

CONFERENCIAS / EXPOSICIONES

Ativismo judicial e análise econômica do direito

Judicial activism and economic analysis of law

Fecha de envío: 14/10/2025

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Universidade de São Paulo

tercio@sampaioferraz.com.br

RESUMEN: Palestra proferida pelo Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior em 1º de outubro de 2024, no âmbito do XV Congresso Internacional de Direito e Processo do Trabalho da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e da IX Conferência Ibero-Americana de Direito do Trabalho da Academia Ibero-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social.

PALABRAS CLAVE: ativismo judicial, análise econômica do direito, interpretação, equivalências argumentativas

ABSTRACT: Lecture given by Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior on October 1, 2024, within the framework of the XV International Congress of Labor Law and Process of the Brazilian Academy of Labor Law and the IX Ibero-American Conference on Labor Law of the Ibero-American Academy of Labor Law and Social Security.

KEYWORDS: judicial activism, economic analysis of law, interpretation, argumentative equivalences

A relação entre *ATIVISMO JUDICIAL E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO* por seu enunciado traz um foco problemático: põe ou tende a pôr em xeque a tripartição dos poderes.

Para entender essa equação, entender em que sentido o ativismo abala a tripartição dos poderes, parece-me conveniente uma abordagem preliminar a partir do senso comum jurídico mais tradicional.

Um ponto de partida está no modo como a tradição costuma entender a tripartição dos poderes.

Na perspectiva tradicional do que seja o sistema jurisdicional, nos quadros do que se costuma entender por estado de direito democrático, entende-se que, por meio de processos decisórios, procura-se agregar, aos valores socialmente relevantes, fórmulas sintéticas – o que se chama de *jurisprudência* –, as quais substituem as permanentes incertezas geradas por conflitos (sociais, econômicos, políticos, morais), por um consenso fictício; *fictício* porque construído por meio e ao longo de um procedimento formalmente rígido, institucionalizado, isto é, *acreditado* como a instância legítima para solução de conflitos¹.

Ou seja, o desenvolvimento do direito processual – no século XIX – como meio hegemônico para a solução de conflitos foi a marca forte da estrutura política desde o advento do princípio da tripartição dos poderes no constitucionalismo moderno. E numa extensão tal que, sem essa hegemonia, sem esse consenso gerado pela condução dos conflitos mediante procedimentos jurisdicionais, presumir-se-ia que os sistemas sociais complexos funcionariam mal e, no limite, acabariam por produzir desagregação.

E para que sistemas sociais complexos funcionassem, se acrescentou ao princípio da tripartição dos poderes, ao eixo político que reparte e conecta a legislação (Poder Legislativo) à execução (Poder Executivo) e remete ao julgamento (Poder Judiciário), um eixo paradigmático, o eixo da interpretação.

¹ Niklas Luhmann: Legitimation durch Verfahren, Neuwied, 1969.

Trata-se do mecanismo da *interpretância* entendido como *interpretação da interpretação*, uma espécie de mecanismo secundário, mas indispensável a serviço do regime de *check and balance*.

Explico: interpretação, em senso lato, refere-se a qualquer compreensão de qualquer objeto do intercâmbio comunicativo no cotidiano da comunicação social; aí interpretação e compreensão convergem. Pode referir-se também a uma atribuição de significado a um signo de determinada língua conforme suas regras de uso; é o caso da interpretação quando se faz uma tradução. Em um estrito senso, é a atribuição de um significado a um signo linguístico em caso de ser duvidoso em uma situação comunicativa; é caso de pedido de explicações diante de um sentido problemático.

É nesse último significado que interpretar mostra, claramente, ter por objeto não meramente um pensamento emanado em uma fala (linguagem), mas o sentido que ele expressa e que remete a um outro ato interpretativo. Isto é, afirma-se na linguagem a existência de dois atos doadores de sentido: um de quem fala, outro de quem procura entender: interpretar é interpretar outra interpretação.

Nesses termos, a interpretação é um *continuum* redundante, uma espécie de significante que se recarrega e se reproduz continuamente, pois ela se estende ao infinito sem que nada se encontre para interpretar que não seja uma outra interpretação. Isto é, tudo é interpretável, inclusive o que é interpretar.

Por isso, como condição da comunicação, costuma-se submeter a interpretação a um ponto final em que ela não restitui um novo significado interpretável a uma nova interpretação, um significado que cesse de fornecer outro significado. Porém, como essa condição é precária – sempre haverá um outro ponto de vista __, para que possa haver uma interpretação definitiva, é preciso que ao menos um ato doador de sentido prevaleça: mas como reconhecê-lo e fundá-lo?

É essa conjuntura social que, em termos institucionais, conduz o direito à chamada interpretação autêntica.

Na tripartição, temos o Legislador e a legislação como positivação normativa de um sentido que um outro, o Executivo, interpreta e trabalha. Afirma-se, portanto, a existência de dois atos doadores de sentido: um que se positiva mediante a legislação e outro que, para sua efetivação, procura interpretá-lo. Mas como a

interpretação é um *continuum* redundante, na prática jurídica, o aforismo *não há lei sem interpretação* mostra a relevância do eixo paradigmático, o eixo da interpretância, da interpretação da interpretação. Na presunção de que o uso da língua natural pelo Legislador coloca o intérprete diante de ambiguidades e vaguezas inerentes às palavras, posto que a língua se constrói mediante metáforas que vão multiplicando os significados, assinala-se aí o papel do Judiciário e nele o de uma Corte Suprema: o de contornar o sério problema do *continuum* interpretativo, opondo-lhe um fim.

Porém, para pôr um fim mediante decisão é preciso interpretar. Na tradição do senso comum jurídico, aquela tradição que vem do século XIX, aí aparece o papel realizado pela doutrina, como mediadora entre a legislação e a jurisprudência.

No Brasil, o Barão de Ramalho, reportando-se a Savigny (*a interpretação não é mais do que a reconstrução do pensamento do legislador*)², propunha: “no direito se usa de termos que têm vulgarmente significação muito diversa da jurídica”. Afinal, o “legislador escreve a linguagem do jurisconsulto e este fala a do direito; para se conhecer, pois, o pensamento do legislador, é preciso que o intérprete conheça já a linguagem do direito, e como cada país tem leis especiais, por isso a linguagem do legislador não pode ser bem entendida senão por quem conhecer a linguagem em que ele fala” (1984/p. 98).

Esse texto põe em relevo o paradigma da interpretância mediante a doutrina: interpretar é capacitar-se para apontar o alcance do direito em vista de possíveis conflitos concretos (interpretação estrita, extensiva, restritiva, analógica). O que o jurista-doutrinador faz, é tornar possíveis conflitos concretos objeto doutrinário, isto é, definidos em termos jurídicos, em termos de significados juridicamente reconhecíveis. Esse trabalho da doutrina, que fazia parte de um quadro cultural mais amplo, sintetizado nos quadros do Estado de Direito sob o viés do liberalismo, punha relevo na força da fonte legislada, que adquiria uma centralidade capaz de produzir um saber que gravitava em torno da legislação (vontade do povo, soberania popular). Mas, numa linha que sublinha essa presença forte do direito legislado e codificado, uma espécie de legolatria, a subsunção, com todas as suas variantes (método

² Cinco lições de hermenêutica jurídica, 1872/ Saraiva, São Paulo, 1984.

teleológico, histórico, valorativo etc.), viria a ocupar um lugar referencial relevante no esquema *legislação/doutrina/jurisdição*.

Pois bem, hoje, a sensação é de uma crise desse paradigma.

Os problemas da identificação do direito e da sua interpretação passam a gravitar em torno das justificações da própria decisão jurisdicional, que são transformados em dados preceptivos ao lado de outros (dos legislativos e até com vantagem sobre eles). E um sintoma disso é a assimilação da hermenêutica jurídica pela teoria da argumentação.

Nessa nova perspectiva, a subsunção é, aos poucos, sobrepujada pela ponderação de princípios, pois os juízes não aplicam apenas a legislação, mas fazem constantes referências aos princípios jurídicos. Antes, os princípios eram invocados para integrar o direito apenas nos casos de lacunas (nesse sentido deles fala a Lei de Introdução). Agora, o juiz tem uma liberdade muito maior para reconstruir e até construir o direito, que antes era assumido como um dado codificado. Não se interpreta conforme a lei, mas apesar da lei.

Mesmo porque o rol de princípios admitidos não se limita a princípios expressos ou pressupostos na legislação, mas são “descobertos” (inventados) a partir das exigências decisórias. Não que isso não ocorresse no passado por força de extrações doutrinárias na interpretação do material contido no ordenamento. À diferença disso, agora essa tarefa cabe à jurisprudência como suporte direto do sentido da legislação na decisão do caso concreto.

Desse modo, em consequência, a tensão interpretativa se desloca do esquema *legislação/doutrina/jurisdição para legislação/jurisdição/doutrina* e, no limite, até para *jurisdição/legislação/doutrina*. Ou seja, passamos da centralidade da lei para a centralidade da jurisdição.

Temos então uma crise da lei e da legalidade, do modelo do direito dos códigos, uma desconfiança de que mediante a lei (a velha *legolatria*) problemas sociais possam ser resolvidos.

Com isso, como a justificação da decisão jurisprudencial ganha uma importância inédita, isto é, como os problemas da identificação do direito e da sua interpretação passam a gravitar em torno das justificações da decisão, que são transformados em dados preceptivos, com vantagem sobre os dados legislativos, surge uma teoria

principialista e argumentativa, de clara matriz anglo-saxônica. Para essa concepção, os direitos codificados são regras submetidas a princípios e, por isso, objeto de ponderação e não de subsunção. Na subsunção são os fatos, tal como ocorridos, é que contam. Na ponderação, é a efetividade, os efeitos consequentes, o modo de entendimento adequado aos interesses sociais, políticos e econômicos, que contam, o que os operadores do direito acabam por repetir e seguir por sua força persuasiva. Ponderação de princípios é uma técnica que, na verdade, esconde uma tensão (Frederick Schauer³). As prescrições normativas (regras) teriam por base generalizações (princípios) acerca de seus efeitos positivos (um bem) ou negativos (um mal), tendo em vista aquilo que a conduta regulada, categoricamente ou sob determinada condição, pode causar.

Tensões aparecem então entre a regra e sua justificação. Da tensão entre a regra e a justificação resulta a ponderação de princípios, caso em que a regra se mostra *sub-inclusiva* com relação a sua justificação (seu *telos* principiológico), exigindo a inclusão de casos para os quais o princípio autoriza alcançar um objetivo desejado. Não se trata de *ponderação entre princípios*, mas *adoção* de um princípio para a criação de regra nova. Na palavra de Lenio Streck, passamos da *proibição de excesso* (Übermassverbot) à *proibição de deficiência* (Untermassverbot)⁴.

Nessa nova situação, o Poder Judiciário, diante da tensão entre a tomada de decisão (ílico/ílico, constitucional/inconstitucional) e a pressão das questões sociais, políticas e econômicas, quando um tribunal, em casos expressos e delimitados, declara a licitude ou ilicitude de uma conduta, ou uma Corte Suprema, em última instância, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei, deixa de levar em conta, primariamente, o sentido legislativo da norma submetida a controle, para adotar um sentido que leva em conta padrões genéricos do seu contexto social: é o sopesamento entre as exigências de fixação de um sentido jurídico e a imposição decorrente de efeitos sociais.

³ *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

⁴ Em Neoconstitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições, *Revista de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: IHJ, n. 2, 2004.

Esse sopesamento, hoje, é uma prática política confiada aos juízes, que conduz, no limite, aos efeitos desintegradores da *[ultra]politização do direito* e da *[ultra]judicialização da política*. O que se observa, então, é que o próprio exercício da jurisdição, antes neutralizado politicamente pelo princípio da tripartição dos poderes, ganha ostensivos contornos políticos, mediante os quais a exigência de prognósticos na tomada de decisão torna o *veredicto* (antes um *veritas dicere*) um *prognóstico*, uma antecipação política dos efeitos políticos, sociais, econômicos.

O que, simultaneamente, culmina numa espécie de desorientação na dogmática ao encarar a extração interpretativa da competência normativa de um tribunal, a ele conferida nos limites da Constituição: os procedimentos de interpretação na aplicação de princípios constitucionais, que pressupõem que o aplicador esteja autorizado a articular e qualificar o interesse público posto como um objetivo pelo preceito constitucional, agora parecem reforçar uma certa discricionariedade significativa, às vezes, de cunho individual e personalista.

Essa discricionariedade implica que os preceitos constitucionais passem a estar submetidos a uma fragmentação, donde, então, o chamado *consequencialismo jurídico*, a justificar o ativismo judicial mediante uma reinterpretação de instrumentos jurídicos.

Desse ângulo, o que ocorre é que, como se supõe que a fixação de objetivos traduz valores que, no entanto, por si sós não permitem a percepção de diretrizes vinculantes, deve caber ao aplicador/intérprete direcionar a configuração da ordem social desejada, como critério a partir do qual se dará a realização de projetos políticos que se definem com base em casos relevantes.

Nesse caso, o raciocínio passa a lidar com a produção normativa (leis, regras, regulamentações, políticas estatais), em termos de realização legítima do ordenamento. O que implica o controle da juridicidade, não na perspectiva de um dado temporalmente passado, mas de uma abertura para o futuro.

O controle assume, assim, o objetivo de determinar o *sentido* vinculante da *normatividade* numa perspectiva de inovação, capaz de dar conta não só nem tanto do que sucedeu, mas do que possa suceder. Por isso, diante do ato e da omissão em face das prescrições políticas de Estado, em lugar da presunção de uma ordem

normativa, o que agora se exige é uma espécie de capacidade de lidar com sua repercussão futura. A jurisdição torna-se gestão.

Com isso, num claro “deslizamento” do mundo codificado para o mundo das tomadas de decisões, a questão deixa de ser, propriamente, a possibilidade de uma interpretação juridicamente correta ou objetivamente válida para tornar-se uma busca de qual interpretação estaria melhor ou suficientemente bem justificada diante das exigências de legitimação de consequências futuras dos casos a decidir: as decisões parecem adquirir uma forma complexa de organização conforme um modelo que propicia decisões a partir de *standards* que elas mesmas produzem. Ou seja, um modelo de controle nem escatológico nem mesmo em rede, mas nômade, pois capaz de produzir diferenças assistemáticas e inesperadas, dividindo e abrindo, sendo possível diferenciar e sintetizar ao mesmo tempo.

Segue daí o aparecimento de formas (alternativas) na condução da jurisdição, orientada mais fortemente pela mudança do que pela manutenção, e que desemboca numa espécie de “learning by monitoring”, uma práxis que se deixa observar, por exemplo, na concessão de liminares pelo Supremo, cujos conflitos, mediante juízos *ad hoc*, permanecem em suspense ao longo do tempo. Donde, por consequência, uma sutil mudança no sentido da própria competência jurisdicional do STF: em lugar de um poder para decidir ela aparece como uma decisão por poder (não um *decido porque posso*, mas um *posso porque decido*). O que registra, afinal, uma competência, que, ao possibilitar a abertura para o novo, constitui, na verdade, uma abertura para o desconhecido.

Ou seja, parte-se de conhecimentos fragmentários ou de conjuntos preceptivos regionalizados, entendidos como alternativas para problemas para os quais se buscam decisões sem compromissos holísticos. Isto é, uma decisão *possível entre outras*, mas dotada de relevância maior para um *projeto concretamente identificado*. E aqui entra o papel da análise econômica do direito.

A incidência de normas sobre fenômenos ou relações da economia sempre suscitou problemas de interpretação. Tradicionalmente, a relevância do fato econômico no direito admite algumas versões. Uma primeira entende que, diante do fato econômico, o direito fornece “conteúdos conceituais”, devendo a interpretação conformar-se a eles. Uma segunda versão entende o direito como uma espécie de

“corretivo geral”: o direito dá o “núcleo conceitual”, permitindo uma ampliação para situações econômicas próximas. Uma terceira, que as situações econômicas entram no direito por força da interpretação teleológica: de caso para caso, o intérprete deve buscar o conteúdo de um dado econômico que uma lei acolhe como seu fim.

Hoje, desafiada por uma “cultura do consequencialismo”, surge uma cultura de superfície, na qual “momentos de intensidade” agrupam-se e enfileiram-se, reforçando a terceira versão, mas com uma exigência de maior proximidade com uma realidade prospectiva; e que começa a exigir o desenvolvimento continuado de pesquisas baseadas em modelos econômicos apoiados juridicamente muito mais do que modelos jurídicos apoiados economicamente.

Ou seja, ao invés de interpretação jurídica dos fundamentos econômicos, interpretação econômica dos fundamentos jurídicos. O que traduz uma escolha, nem sempre manifesta, entre fazer aquilo que é correto e aquilo que atende a uma finalidade, conflito que se expressa na distinção entre teorias deontológicas e teleológicas da decisão.

As teorias deontológicas correspondem a um ideal de vida humana consistente em agir corretamente segundo as regras e princípios, no que as ideias de dever e correção são os temas centrais. Em termos de controle da constitucionalidade, por exemplo, a dicotomia constitucional/inconstitucional. As teorias teleológicas correspondem ao ideal de vida humana, consistente na tentativa de satisfação de determinados fins considerados bons, em que a ideia de *função* constitui o tema central. No controle da constitucionalidade, a introdução na dicotomia de novas alternativas como inconstitucionalidade *ex nunc*, interpretação conforme e até desprezo da literalidade em favor de uma finalidade maior (caso da imunidade religiosa: art. 150, VI, “b” – templos: o texto fala em “impostos”, mas o STF entende que a proteção deve se estender a nenhum “tributo”, inclusive taxas, se estas recaírem sobre a atividade essencial, num exemplo de ativismo finalístico contra a letra constitucional e legal).

Como, porém, decisões dessa natureza implicam escolhas que não têm a garantia de ser sempre bem sucedidas como guia de orientação, o papel exercido pela análise econômica leva ao risco de que, ao tomar-se o dado econômico como argumento fundante da decisão, não se o usa para aumentar uma certeza (no sentido de

generalidade correta), mas, ao aumentar a variedade de pontos de vista surgidos dos casos a decidir, para legitimar novas e novas ponderações, tendo em vista novas e novas consequências (no sentido funcional de produzir um efeito aceitável).

Em termos e argumentação é o que se percebe com o uso de princípios, agora assumidos como capazes de justificar uma decisão legitimadora de possíveis consequências futuras. Desse modo, decisões deixam de constituir um núcleo duro, pois ganham uma qualidade de tentativa, visto que não fecham nem concluem, criando, por isso mesmo, a possibilidade de tomar decisões em uma amplitude muito maior que decisões em bases fechadas. Eles deixam, assim, de servir como um fundamento pressuposto de unidade do sistema normativo, para abrir-se a um jogo de equivalências argumentativas.

Mas, desse modo, uma enorme contingência é gerada, com reflexos na certeza e na segurança jurídicas.

Curiosamente, contudo, vale observar que, na prática jurisprudencial, essa contingência não parece incomodar, pois, uma hierarquia dotada de unidade principiológica soa antes como improdutiva e ineficiente para a realização do projeto jurisdicional. Como a análise econômica ganha peso legitimador, as decisões, mesmo que fragmentárias, alinharam-se com um compromisso: a efetivação realizadora das consequências legais. O ponto principal de referência, para essa espécie de conexão, é a adequação de normas jurídicas a interesses e ideias, aceitos e estabilizados no interior de uma dada sociedade.

Com isso, porém, na medida em que decisão jurisdicional sempre foi decisão sobre um fato no passado, com base num diagnóstico, e economia, decisão gestora, com base num prognóstico para o futuro, conduz-se o raciocínio a certa confusão sistêmica entre direito e análise econômica. Enquanto para um sistema jurídico tradicional a legislação é um estatuto prevalecente, para efeitos de uma interpretação consequencialista ela é um instrumento político, no sentido de políticas econômicas instrumentais (aquel que muda o estado das coisas) ainda que apenas políticas simbólicas (que não mudam o estado das coisas).

Em conclusão.

De um lado, todas essas transformações mostram, hoje, no plano da instância constitucional, uma espécie de migração do poder constituinte para o poder

derivado: o poder constituinte derivado passa a se identificar o *demos* nacional – o povo –, mas com processos decisórios fragmentados, concentrados ou incidentais, ainda que fundados na presunção de uma generalidade racional.

O que conduz parte da doutrina contemporânea a apontar, de um lado, uma espécie de mutação informal da Constituição, mediante o reconhecimento do papel maior da Corte constitucional, inclusive no próprio campo do controle de constitucionalidade, como uma transformação na rígida separação de poderes⁵.

De outro lado, porém, fica claro que não existe mais nenhuma dinâmica constitucional abrangente, que abarque toda a sociedade nacional, pois estamos diante de processos extremamente heterogêneos, ora mediante decisões ostensivamente legiferantes da Corte Suprema, ora mediante um jogo de afirmação/reafirmação, em que o Legislativo busca constitucionalizar o que foi declarado inconstitucional ou legalizar o que foi considerado ilegal, ora dispersando-se numa multiplicidade de agentes potenciais, de energias e forças sociais.

Diante disso, o desafio é captar a forma como os raciocínios jurídicos estão se formando hoje, ver como eles se formam e como podem ser capturados doutrinariamente, mas não como exceções – em face do sistema tradicional –, mas como algo com características próprias que tendem a prevalecer.

Ou seja, dada essa prevalência, talvez seja necessário repensar, na medida em que a análise econômica tende a ampliar o seu papel na decisão jurídica, a adequação de implicações econômicas em procedimentos jurisdicionais que, por voltar-se para o futuro, não são controláveis rigorosamente, o que exige lidar com questões jurídicas como problemas de previsão de efeitos (prognósticos) e decisões como instrumento para uma finalidade prospectiva (gestão).

Bibliografía

BARROSO, M. L. R. Neoconstitucionalismo: ontem, os códigos; hoje, as constituições, *Revista de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: IHJ, n. 2, 2004.

DE RAMALHO, B. Cinco lições de hermenêutica jurídica, 1872/ Saraiva, São Paulo, 1984.

⁵ Cf, por todos, Gilmar Mendes, *O papel do Senado Federal no controle da constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*, em Revista de Informação Legislativa, 162, 2004.

Tercio Sampaio Ferraz Junior

Ativismo judicial e análise econômica do direito

LUHMANN, N. Legitimation durch Verfahren, Neuwied, 1969.

MENDES, G. *O papel do Senado Federal no controle da constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*, em Revista de Informação Legislativa, 162, 2004.

SCHAUER, F. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

Cómo citar: Ferraz Junior, T. S. (2025). Ativismo judicial e análise econômica do direito. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 6(17), 213-224.



Esta obra está bajo una licencia internacional [Creative Commons Atribución 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).