of economic foundations in legal decisions without there being a foundation in positive law. To this end, it presents fundamental premises about the concept of law, application and interpretation in order to conclude that this is impossible.

**Keywords:** Law and economics. Maximizing wealth. Positive statement. Legal norm.

## 1. INTRODUÇÃO

É crescente a influência da ciência da economia no estudo do direito por diversos autores no mundo, tendo esse método recebido denominação própria de direito e economia ou análise econômica do direito. Nos estudos desses autores, por vezes, o direito é tomado como objeto de estudo da ciência econômica, mas, em outras, buscam nos fundamentos econômicos a norma que regerá casos concretos e individuais. Nesse último caso, haveria uma aplicação do direito a partir de parâmetros econômicos.

Ocorre que o direito, enquanto sistema fechado e autônomo, tem regras e procedimentos próprios para a produção de novas normas jurídicas, seja sob o aspecto procedimental, seja para a definição do seu conteúdo.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

A definição dessas regras e procedimentos tem por base textos jurídicos positivados pela autoridade competente, na medida em que o direito, sob uma perspectiva comunicacional, nada mais é que uma mensagem transmitida por meio de signos que visa regular a realidade social para que se atinja determinados valores, dada a função prescritiva do direito.

Desse modo, o processo de aplicação do direito tem como base inicial os textos jurídicos, a partir dos quais são construídas, por meio da interpretação, as normas jurídicas que regularão o caso concreto.

Nesse contexto, surge o questionamento: a consideração de fundamentos econômicos na aplicação do direito requer uma abertura semântica através dos textos jurídicos?

Para responder a esse questionamento, valendo-se do método lógico-dedutivo, primeiramente analisaremos o conceito de direito, sob as perspectivas da teoria dos sistemas, da teoria do positivismo jurídico e do direito enquanto comunicação.

Posteriormente, analisaremos a dogmática relativa à aplicação do direito sob a ótica dos referenciais teóricos propostos para o presente artigo, notadamente para definir o papel e os contornos do processo de interpretação dos textos na construção da norma para o caso concreto.

A partir das noções conceituais do direito e sua aplicação, enfrentaremos a problemática proposta, destacando de que modo pode haver influência da economia na aplicação do direito e concluindo pela impossibilidade da utilização dos argumentos econômicos para definição de efeitos jurídicos na aplicação do direito quando desprovidos de amparo em enunciados normativos do direito positivo.

## **2. O DIREITO PARA O CONSTRUTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO**

O primeiro ponto a ser firmado como referencial teórico para o presente trabalho é da definição do direito, uma vez que este é o nosso objeto de estudo, e, apenas com uma clara ideia do que se tomará como direito é que poderemos responder a problemática proposta.

Assim sendo, nossa tarefa consistirá na definição de delimitar a realidade que tomamos como objeto de estudo à qual se atribuirá a denominação de direito. Seguindo a definição adotada pelo construtivismo lógico-semântico, adotaremos três referenciais teóricos: a escola do positivismo jurídico, a teoria comunicacional do direito e a teoria dos sistemas sociais.

### **2.1. Positivismo jurídico e jusnaturalismo**

A tarefa de definir o que é direito não é simples e conta com uma vasta gama de escolas que se encarregaram desta tarefa, mas duas merecem destaque: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico.

Os jusnaturalistas conceituaram o direito como uma ordem de princípios absolutos e imutáveis anterior às normas editadas pelos Estados. A origem desses princípios, na Grécia antiga, era a natureza das coisas, na era medieval, a vontade divina, ou, em uma visão antropocentrista, a natureza humana.

Para os mais radicais jusnaturalistas, o Estado apenas declararia o direito natural. Outros, reconheciam a possibilidade de o Estado inovar no direito, mas sempre em observância às normas advindas do direito natural.

Por outro lado, o positivismo jurídico nega a existência de um direito natural. O direito é tido apenas como o conjunto de normas jurídicas válidas em uma determinada sociedade. As normas jurídicas, por sua vez, são os enunciados normativos emanados do Estado, mais especificamente, da autoridade a que outras normas atribuíram a competência para expedir estes enunciados normativos<sup>2</sup>.

Sob essa perspectiva, as normas são fruto de uma vontade política e, ao ingressarem no ordenamento jurídico, devem guardar compatibilidade apenas com outras normas jurídicas de hierarquia superior e não com outros conceitos extrajurídicos ligados a uma suposta ordem natural. Isto é, ao contrário do jusnaturalismo, o escalonamento é apenas endógeno ao direito positivo.

A premissa adotada neste trabalho será de inspiração positivista, isto é, o direito será tomado como as normas vigentes em uma determinada sociedade que formam uma estrutura escalonada e que guardam uma coerência interna.

## 2.2 Direito e linguagem

O direito também deve ser compreendido como linguagem, assim concebida como o resultado da utilização da língua para comunicar-se. Isto é, o direito é um fenômeno comunicacional ou um “sistema de mensagens inseridas num processo comunicacional, produzidas pelo homem e por ele utilizadas com a finalidade de canalizar o comportamento inter-humano em direção a valores que a sociedade almeja realizar”<sup>3</sup>.

Sob essa perspectiva, as normas jurídicas são mensagens direcionadas a todo o corpo social, cujo emissor é a autoridade competente para produção da norma.

Por se tratar de linguagem, o direito é, portanto, um conjunto estruturado de signos. Estes, por sua vez, derivam de uma relação entre três elementos: um suporte físico, um significado e uma significação.

<sup>2</sup> Destaco que o positivo a que se refere este trabalho é baseado na tradição positivista a partir da clivagem com o jusnaturalismo e não com toda a tradição positivista e suas variações, como, por exemplo, o positivismo inclusivo, que admite como elementos do direito os padrões morais.

<sup>3</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 186.

O suporte físico é aquilo que nós apreendemos através dos sentidos, como uma onda sonora oriunda de uma fala que ouvimos ou um texto escrito que lemos. O suporte físico faz referência a algo que o representa, sendo este o seu significado. O sujeito, diante do suporte físico e do significado, promove a significação, assim entendida como o surgimento de um conceito para o indivíduo a partir da sua interpretação.

A título de exemplo, imaginemos a palavra “pássaro” como suporte físico e que remete a um animal específico, que é o seu significado. Diante desses elementos, o sujeito os interpreta e adquire um conceito.

Para o direito, o suporte físico é o texto dos enunciados normativos, ou seja, a Constituição Federal, as leis publicadas etc. O significado são as realidades descritas pela norma jurídica, seja no seu antecedente, seja no seu consequente. A significação, por sua vez, é a construção da norma jurídica pelo sujeito através da interpretação dos outros elementos.

Vale destacar que o resultado da significação poderá variar de pessoa para pessoa, pois uma vez em contato com o suporte físico, seus referenciais de significado e o resultado da sua compreensão podem divergir.

O fato de vivenciarmos um mesmo idioma nos ajuda a diminuir essas distorções entre as significações, pois, em uma mesma língua, os significados são estabelecidos de forma convencional na sociedade, mas essa uniformidade nem sempre estará presente, especialmente em razão das ambiguidades linguísticas, divergências culturais, sociais e de vivências.

Assim, percebe-se que o contexto histórico-cultural vivenciado influencia na significação. Se aquele for alterado, esta também se alterará.

Podemos exemplificar esta afirmação: imagine que há uma placa com os dizeres “é proibido entrar de biquini” no início da faixa de areia de uma praia de nudismo no Brasil. A significação, ou seja, a norma construída pelo intérprete provavelmente será de que as pessoas deverão entrar nuas no local. Porém, a mesma placa em uma praia localizada no Afeganistão leva à conclusão de que as pessoas deverão entrar naquele local com roupas compostas.

Essas premissas são relevantes para chegarmos a duas conclusões.

A primeira delas é que na linguagem só temos acesso ao seu suporte físico e, a partir disso, devemos construir a mensagem através da significação. O texto não contém o sentido, sendo este construído na mente do intérprete. No que se refere ao direito, a ideia é a mesma. Apenas temos acesso ao seu dado empírico, um conjunto de símbolos que podemos chamar de textos, e a partir dele é que construímos a mensagem transmitida pela autoridade emissora, qual seja, a norma jurídica.

A segunda é que a língua serve de campo referencial no processo de significação, pois delimita os objetos que podem ser considerados como significados de um dado texto, com base em consensos sociais. Este é um importante limite no processo de construção da norma jurídica, pois, como visto, reduz as divergências entre as significações de diferentes intérpretes.

### 2.3 Direito e sistemas sociais

Uma terceira premissa que deve ser fixada é de que o direito é um sistema social comunicacional, sob a perspectiva sistêmica do direito, cujo maior expoente foi Niklas Luhmann.

Um sistema pode ser entendido como um conjunto de elementos que mantém, entre si, relações regidas por um único referencial. Trata-se de um “conjunto de elementos relacionados, os quais se comunicam e controlam entre si, dentro de uma lógica coesa e coerente internamente estabelecida, lógica essa marcada por um fim, mantida a possibilidade de corte ou decomposição em subsistemas”<sup>4</sup>.

O sistema diferencia-se do ambiente, assim compreendido como tudo aquilo que não faz parte do sistema. A relação entre ambiente e sistema é bem descrita por Marcelo Pereira de Mello: “Eles se constituem e se conservam como tais ao criar e manter a diferença de seus ambientes, e seus limites com o ambiente servem para regular essa diferença”.<sup>5</sup>

Um código define o que faz parte do sistema ou não, inclusive aquilo que faz parte do ambiente, mas que, observado o código, é introduzido no sistema como seu elemento. É este código que permite a diferenciação entre sistema e ambiente, chamada pelo autor de diferenciação sistêmica.

Com base nessa compreensão é que temos o direito como um sistema social. Avançando nessa perspectiva, também compreendemos o direito como um sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto, isto é, suas operações têm como base seus próprios elementos, as normas jurídicas, mas também está sujeito a influências do ambiente e de outros sistemas sociais, como a política. Nesse sentido, ilustra o professor Marcelo Pereira de Mello: “Pode haver influência política na legislação, mas somente a lei pode modificar a lei. Somente dentro do sistema legal a mudança das normas legais pode ser percebida como mudança da lei”.<sup>6</sup>

Uma diretriz política ou uma perspectiva econômica, por exemplo, poderão influenciar no sistema do Direito, desde que sejam incorporadas como elemento desse sistema, ou seja, como norma jurídica.

Neste ponto, cumpre ressaltar que as próprias normas jurídicas definem os requisitos para que uma nova norma jurídica seja incorporada ao sistema. São as próprias normas que definem quem poderá criar normas (autoridade competente), qual processo mais adequado para criação de novas normas (processo legislativo, processo administrativo ou processo judicial, por exemplo) e o limite do conteúdo

<sup>4</sup> FERNANDES, Felipe; SOUZA DE MORAES, José Luiz. A importância da noção de sistema para o direito administrativo. *Revista da AGU*, Brasília, DF, v. 20, n. 01, p. 129–147, jan./mar. 2021, p. 133.

<sup>5</sup> MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 351–373, 2006, p. 5.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 6.

destas novas normas, dada a necessidade de coerência interna do sistema e a estrutura hierárquica existente entre seus elementos. Essa capacidade de se reproduzir qualifica o sistema como autopoietico.

Por outro lado, os fatos em geral são tratados pelo sistema do direito com base no seu código operativo binário de lícito e ilícito. Isto é, dentre os fatos, aqueles que não possam ser analisados sob esta perspectiva serão irrelevantes e não produzirão efeitos nesse sistema. Por outro lado, aqueles que podem ser analisados sob esta valência terão sua classificação definida com base nas normas jurídicas. Estes fatos também são compreendidos como estímulos do ambiente no sistema jurídico. Nesse sentido:

O sistema jurídico, por exemplo, vai buscar fora dele (no seu ambiente – sociedade) a comunicação que deseja disciplinar e traz para dentro dele como comunicação jurídica atribuindo-lhe tratamento normativo ao qualificá-lo na forma lícita ou ilícita. Neste sentido, é aberto cognitivamente, pois seu programa permite o ingresso de informações de seu ambiente e fechado operacionalmente, porque tal ingresso só é possível com a tradução das informações externas no código que lhe é próprio (lícito/ilícito)<sup>7</sup>.

Para ilustrarmos esses conceitos, tomemos um exemplo simplificado.

Em nosso ordenamento jurídico há o tipo penal do homicídio (art. 121 do Código Penal) que descreve, em abstrato, a conduta criminosa e comina uma sanção. Trata-se de um elemento do sistema do direito. Se um indivíduo mata outro (estímulo do ambiente), este fato pode ser analisado, sob o código do direito, como ilícito, devendo gerar repercussões no sistema jurídico. Para tanto, a autoridade competente, o juiz, por meio do processo judicial, deverá criar uma norma jurídica no sistema, a sentença. O conteúdo desta nova norma jurídica está delimitado pelos demais elementos do ordenamento jurídico, não podendo, por exemplo, fixar pena inferior ou superior aos limites previstos no tipo penal do homicídio.

Percebe-se que o sistema do direito, diante de um estímulo do ambiente (um fato social), reproduziu uma nova norma com base nos seus próprios parâmetros.

### 3. APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Para subsidiar a análise do problema proposto, também é relevante analisar o fenômeno da aplicação da norma jurídica tomando como base os referenciais até agora propostos.

Os fatos sociais tidos como relevantes pelas normas jurídicas existentes precisam ser incorporados ao sistema do direito, na forma de novas normas jurídicas,

---

<sup>7</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 161.

para que nele produzam os seus efeitos. Caso contrário, o fato social jamais será um fato jurídico.

Um homicídio jamais conhecido, nunca produzirá os efeitos jurídicos próprios para este fato, segundo o ordenamento jurídico. É necessário que a autoridade competente reconheça o fato, por meio de um procedimento, e impute os efeitos prescritos pelo direito, em uma sentença judicial (norma jurídica). Nesse sentido, é célebre a lição de Aurora Tomazini:

O plano do direito positivo é sintaticamente fechado, constitui-se numa linguagem própria (que não se confunde com a linguagem da realidade social), só permitindo o ingresso de elementos a ele exteriores (fatos sociais) quando relatados no seu código. Neste sentido, um fato do mundo social, para ser jurídico, não basta ser verificado de acordo com o descrito na hipótese normativa, tem que integrar no sistema do direito positivo, pois é nele, e somente nele, que se instalam consequências jurídicas<sup>8</sup>.

O reconhecimento do fato social e a imputação dos seus efeitos, por meio do procedimento adequado, é o que chamaremos de aplicação do direito. A aplicação sedimenta a lógica do sistema jurídico no sentido de que não existem normas individuais e concretas para cada um dos acontecimentos sociais, mas apenas normas de cunho generalista. Diante disso, faz-se necessária a presença de um indivíduo (ou mais de um) eleito pelo próprio sistema do direito para, com base nas normas gerais e por meio do procedimento próprio, produzir a norma individual e concreta para os casos que se apresentarem.

Avançando na análise da aplicação, não podemos olvidar a necessidade de a norma individual e concreta produzida ter como fundamento as normas gerais e abstratas do sistema jurídico, isto é, são estas que determinam a autoridade competente, o procedimento a ser observado e o conteúdo do conseqüente da norma jurídica individual.

Diante dessa constatação, fica evidente o caráter autopoiético do sistema do direito, pois uma norma jurídica é produzida com base em outra norma jurídica. O processo por meio do qual esse fenômeno ocorre é a positivação. Sobre o tema:

Sempre que se produz uma linguagem jurídica, alguém está aplicando uma norma, mediante um processo que denominamos de positivação. Positivar, assim, é passar da abstração para concretude das normas jurídicas, o que se efetiva, necessariamente, por meio de um ato humano. Este ato, bem como a pessoa credenciada para realizá-lo, são determinados pelo direito e é por meio dele que normas são inseridas no sistema, numa posição hierarquicamente inferior àquelas que regulam sua produção.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o construtivismo lógico-semântico. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 444.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 465.

De maneira mais específica, o processo de aplicação se inicia com a constituição do fato jurídico, pois ele será o antecedente da norma jurídica individual e concreta. O acontecimento social é levado ao conhecimento da autoridade competente por meios de versões que lhe são apresentadas, e então ela determina qual foi o acontecimento.

Abre-se um parêntese para explicar que essas versões não são apenas aquelas escritas nos pedidos dos interessados, mas também aquelas presentes em fotografias, vídeos, laudos periciais e os diversos meios de provas admitidos.

Vale destacar que nem sempre haverá coincidência entre o evento e o fato jurídico construído, pois a autoridade poderá se equivocar no seu convencimento e as versões que lhe foram apresentadas podem ser falhas. Não por outra razão, existem condenações reconhecendo um crime inexistente ou que existiu, mas teve autor diferente.

Fato é que, dentre as várias versões, a autoridade competente, por meio de um ato de decisão, definirá qual foi o acontecimento.

Constituído o fato, para que seja jurídico, é preciso verificar se ele corresponde a uma hipótese normativa, isto é, se há subsunção.

A subsunção ocorre quando se reconhece que o fato se enquadra na hipótese de uma norma jurídica geral e abstrata. Esta tem sua estrutura prescritiva composta por um antecedente consistente na descrição genérica de um acontecimento apto a fazer surgir os efeitos contidos no conseqüente normativo.

A hipótese, enquanto descrição genérica, abrange uma série de fatos que contêm os elementos nela descritos, todos compondo uma classe de vários elementos.

O fato, individualmente considerado e reconhecido pelo aplicador, se contém as notas características da hipótese normativa, estará incluído na classe por ela prevista e será considerado um fato jurídico apto a figurar como antecedente da norma individual e concreta que será criada. Seguindo nosso exemplo, o tipo penal do homicídio tem como antecedente a hipótese normativa “matar alguém”. Se, hipoteticamente, o fato reconhecido pelo aplicador é que João atira, com a intenção de matar, contra Pedro, no dia 12 de janeiro de 2010, na cidade de Juazeiro do Norte/CE e o óbito se concretiza, este, por conter as notas características da hipótese normativa, será um fato jurídico apto a constar no antecedente da nova norma a ser criada, a sentença penal.

Definido o fato jurídico, antecedente da norma jurídica individual e concreta, é preciso definir seus efeitos jurídicos, que constarão no conseqüente da mesma norma. No caso da sentença penal condenatória, por exemplo, será a pena em concreto aplicada ao condenado.

Os efeitos jurídicos também devem ter como parâmetro e fundamento o conseqüente da norma geral e abstrata, também em verdadeira subsunção, pois esta é sempre do fato e dos efeitos jurídicos e não somente do fato. Portanto, não se pode

atribuir efeitos arbitrários e aleatórios ao fato jurídico, mas apenas aqueles que se incluem na classe de efeitos previsto no consequente da norma geral e abstrata.

Não se pode, por exemplo, condenar alguém, no Brasil, à pena de morte por homicídio simples, pois inexistente este efeito jurídico no consequente da norma jurídica aplicável a este fato jurídico.

Portanto, “assim como a hipótese serve como base para construção do fato jurídico, o enunciado do consequente da norma geral e abstrata opera como limite semântico, demarcando a extensão conceitual da relação jurídica”<sup>10</sup>.

É a subsunção que permite a coerência e hierarquia interna no sistema jurídico, de modo que as normas inferiores respeitem as normas superiores. Para melhor esclarecer a operação, tomemos as seguintes lições:

Os enunciados da norma individual e concreta são apurados com precisa determinação dos critérios da hipótese e do consequente da regra-matriz, de forma que a classe de infinitos acontecidos prevista na hipótese (de previsão futura), transforma-se num conjunto de um único acontecimento concreto (de previsão passada) devidamente identificado no tempo e no espaço e a classe de infinitas relações prescrita no consequente, converte-se num conjunto de uma única relação, instituída entre sujeitos individualizados e com objeto determinado<sup>11</sup>.

Em síntese, a lição mais importante que se tira da compreensão do processo de aplicação é a de que a norma geral e abstrata serve como limite e fundamento para a construção da norma individual e concreta.

Ocorre que nesse processo de aplicação, o fenômeno da interpretação também é relevante, sendo necessária sua análise.

### 3.1 Interpretação no processo de aplicação do direito

A interpretação é inerente ao processo de aplicação do direito. Podemos conceituar essa atividade como a construção e justificação de sentido, havendo uma grande contribuição do referencial cultural do intérprete no resultado.

Em um primeiro momento, o aplicador precisará interpretar os suportes factuais que tem acesso para determinar o fato jurídico. Como vimos, uma vez ocorrido o evento, este passará a fazer parte do passado, a partir de então apenas restarão versões (provas) do que aconteceu, sendo elas contidas em linguagens de relato.

<sup>10</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o construtivismo lógico-semântico. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 597.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 484.

Conforme ensina Aurora Tomazini de Carvalho, “o aplicador tem acesso apenas às versões, nunca ao acontecimento”<sup>12</sup>.

Desse modo, a versão apresentada pelas testemunhas, pelo perito, pelas partes, por vídeos etc., deverão ser interpretadas pelo aplicador para que seja determinado o fato jurídico, de acordo com o seu convencimento. Nesse sentido:

Tudo que ele terá sobre o evento será um conjunto de textos (i.e. o relato do autor – fato alegado, o relato do réu – fato contraditório, testemunhos, documentos, laudos periciais, fotos, etc.) e sua função, como aplicador, é de interpretá-los, para construir a sua versão do evento<sup>13</sup>.

Vale destacar que as versões que podem ser consideradas pelo aplicador são aquelas admitidas pelo próprio sistema do direito, isto é, não serão admitidas, por exemplo, provas ilícitas ou que não observem a forma prescrita em lei. Nestes casos, o sistema não admite que estas versões sejam usadas pelo aplicador como fundamento para determinar o fato jurídico.

De todo modo, fica claro que a determinação do fato jurídico é um ato de decisão, todavia, este deverá ser fundamentado nas provas admitidas pelo direito. Trata-se de um limite imposto ao aplicador do direito na construção da norma jurídica individual e concreta.

Em um segundo momento, o aplicador deverá interpretar para construir a norma jurídica geral e abstrata.

Partindo da premissa por nós fixada, de que o direito é linguagem, compreendemos que o aplicador apenas terá acesso aos textos jurídicos (suporte físico) e que a norma jurídica (significado) é fruto da sua interpretação.

Portanto, o aplicador estará diante dos textos jurídicos (leis, decretos etc.) e atribuirá a eles significados com o intuito de construção da norma jurídica. Isto é, a interpretação feita pelo aplicador (autoridade competente) será positivada por meio da inserção da nova norma jurídica ao ordenamento.

Ademais, é certo que a interpretação está condicionada pelos horizontes culturais do intérprete, porém, há pelo menos um limite que ele deve observar: o texto jurídico (enunciado de direito positivo).

Essa limitação diz respeito às possibilidades de significado que se pode atribuir a um texto.

Se por um lado, não é fácil esgotar todos os significados admitidos para determinada palavra em uma língua, por outro é possível apontar certos significados que não são admitidos pela comunidade.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 494.

<sup>13</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 494.

Um exemplo recente foi a discussão acerca da possibilidade de se afastar a presunção de inocência antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O texto da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que trata desse tema é o seguinte: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Diante desse texto, não se pode imaginar um significado para ele que admita o afastamento da presunção de inocência antes do marco temporal nele definido, pois estaríamos transbordando o limite imposto pelo próprio enunciado. Se o intérprete não observa esse limite, haverá violação ao enunciado e à norma jurídica hierarquicamente superior, de modo que a sua interpretação consubstanciada na norma jurídica individual e concreta não deverá subsistir no sistema jurídico.

Importante destacar que um dado texto jurídico nem sempre corresponderá a uma única norma, podendo fundamentar a construção de várias. Por outro lado, também é possível que uma norma não tenha como fundamento um único enunciado positivo.

Ademais, o intérprete terá contato com os enunciados positivos e, ao atribuir significado a eles, deverá estruturar de forma deontica, isto é, com antecedente e consequente, dado que esta é a estruturação das normas jurídicas.

Por exemplo, se João tenta matar Pedro, o aplicador deverá construir a norma jurídica aplicável com base em, pelo menos, dois enunciados positivos, o art. 121 e o art. 14, II e parágrafo único, ambos do Código Penal (CP). Diante desses dois dispositivos, construirá a norma jurídica na estrutura deontica da seguinte maneira: “se alguém tentar matar outrem, deve o autor ser submetido à pena prevista para o homicídio reduzida de 1/3 a 2/3”.

Percebam que a norma jurídica aplicável não existe textualmente na lei, mas nós construímos através da associação de significações obtidas a partir de mais de um enunciado.

Outro exemplo, agora de um único enunciado que pode dar origem a mais de uma norma jurídica, que é o art. 422 do Código Civil (CC), que possui a seguinte redação: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Estando diante desse enunciado, o aplicador poderá formular diversas normas jurídicas, como, por exemplo: “se alguém celebra contrato e aceita o pagamento reiteradamente em local diverso do pactuado, deve aceitar os pagamentos vindouros nesse novo local”, concretizando a figura parcelar da *supressio*. Por outro lado, também poderá elaborar a norma jurídica: “se alguém celebra contrato e sofre dano em razão do inadimplemento do contratado, deve buscar mitigar o agravamento do próprio prejuízo”, concretizando a figura do *duty to mitigate the loss*.

Em síntese, apenas após um processo de interpretação é que o aplicador definirá o fato jurídico e a norma jurídica geral e abstrata que se aplicará ao caso, para então, por meio da subsunção, construir a norma concreta e individual.

Essa interpretação encontra limites inerentes à natureza sistêmica do direito, seja de observância das provas (linguagem dos fatos admitida pelo sistema) ou pela necessidade de respeito aos limites semânticos dos enunciados positivados.

#### 4. A PROBLEMÁTICA PROPOSTA

Fixados os referenciais teóricos, é relevante explicitar a problemática proposta para, em seguida, analisá-la conclusivamente.

Diante de uma situação concreta, pode o aplicador do direito valer-se do argumento econômico para construção da norma jurídica individual e concreta que regulará a situação?

O primeiro ponto a se elucidar é o que entendemos como argumento econômico. A economia, enquanto ciência, tem natureza descritiva, isto é, busca explicar a realidade através das suas ferramentas (os modelos econômicos). Todavia, não se deve olvidar o fato de que, com base nessa descrição, também surgem enunciados de índole prescritiva, isto é, que definem um dever ser com base na premissa de maximização de riqueza na sociedade ou a maximização do bem-estar social.

Por argumento econômico, temos esses enunciados prescritivos que estabelecem um dever ser para que se atinja uma maximização do bem-estar social, cujo fundamento é a ciência econômica e todos os instrumentos que a embasam.

Desse modo, a indagação é se diante de um fato jurídico o aplicador do direito poderá estabelecer as suas consequências apenas com base no argumento econômico, ainda que a conclusão obtida seja contrária aos enunciados do direito positivo.

Para ilustrar o problema, vamos nos valer de um exemplo dado por Ronald Coase, no seu artigo “O problema do custo social”, com algumas adaptações.<sup>14</sup>

A situação é que existe um agricultor e um pecuarista atuando em propriedades vizinhas e não divididas por cercas. Ocorre que o gado do pecuarista acaba destruindo a plantação do agricultor.

Diante disso, imaginemos que o custo para cercar a propriedade seja de vinte mil reais, que o prejuízo causado ao agricultor seja de cem reais por mês e que o lucro líquido mensal do agricultor seja de dois mil reais.

Com base nos enunciados do Direito Civil, o agricultor teria direito a ser indenizado pelos danos que suportou, bem como a uma tutela de remoção de ilícito, isto é, a imposição ao pecuarista de impedir seu gado de voltar a destruir, seja cessando a atividade ou construindo uma cerca.

Neste caso, além do pagamento de cem reais pelos meses nos quais houve dano, o pecuarista também teria o custo de vinte mil reais para colocar a cerca ou deixaria de ganhar dois mil reais de lucro por mês, caso cessasse a atividade pecuária.

---

<sup>14</sup> COASE, Ronald H. O problema do custo social. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 3, 1960.

Ocorre que essa solução não seria eficiente do ponto de vista econômico, pois geraria um grande prejuízo ao pecuarista (redução de riqueza e bem-estar) em contrapartida a um pequeno benefício ao agricultor (apenas cem reais por mês).

Então, diante dessa constatação, caso a situação fosse levada a juízo, poderia o julgador deixar de impor ao pecuarista a obrigação, extraída dos enunciados jurídicos, de impedir o gado de destruir a plantação do agricultor e apenas lhe obrigar a indenizar cem reais por mês a este, com base no argumento econômico?

Um outro exemplo. Suponhamos que um Estado editou uma lei regulamentando a compra e venda de sangue humano, após realizar estudos apontando que esse modelo reduziria a zero a falta de sangue para transfusão e haveria um ganho financeiro para a população em geral.

Se o Procurador-Geral da República ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade em face dessa lei, poderia o Supremo Tribunal Federal (STF) deixar de aplicar o art. 199, §4º, da Constituição Federal<sup>15</sup>, que veda todo tipo de comercialização de órgãos e tecidos humanos, por considerar que a lei promove uma maximização do bem-estar social?

A análise que se propõe é a de definir justamente a resposta para essas e outras questões cuja solução extraída dos enunciados jurídicos nem sempre é aquela mais eficiente do ponto de vista econômico.

## **5. NECESSIDADE DE FUNDAMENTO NO ENUNCIADO POSITIVO PARA USO DO ARGUMENTO ECONÔMICO**

Com base nos referenciais propostos, é seguro afirmar que seria impossível ao aplicador do direito o uso de argumentos econômicos sem que haja fundamento em um enunciado do direito positivo.

Primeiro, pelo fato de que o aplicador, ao dar origem a uma norma individual e concreta que se aplicará ao caso concreto, deve buscar seu fundamento em normas de hierarquia superior, em razão do caráter escalonar das normas jurídicas, conforme preconizado no positivismo jurídico.

Ademais, se o direito é entendido como um sistema operativamente fechado, a análise dos fatos deve ser regulada pelos seus próprios elementos e de acordo com o seu próprio código.

O fato de ser cognitivamente aberto não afasta nossa conclusão, pois, como vimos, a influência do ambiente no sistema se dá com a incorporação de novos elementos jurídicos, todavia, esta incorporação deve pautar-se nas normas previstas pelo

---

<sup>15</sup> Art. 199, §4º, da CF/88: “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”.

próprio direito, seja na definição da autoridade competente, do procedimento a ser observado ou do conteúdo do novo elemento.

Logo, a inclusão de fundamentos econômicos no sistema do direito carece de uma abertura cognitiva consistente em norma jurídica que o admite como tal. “Os enunciados prescritivos são como uma porta aberta pela qual se tornam jurídicos e válidos os valores a eles atribuídos pelo usuário, jurista, ou aplicador, quando das suas construções de sentido”<sup>16</sup>.

Como exemplo, podemos apontar a previsão do princípio da eficiência como norma constitucional impositiva a toda a administração pública. Esta é uma abertura cognitiva que pode levar à incorporação de normas pautadas pelo argumento econômico, pois a previsão constitucional funciona como verdadeira porta para influência do sistema econômico no sistema jurídico.

Avançando, a partir da análise do processo de aplicação do direito, também chegamos à mesma conclusão, na medida em que a construção da norma jurídica concreta e individual deve ter como fundamento a norma jurídica geral e abstrata, o que é verificado através da subsunção.

Isto é, as consequências jurídicas de determinado fato devem se subsumir à norma jurídica geral e abstrata que é aplicada. Logo, apenas se esta permitir o uso de argumentos econômicos é que estes poderão guiar a definição das consequências jurídicas no caso concreto.

A própria construção da norma jurídica geral e abstrata, a partir da interpretação dos textos jurídicos, também tem como limites estes enunciados, na medida em que não será possível ao intérprete atribuir significados que não sejam comportados pelos signos, tudo com base na língua que é utilizada.

Se o direito é linguagem, seu propósito comunicacional só é alcançado quando se é respeitado o padrão linguístico utilizado, na medida que é esta convenção social que permite e viabiliza a transmissão e recepção das mensagens.

Logo, se ao definir a norma jurídica geral e abstrata que será aplicada ao caso o intérprete incluir o argumento econômico, este deverá estar contido nos significados possíveis para o enunciado jurídico que serviu como base.

Admitir a adoção do fundamento econômico para definição das consequências jurídicas de um fato sem amparo nos enunciados positivos do direito é negar a autonomia do direito enquanto sistema.

Ademais, é importante lembrar que a possibilidade de influência de outros sistemas no sistema do direito não se restringe à economia, mas também à ética, à política e outros que, por meio previsto no próprio direito, informam a criação de novos elementos no sistema jurídico.

---

<sup>16</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 724.

Assim, permitir a adoção de fundamentos desprovidos de base nos textos legais implicaria extirpar o mínimo de segurança jurídica que se necessita na sociedade, pois cada aplicador poderia adotar fundamento diverso para definir os efeitos jurídicos de fatos idênticos ou similares.

É a necessidade de fundamentar-se no texto positivo que garante um mínimo de previsibilidade das consequências dos fatos jurídicos que ocorrem na sociedade.

Em síntese, é necessário que haja enunciado jurídico que comporte, como significado, o fundamento econômico na construção da norma geral e abstrata para, a partir dessa, se definir os efeitos concretos e individuais do fato jurídico a partir da subsunção.

## 6. CONCLUSÃO

Podemos concluir que não é possível a utilização dos argumentos econômicos para definição de efeitos jurídicos na aplicação do direito quando desprovidos de amparo em enunciados normativos do direito positivo.

A exigência tem fundamento na autonomia do direito enquanto sistema social, na imposição de observância dos enunciados de direito positivo no processo de aplicação do direito e nos limites semânticos impostos por esses textos ao intérprete.

Não se nega, contudo, a possibilidade de influência das prescrições de ordem econômica na construção de normas jurídicas, dado que o direito, embora operativamente fechado, é cognitivamente aberto. Todavia, esta influência deve ter fundamento em elementos do próprio sistema, pois são eles que determinam os limites de conteúdo das novas normas, o procedimento a ser observado e a autoridade competente. Isto é, a partir das normas jurídicas é que se criam outras normas jurídicas, dada a característica autopoietica do sistema jurídico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO DE OLIVEIRA, Manfredo. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Editora Loyola, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. Tradução de Fernando Pavan Batista, Ariani Bueno Sudatti. São Paulo/Bauru: Edipro, 2005.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 24 out 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 out 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 24 out 2023.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o construtivismo lógico-semântico. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. **The Journal of Law & Economics**, Chicago, v. 3, 1960.

FERNANDES, Felipe; SOUZA DE MORAES, José Luiz. A importância da noção de sistema para o direito administrativo. **Revista da AGU**, Brasília, DF, v. 20, n. 01, p. 129–147, jan./mar. 2021. DOI: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.20.n.01.2021.2673>.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: Técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 351–373, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702006000100018>.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RIDB)**, Lisboa, n. 1, 2012.