

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA PROGRAMA**  
**DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E**  
**PRODUÇÃO DO DIREITO**

**EM BUSCA DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL:  
POSSIBILIDADE E LIMITES DA ANÁLISE ECONÔMICA NA  
COLABORAÇÃO PREMIADA**

**FREDERICO WELLINGTON JORGE**

**Itajaí, julho de 2019.**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA PROGRAMA**  
**DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E**  
**PRODUÇÃO DO DIREITO**

**EM BUSCA DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL:  
POSSIBILIDADE E LIMITES DA ANÁLISE ECONÔMICA NA  
COLABORAÇÃO PREMIADA**

**FREDERICO WELLINGTON JORGE**

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

**Orientador: Professor Dr. Osvaldo Agripino de Castro Júnior**

**Itajaí, julho de 2019.**

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus que, em todos os desertos que atravessei sempre, absolutamente sempre, esteve ao meu lado, guiando e iluminando meu caminho, por mais distante que eu estivesse. Obrigado Senhor!

Agradeço também, com especial referencia, ao Professor Doutor Osvaldo Agripino que, na honrosa condição de orientador me orientou sempre, com brilhantismo, paciência e maestria, o que, alias, é uma virtude que lhe faz ser tão admirado. Obrigado professor e amigo, sempre que necessitei estava ali pronto a me ajudar.

Quero ainda trazer especial referencia a um verdadeiro amigo, aquele que estava puxando minha orelha quando necessário, me incentivando, cobrando e me elogiando nas mais diversas etapas dessa empreitada. Seu companheirismo e fidelidade foi fundamental ao desenvolver desse trabalho, honrando, indubitavelmente, o papel que ocupa em minha vida – um verdadeiro amigo. Sou grato por tudo meu grande amigo Dr. Waldemar Moreno Júnior.

Ao meu falecido pai, Vicente Jorge Filho, e a Dona Lídia, minha amada Vovó, onde quer que estejam, sempre amarei vocês e garanto que tenho na trilha deixada pelos seus passos meu exemplo de vida. Não sequer um dia de minha vida que não lembre do carinho, dos beijos e palavras de vocês... Deus os iluminem.

A minha amada esposa Patricia que, sem ela, certamente não teria alcançado mais esse degrau em minha vida. Todas as minhas ações são guiadas pelo amor que sinto por você. Em primeiro lugar, em tudo e a todo tempo está você e certamente essa é a razão de toda a minha felicidade. Peço desculpas pelas minhas ausências e distanciamentos, pelas madrugadas ausentes durante toda esta etapa mas agora, finalmente, quero recompensá-la e sufocá-la com meu amor incondicional. Seu altruísmo é peculiar pois, mesmo nos momentos de maior dificuldade por mim enfrentada você estava ali ao meu lado, encorajando-me e colocando-se muitas vezes em segundo plano para que eu brilhasse. Sou eternamente grato a ti, hoje e sempre. Obrigado minha linda, amo você mais que

tudo...

Não posso deixar de agradecer ao meu enteado Victor, você que dentro de sua imensurável capacidade e inteligência sempre me apoio, me cobrando e incentivando para que eu escrevesse cada vez mais, além de discutir comigo minhas aflições e dúvidas, o que, incontáveis vezes me deu tranquilidade e confiança. Obrigado por estar ao meu lado.

Finalmente as minhas filhas Eduarda e Giovanna – o que me faz acordar todos os dias e agradecer a Deus por existirem em minhas vidas. Haaaaa!!! como as amo, por mais clichê que pareça é impossível descrever com todas as palavras já conhecidas pela humanidade o que é amor que sinto por vocês...

Minha Florzinha Duda e Gigi minha bonequinha, perdão pelas minhas ausências, mas saibam que meu amor nunca ficou longe e, prometo que, nunca, nunca mesmo, *never more*, me distanciarei de vocês por toda minha vida.

Por fim, a todos que de alguma forma contribuíram para essa empreitada mesmo que, muitas vezes, eu deixasse transparecer minha desilusão e desânimo em seguir em frente. Sou grato!

## DEDICATÓRIA

Esse trabalho, sem dúvida,  
consagra uma importante e árdua fase da vida e,  
portanto, devo dedica-lo às pessoas mais importantes,  
minha florzinha Eduarda, a bonequinha Giovanna e a linda Patricia.

Amo vocês mais que tudo.

Obrigado por fazerem (parte de) minha vida.

Sem vocês nada faz sentido.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

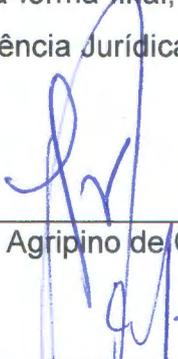
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, julho 2019.

**FREDERICO WELLINGTON JORGE**

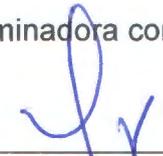
**Doutorando**

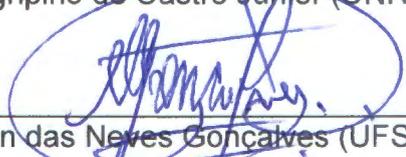
Esta Defesa de Tese foi julgada APTA para a obtenção do título de Doutor em  
Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de  
Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

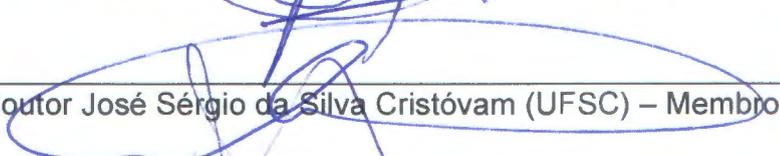
  
\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Osvaldo Agripino de Castro Junior - Orientador

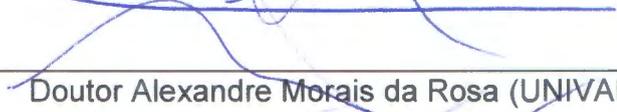
\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz  
Coordenador/PPCJ

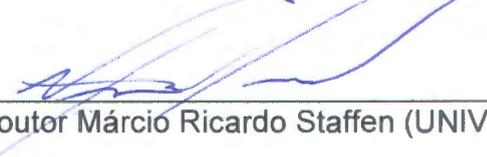
Apresentada perante a Comissão Examinadora composta pelos Professores

  
\_\_\_\_\_  
Doutor Osvaldo Agripino de Castro Junior (UNIVALI) – Presidente

  
\_\_\_\_\_  
Doutor Everton das Neves Gonçalves (UFSC) – Membro

  
\_\_\_\_\_  
Doutor José Sérgio da Silva Cristóvam (UFSC) – Membro

  
\_\_\_\_\_  
Doutor Alexandre Morais da Rosa (UNIVALI) - Membro

  
\_\_\_\_\_  
Doutor Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 27 de agosto de 2019.

## ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.	ano
ABDConst.	Academia Brasileira de Direito Constitucional
AED	Análise Econômica do Direito
art.	artigo
atual.	atualizado(a)
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
Coord.	Coordenador
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
EC	Emenda à Constituição
ed.	edição
FMI	Fundo Monetário Internacional

ICANN	<i>Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i>
inc.	inciso
Lindb	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro(a)
M.S.	Mandado de Segurança
n.	número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
p.	página
PIB	Produto Interno Bruto
R.E.	Recurso Extraordinário
R.E – AgR.	Recurso Extraordinário em Agravo Regimental
R.Esp	Recurso Especial
reimp.	reimpressão
rev.	revisto(a)

SIMCO	Sistema de Monitoramento de Colaboração
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí
v.	volume

## ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias<sup>1</sup>, com os seus respectivos conceitos operacionais<sup>2</sup>, organizados em ordem alfabética, que o autor considera fundamentais para a compreensão da temática, e que serão retomadas com maior rigor durante a exposição da temática.

**Análise Econômica do Direito:** conjunto de estudos econômicos que se fixam em um conhecimento detalhado de alguma área do Direito; seja o estudo feito por jurista, por economista ou por alguém que tenha ambos títulos ou uma equipe formada multidisciplinar. Desta forma há duas vias de aplicação do Direito, o método econômico, movido pelo intervencionismo ou, com o uso da microeconômica aplicada na análise do Direito<sup>3</sup>.

**Barganha:** “Define-se barganha como o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução da pena), negociando e pactuando entre as partes ou somente esperado pelo acusado. Assim, são elementos essenciais à barganha a renúncia à defesa (desfigurando a postura de resistência e contestação do acusado), a imposição de uma punição antecipada e a esperança do réu em receber algum benefício por tal consentimento (ou em evitar uma punição em razão do exercício de seus direitos).”<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Denomina-se Categoria “a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008, p. 25)

<sup>2</sup> Conceito Operacional é a “definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008, p. 37)

<sup>3</sup> POSNER, Richard A. **Economic analysis of law.** 8. ed. Chicago: Aspen, 2010, p. 16-17.

<sup>4</sup> VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro.** São Paulo: Ibecrim, 2015, p. 68.

**Colaboração Premiada:** “A colaboração premiada é um negócio jurídico processual personalíssimo, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o imputado colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal (...). Note-se que a Lei n. 12.850/13 expressamente se refere a um ‘acordo de colaboração’ e às ‘negociações’ para a sua formalização, a serem realizadas ‘entre delegado de polícia’, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor’ (art.4º, §6º), a confirmar que se trata de um negócio jurídico processual.”<sup>5</sup>

**Constituição:** “[...] a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.<sup>6</sup>

**Constitucionalismo:** Segundo Maurizio Oliviero<sup>7</sup>, o constitucionalismo, como produto de um processo dialético insere no texto constitucional de um lado, aspectos de teoria política e jurídica e, por outro lado, características ideológicas e técnicas. A consequência destes caracteres legitima as ações das instituições provendo-as com uma forma jurídica para limitação do poder.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 127.483. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, Diário da Justiça nº 181, de 14 de Setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?dataPublicacaoDj=5&incidente=4747946&codCapitulo=2&numMateria=26&codMateria=4>>. Acesso em: 12 de maio de 2019.

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 51-52.

<sup>7</sup> OLIVIERO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Le costituzioni del Maghreb. Con traduzione dei testi vigente, prefazione di Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003, p. 01.

**Devido Processo Legal:** consubstancia-se, na garantia conferida constitucionalmente, interessada na consecução dos direitos e garantias fundamentais através de um processo materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com compulsória concretização de todos os direitos corolários, e num prazo razoável<sup>8</sup>.

**Direitos Fundamentais:** *“Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista. [...] Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial, y, por supuesto que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos. [...] En tercer lugar, los derechos fundamentales son una realidad social, es decir, actuante en la vida social, y por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad.”*<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdiccional**. São Paulo: RT, 1993, p. 19.

<sup>9</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los derechos: el tiempo de la historia. In: \_\_\_\_\_. **Curso de derechos fundamentales**. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 109-112. Tradução livre: “Uma pretensão moral justificada, tendente a facilitar a autonomia e independência pessoal, enraizada nas ideias de liberdade e igualdade, com nuances que contribuem com conceitos como a solidariedade e segurança jurídica, e construídas pela reflexão racional na história do mundo moderno, com as contribuições sucessivas e integradas da filosofia moral e política liberal, democrática e socialista. [...] Um subsistema dentro do sistema legal, a lei dos direitos fundamentais, o que significa que a reivindicação moral justificada é tecnicamente incorporada em uma regra, o que pode forçar os destinatários a correlacionarem-se com as obrigações legais que surgem para que o direito seja efetivo, que é capaz de garantia ou proteção judicial, e, claro, que pode ser atribuído como um direito subjetivo, liberdade, autoridade ou imunidade a detentores específicos. [...] Terceiro, os direitos fundamentais são uma realidade social, isto é, atuam na vida social e, portanto, condicionados em sua existência por fatores extra-legais de natureza social, econômica ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade.”

**Eficiência:** o postulado à eficiência econômica partindo de critérios de utilidade ordinal, com foco no comportamento humano e, prioritariamente preocupada com critérios de compensação, de modo a sistematizar as preferências individuais manifestadas na sociedade de mercado, de modo que aquilo que outrora recebeu o nome de prazer, agora seria benefício, e a dor se chamaria custos.<sup>10</sup>

**Estado:** na acepção política Moderna, passa a ser conceituado como um grupo social que vive em determinado espaço territorial, sob a égide de um sistema normativo e governado por representantes políticos. Vislumbra-se, nestes termos, a coabitação de um elemento humano, espacialmente organizado em torno de uma ordem política soberana.

**Estado Constitucional Moderno:** “[...] deve ser entendido como aquele tipo de organização política surgida das revoluções burguesas e norte-americana nos séculos XVIII e XIX, que tiveram como principais características a soberania assentada sobre um território, a tripartição dos poderes e a paulatina implantação da democracia representativa.”<sup>11</sup>

**Globalização:** Significa “o transbordamento das fronteiras do Estado Constitucional moderno, a partir da hegemonia do capitalismo e do avanço do neoliberalismo. Apesar de questionável, é ainda o melhor termo para caracterizar a mudança global que tomou impulso com a derrocada do comunismo do leste europeu”.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> COPETTI NETO, Alfredo. A filosofia política utilitarista de Jeremy Bentham e o movimento law and economics difundido na University of Chicago: algumas considerações elementares. ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Barbará. **Análise econômica do direito:** desafios da leitura da economia no Brasil. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 19-20.

<sup>11</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. *In:* CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2009, p. 56.

<sup>12</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI.** Itajaí: Univali Editora, 2011, p. 105.

**Jurisdição:** não é apenas a expressão de um poder ou instrumento do Estado<sup>13</sup> para a realização de certos objetivos por ele escolhido, mas, sobretudo, a atividade compulsória dirigida e disciplinada pela norma jurídica, em especial, os direitos e garantias fundamentais. Isto porque, “A jurisdição se organiza para a proteção de direitos e das liberdades, asseguradas na ordem jurídica [...]”<sup>14</sup>.

**Justiça consensual:** “Ao contrário do sistema convencional, afasta-se da cultura da legalidade para cultivar a da legitimidade e do predomínio da dogmática pela dialética da transformação social, superando-se os enfiamentos nas relações interpessoais, (comum no modelo retributivo), valorizando a vontade das partes e respeitando as regras destas”<sup>15</sup>. Nesse sentido, compreende-se como justiça consensual, o modelo resolutivo de conflitos pautado pela construção cooperativa entre todos os atores do processo (penal) com o propósito de conferir maior legitimidade à decisão judicial, não mais sustentada apenas como ato de poder/dever, manifestada através de soluções adjudicadas.

**Organização Criminosa:** “[...] entidades organizadas com pluralidade de agentes, estruturação hierárquica, divisão de funções, elevado poderio econômico e de corrupção, alto grau de intimidação, influência em ações políticas e atividades em níveis locais e internacionais”.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 64.

<sup>14</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 52-55.

<sup>15</sup> NOBRE DA SILVA, Maria Coeli et al. **Justiça restaurativa e mediação: consórcio relevante e indivorciável para conduzir o conflito jurídico-penal**. Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa, 2013, s/p.

<sup>16</sup> SOUZA FILHO, Jayme José de. Investigação criminal à luz da Lei 9.034/95: a atuação de agentes infiltrados e suas repercussões penais. **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 1, n. 2, p. 85, maio/ago, 2006. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11569/10264>> Acesso em: 10 jul. 2017.

**Procedimento:** “o procedimento tem uma noção meramente formal, nada mais sendo do que a direção que os atos processuais tomam, ou seja, o rito a ser imprimido aos atos do processo. Em outras palavras, procedimento é uma coordenação sucessiva de atos que exteriorizam o processo.”<sup>17</sup>

**Processo:** “O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.”<sup>18</sup>

**Sociedade de Mercado:** noção segundo a qual "todas as transações sejam transformadas em transações monetárias" e que "todos os rendimentos devem derivar da venda de algo"<sup>19</sup>. A existência de uma sociedade transnacional de mercado importa no reconhecimento do mercado como um novo padrão de autoridade, lastreada em mercadorias e na moeda, que visa constituir novos padrões (paradigmas<sup>20</sup>) acelerados pela tecnologia e pelas redes globais de comunicação. As pautas paradigmáticas, com posições mercadológicas desafia os interesses primeiros e últimos da humanidade.<sup>21</sup>

**Teoria dos Custos da Transação:** “representa a principal contribuição desta escola, cujas hipóteses podem ser resumidas em três pontos fundamentais: 1) as transações e os custos a ela associados definem diferentes modos institucionais de organização das atividades econômicas; 2) a tecnologia, embora importante aspecto

---

<sup>17</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 27. No mesmo sentido: ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 223; PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 144.

<sup>18</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. p. 68.

<sup>19</sup> POLANYI, Karl. **La grande trasformazione**. Le origini economiche e politiche della nostra época. p. 56.

<sup>20</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 35.

<sup>21</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 197.

da organização da firma, não é determinante da mesma; 3) as falhas de mercado são centrais à análise, o que confere importância às formas institucionais.”<sup>22</sup>

**Transnacionalidade:** ramo de investigação que “objetiva fixar instrumentos normativos além da exclusividade estatal com capacidade de atingir a multiplicidade de atores que se movem por meio de expedientes globais”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> SARTO, Vitor Hugo; ALMEIDA, Luciana Togeiro. A teoria de custos de transação: uma análise a partir das críticas evolucionistas. **Revista Iniciativa Econômica**, v. 2, n. 1. Jan-jun. 2015, p. 03.

<sup>23</sup> STAFFEN, Márcio Ricardo. Legislar por indicadores: a iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores transnacionais. **Revista de Informação Legislativa**: Brasília, v. 56, n. 221, p. 169-193, mar. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril\\_v56\\_n221\\_p169](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p169)

# SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	20
<b>ABSTRACT</b> .....	22
<b>RESUMEN</b> .....	24
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	27
<b>1 O DIREITO: DO ESTADO PARA A SOCIEDADE TRANSNACIONAL DE MERCADO</b> .....	37
1.1 A formação do Estado Moderno .....	37
1.2 Transnacionalismo e o Estado Fragmentado .....	46
1.3 Globalização e transnacionalismo .....	55
1.4 O Direito na Sociedade de Mercado .....	63
<b>2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E COLABORAÇÃO PREMIADA</b> .....	72
2.1 A Análise Econômica do Direito .....	72
2.1.1 O Direito pós-Bretton Woods.....	80
2.1.2 O Direito na visão econômica de Hayek, Nozick, Friedmann .....	83
2.1.3 A Economia na visão jurídica de Castanheira Neves, Ferrajoli e Dworkin.....	89
2.1.4 O controle de custos na teoria de Coase .....	95
2.1.5 A análise econômica das cortes na visão de William Landes.....	100
2.2 COLABORAÇÃO PREMIADA .....	105
<b>3 DECISÃO JUDICIAL E A NECESSIDADE DE UMA HERMENÊUTICA PARA O DIREITO TRANSNACIONAL</b> .....	123
3.1 A teoria da decisão judicial em cenários de circulação de modelos jurídicos ....	123
3.2 A condicionante econômica na teoria da decisão judicial.....	127
3.3 Autonomia da decisão judicial e externalidades .....	130
3.4 Crítica hermenêutica da decisão judicial .....	135
3.5 Em busca de uma hermenêutica para o direito transnacional.....	139

<b>4 EM BUSCA DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE ECONOMICA DO DIREITO NA COLABORAÇÃO PREMIADA .....</b>	<b>148</b>
4.1 O consensualismo como novo modelo jurídico .....	148
4.2 Decisão adjudicada e as externalidades negativas dessa imprevisibilidade.....	153
4.3 Custos das decisões judiciais na economia de mercado transnacional .....	159
4.4 Custos das transações e colaboração premiada.....	162
<b>4 CONCLUSÕES .....</b>	<b>175</b>
<b>5 REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....</b>	<b>187</b>

## RESUMO

A presente Tese de Doutorado está inserida na área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito e tem como objetivo geral fortalecer a Justiça consensual, por meio do uso da Colaboração Premiada, porque se trata de caminho mais efetivo para a redução dos custos de transação e consequente redução das externalidades negativas em uma sociedade transnacional de Mercado. Para alcançar seu objetivo geral, a tese sustenta que é relevante a apreciação de preceitos da Análise Econômica do Direito (AED), especialmente em relação à teoria dos custos, em sede de acordos de colaboração premiada, por entender que a relação entre Direito e Economia é perenizada no seio de sociedades transnacionais de mercado. Nesse cenário, negar a incidência da AED resulta na baixa efetividade das decisões judiciais e na instabilidade extra processual. Diante deste contexto, o Capítulo 1 estuda as relações dinâmicas que propiciaram o fenômeno do transnacionalismo, face a condição de declínio do Estado Moderno e a ampliação da Sociedade Transnacional de Mercado, fazendo com que conceitos clássicos sejam alterados. No Capítulo 2 são enfrentadas as bases teóricas de lastro para a AED considerando desde seus atributos centrais, posições defensivas e argumentos críticos até sua confluência com a noção de colaboração premiada. Especificamente neste capítulo é de maior densidade a abordagem sobre os contributos de Ronald Coase, Richard Posner e William Landes. O Capítulo 3 versa sobre a necessidade de uma hermenêutica jurídica que consiga dialogar com preceitos econômicos e com situações de mercado, de modo que o ato de dizer o Direito não se traduza em construções desprovidas de facticidade. O último capítulo avança para sendas próprias da tese, defendendo a utilização da AED, sob o aspecto dos teoremas de Coase e Landes para pautar os limites e possibilidades dos acordos de colaboração premiada, em uma sociedade transnacional de mercado. Em síntese, a confluência dos argumentos consignados aponta para a necessidade inafastável de que, na fase de celebração dos acordos de colaboração premiada, seus atores, especialmente aqueles relacionados com a tutela jurisdicional, ao lado dos requisitos colaborativos, ponderem e avaliem os custos econômicos relacionados com a deliberação, tanto no contexto estatal, como suas projeções e impactos transnacionais. Não se pode,

sob risco das variações econômicas em sede de sociedades transnacionais de mercado, que o ato de colaboração premiada seja consumado apenas sobre o afã inquisitorial advindo da jurisdição.

**Palavras-chave:** Transnacionalidade; Estado; Análise Econômica do Direito; Colaboração Premiada; Consensualidade.

## **ABSTRACT**

*This PhD thesis is part of the area of concentration Constitutionalism, Transnationality and Production of Law. Its general objective is to strengthen consensual justice, through the use of Awarded Collaboration, as this is a more effective way to reduce transaction costs and consequently, reduce negative externalities in a transnational market society. In order to achieve its general objective, the thesis holds that the appreciation of the precepts of Economic Analysis of Law (EAL), especially in relation to cost theory, based on awarded collaboration agreements, is important because it understands that the relationship between Law and Economics is perennial in transnational market corporations. In this scenario, denying the incidence of EAL results in low effectiveness of judicial decisions and extra procedural instability. Thus, the first chapter studies the dynamic relations that led to the phenomenon of transnationalism, given the condition of decline of the Modern State and the expansion of the Transnational Market Society, causing a shift in the classic concepts. The second chapter addresses the theoretical bases for EAL, considering its key attributes, defensive positions and critical arguments until its confluence with the notion of awarded collaboration. Specifically, in this chapter, the contributions of Ronald Coase, Richard Posner and William Landes are covered in more depth. The third chapter is focuses on the need for a legal hermeneutics that can dialogue with economic precepts and market situations, so that the act of speaking the Law does not translate into constructions devoid of facticity. The final chapter advances in terms of the thesis, defending the use of EAL, under in the aspect of the Coase and Landes' theorems to guide the limits and possibilities of awarded collaboration agreements in a transnational market society. In summary, the confluence of the arguments put forward points to the unavoidable need, when entering into awarded collaboration agreements, for its actors – especially those related to judicial protection – to weigh and evaluate not only the collaborative requirements, but also the economic costs related to the decision, both in the context of the state and in its transnational projections and impacts. Due to the risk of economic variations in transnational market societies, acts of awarded collaboration should not be consummated based solely on the inquisitorial zeal of the jurisdiction.*

**Keywords:** *Transnationality; State; Law and Economic; Award Winning Collaboration; Consensuality.*

## **RESUMEN**

*Esta tesis doctoral es parte del área de Constitucionalismo, Transnacionalidad y Producción de Derecho. El objetivo general de esta tesis doctoral es fortalecer la justicia consensual, mediante el uso de la colaboración otorgada, porque es una forma más eficaz de reducir los costos de transacción y, en consecuencia, de reducir las externalidades negativas en una sociedad de mercado transnacional. Para lograr su objetivo general, la tesis sostiene que la apreciación de los preceptos del Análisis Económico de la Ley, especialmente en relación con la teoría de costos, en acuerdos de colaboración entre premios, es importante porque entiende que la relación entre Ley y Economía es perenne en corporaciones transnacionales. En este escenario, negar la incidencia del análisis económico de la ley da como resultado la baja eficacia de las decisiones judiciales y la inestabilidad procesal adicional. En este contexto, el primer capítulo estudia las relaciones dinámicas que propiciaron el fenómeno del transnacionalismo, dada la condición de declive del Estado moderno y la expansión de la Sociedad de Mercado Transnacional, lo que provocó cambios en los conceptos clásicos. En el segundo capítulo, se consideran las bases teóricas para el análisis económico de la ley, considerando desde sus atributos centrales, posiciones defensivas y argumentos críticos hasta su confluencia con la noción de colaboración entre premios. Específicamente en este capítulo, el enfoque sobre las contribuciones de Ronald Coase, Richard Posner y William Landes es de mayor densidad. El tercer capítulo trata sobre la necesidad de una hermenéutica legal que pueda dialogar con los preceptos económicos y las situaciones del mercado, de modo que el hecho de decir la ley no se traduzca en construcciones sin facticidad. El último capítulo avanza en términos de la tesis, defendiendo el uso del Análisis Económico del Derecho, en el aspecto de los teoremas de Coase y Landes para guiar los límites y posibilidades de los acuerdos de colaboración entre premios en una sociedad transnacional de mercado. En resumen, la confluencia de los argumentos expuestos apunta a la inevitable necesidad de que, en la fase de celebración de los acuerdos de colaboración adjudicados, sus actores, especialmente los relacionados con la protección judicial, junto con los requisitos de colaboración, ponderen y evalúen los costos económicos relacionados. con la deliberación, tanto en el contexto estatal, como en sus*

*proyecciones e impactos transnacionales. No es posible, bajo el riesgo de variaciones económicas en las sociedades transnacionales de mercado, que el galardonado acto de colaboración sea consumado solo en el celo inquisitorial proveniente de la jurisdicción.*

**Palabras clave:** *transnacionalidad; Estado Análisis económico del derecho; Colaboración premiada; Consensualidad.*

**BANCA EXAMINADORA DA TESE DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA DA  
UNIVALI**

**Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz  
Coordenador do PPCJ**

A Banca deve ser integrada no mínimo por cinco Professores Doutores, entre eles o Orientador. Quando houver Coorientador designado este também deve participar. Não havendo Coorientador, serão designados outros dois membros.

**Prof. Dr. Orientador**

**Prof. Dr. Coorientador no PPCJ-UNIVALI**

**Prof. Dr.  
Coorientador na Universidade Estrangeira**

**Prof. Dr. Membro**

## INTRODUÇÃO

A presente tese de doutoramento tem como objetivo geral fortalecer a Justiça Penal Consensual, por meio do uso da Colaboração Premiada, porque se trata de caminho mais efetivo para a redução dos custos de transação e consequente redução das externalidades negativas em uma sociedade transnacional de Mercado.

Nesse sentido, compreende-se como Justiça Consensual, o modelo resolutivo de conflitos pautado pela construção cooperativa entre todos os atores do processo (penal) com o propósito de conferir maior legitimidade à decisão judicial, não mais sustentada apenas como ato de poder/dever, manifestada através de soluções adjudicadas.

Em relação à Colaboração Premiada, a presente pesquisa conducente à tese, sustenta os expedientes pelos quais envolvidos em práticas delitivas e, sujeitos à incriminação, oferecem aos órgãos responsáveis pela persecução penal e formação da culpa, provas adequadas à investigação, que dificilmente seriam obtidas por outros meios e/ou informações relevantes, ainda não possuídas, em troca de benefícios processuais e penais tais como o perdão judicial. Em complemento considera o grau de eficiência e o tempo das informações prestadas com o desiderato de barganha<sup>24</sup> penal.

O advento de meios de atuação diferenciados dos respectivos atores no processo penal, desde sua fase de formação de culpa, com indícios de culpabilidade e materialidade, ganha novos atributos para além do aspecto moral de

---

<sup>24</sup> Para os fins da presente Tese, “Define-se barganha como o instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução da pena), negociando e pactuando entre as partes ou somente esperado pelo acusado. Assim, são elementos essenciais à barganha a renúncia à defesa (desfigurando a postura de resistência e contestação do acusado), a imposição de uma punição antecipada e a esperança do réu em receber algum benefício por tal consentimento (ou em evitar uma punição em razão do exercício de seus direitos).” VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro. São Paulo: Ibecrim, 2015, p. 68.

culpa, de pecado, do feio e do errado, ambos sustentados sob questões metafísicas<sup>25</sup>.

A partir de importação de institutos jurídicos alienígenas, seja pela via legislativa, seja pela via judiciária, as práticas de colaboração e cooperação em sede de processo introduzem canais de atuação segundo lógicas de racionalidade empírica, galgada na prática, em juízos de probabilidade. Eis uma verdadeira virada de Copérnico nos pressupostos da processualidade penal.

Desde os anos 90, quando da incipiente introdução dos meios de cooperação, foram modificados os meios de obtenção de provas, o papel dos imputados e investigados, a atuação de terceiros, o uso de presunções, a capacidade das autoridades judiciárias e, por fim, a estrutura da culpa. Desde então, os meios de colaboração premiada escaparam da tradicional moldura de técnica especial de investigação que pode reduzir ou isentar de pena aquele que presta informações relevantes e de difícil prospecção.

À título de antecipação de argumentos, merece ser destacada a tensão estabelecida em sede de modelos cooperativos de processo penal, com o devido recorte para a colaboração premiada. Há tensão entre a prova ofertada e os benefícios concedidos para o colaborador, em síntese, esta é a extensão do dilema e sobre ela, dar-se-ão os mecanismos de avaliação de vantagens e desvantagens de cada barganha. Neste contexto se processam, necessariamente, os custos das transações.

Assim, tais atributos associam-se em confluência com a noção de Análise Econômica do Direito, no viés do Processo Penal, segundo a qual, métodos econômicos (notadamente da microeconomia) devem pautar espaços de produção, interpretação e aplicação do Direito, por meio de instrumentos teóricos e empíricos,

---

<sup>25</sup> Nesse sentido, é válida a transcrição de Nietzsche: "(...) o propósito de castigar, isto é, com a intenção de achar um culpado. Toda a antiga psicologia, psicologia da vontade, tem como pré-requisito o desejo de seus autores, os sacerdotes chefes das comunidades primitivas, que quiseram atribuir-se o direito de ordenar castigos – ou seu desejo de criar a Deus um tal direito. Os homens foram ensinados "livres" para que pudessem ser culpados: Consequentemente, toda ação tinha que reputar-se voluntária, e a origem de todo ato devia supor-se na consciência". NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Humano, demasiadamente humano**. Um livro para espíritos livres. São Paulo: Cia de Bolso, 1992, p. 85-86.

seja por estatísticas, índices econométricos até custos das transações, especialmente dos delitos e suas externalidades.

Para alcançar seu objetivo geral, a tese sustenta que é relevante a apreciação de preceitos da Análise Econômica do Direito, especialmente em relação à teoria dos custos, em sede de acordos de Colaboração Premiada, por entender que a relação entre Direito e Economia é perenizada no seio de sociedades transnacionais de Mercado. Nesse cenário, negar a incidência da Análise Econômica do Direito resulta na baixa efetividade das decisões judiciais e na instabilidade extra processual.

Sem ignorar as discussões, convergentes e/ou colidentes sobre a Análise Econômica do Direito, a pesquisa considera um fator até então pouco explorado nessa díade, a saber: a Economia como bem jurídico constitucionalmente tutelado e, portanto, em patamar que a escolha por critérios econômicos não pode ser tomado sobre o viés de discricionariedades por parte dos agentes.

Ciente das simbioses entre ambas as áreas, que constroem constantes mutações e sinergias entre diversas áreas do conhecimento, postula-se que em sociedades marcadas pelo fenômeno do transnacionalismo e com uma ressignificação da atividade jurisdicional, que passa a ser mais próxima dos atributos da consensualidade, os atos conducentes aos acordos de Colaboração Premiada demandam cuidado especial com os custos econômicos que podem gerar. Seja para onerosidade excessiva ou com a baixa eficiência, de modo que uma nova hermenêutica precisa ser ajustada às novas demandas.

Para tanto, são consideradas relevantes as teorias de Ronald Coase, Richard Posner, William Landes, Karl Polanyi e Alexandre Morais da Rosa, os quais são trabalhados no plano teórico, bem como avaliados sobre premissas empíricas, confrontando os pressupostos teóricos com a dinâmica jurídica de casos contemporâneos e seus impactos microeconômicos. Ambos propiciam um estudo para além das questões dogmáticas da Teoria do Direito.

A pesquisa em vias de consolidação se justifica por demandas teóricas, temporais e materiais. Em linhas gerais, o advento de novos modelos sociais e institucionais, desde a hegemonia dos comportamentos globais, reclama maior

efetividade e eficiência das intervenções e prescrições jurídico-normativas. Sem desconsiderar construções anteriores (monistas, normativistas e estatais), parece ser inegável a relação entre o global e o local na contemporaneidade e no modo de vida das pessoas, bem como, a relação de transferência de custos econômicos que dá ensejo.

Como consequência, o Direito e a Economia se relacionam de modo constante e ininterrupto. Negar tal estado d'arte é solapar as responsabilidades de cada campo do saber e, principalmente, perder a análise do cotidiano social e institucional, pois, pouco provável alguém sobreviver à margem do econômico e do jurídico. Com isso, se dá a necessária sinergia entre o *homo juridicus* com o *homo economicus*.

Entretanto, ao tempo em que as demandas se tornam globais, as soluções em igual medida não podem ser sintetizadas em territórios restritos e exclusivos. Por essa razão o Estado, fruto da Modernidade<sup>26</sup>, sucumbe parcialmente em suas funções, pois não controla soberanamente todas as ocorrências e externalidades da vida social. A própria atividade jurisdicional é testada a todo momento em sua capacidade de se fazer efetiva e eficiente.

O ato complexo de dizer o Direito ao caso concreto apenas pela exegese da lei está superado. O modo de exercer a jurisdição evolui para atributos mais inclusivos, deliberativos, participativos, democráticos e consensuais. E nesse sentido, é louvável que tal giro se proceda, especialmente para que o Direito enquanto *sententia ferenda* possa ser mais próximo das demandas latentes e emergentes.

Porém, não apenas o ato de dizer o Direito se tornou mais complexo com a complexidade da contemporaneidade, que precisa resolver demandas vinculadas com altíssima tecnologia e sofisticação, mas usando teoremas medievais. A complexidade atinge também as narrativas jurídicas, com peculiaridades inéditas, como é o caso dos fluxos transnacionais, dos preceitos econômicos e das ações de automatização com inteligência artificial.

---

<sup>26</sup> PASOLD. Cesar Luiz. **A função social do Estado**. 2. Ed. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 33.

Entretanto, em uma sociedade transnacional de Mercado, o ato de dizer o Direito de modo consensual precisa avaliar, de modo constante, não apenas a legalidade e a normatividade dos atos, mas, em igual medida, a eficiência e a externalidade econômica. Mais do que nunca, Direito e Economia se condicionam, complementam-se e se aprimoram. Afastar tal relação, no atual cenário apenas possibilita o fracasso do Direito, pois seguirá sem efetividade e, noutro lado, incluirá custos desnecessários às transações, piorando as condições sociais.

Desse contexto, não escapam as tratativas em sede de acordo de Colaboração Premiada. Em relações altamente complexas, territorialmente difusas e politicamente dinâmicas, preterir, na fase da celebração do acordo, a discussão sobre os custos econômicos do ato final, apenas depreciará o modelo econômico e a integridade do Direito. Como exemplo, há que ser visto o caso envolvendo os acordos de colaboração premiada entre os gestores do Grupo J&F e a Procuradoria Geral da República e seus desdobramentos nacionais e transnacionais, com alta do câmbio e oscilações em bolsas de valores e de mercado futuro, tendo o índice Bovespa caído 10,47% e as negociações suspensas por 30 minutos, enquanto que o dólar teve a maior alta em 14 anos.<sup>27</sup>

Especificamente sobre os expedientes de Colaboração Premiada, importante advertir que a tese em curso não visa explanar de modo dogmático sobre o instituto e seu tratamento jurídico pela Lei 12.850/2013. O contexto que se descortina visa fazer as conexões necessárias dos instrumentos negociais de colaboração premiada com a noção de transnacionalidade, sociedade de mercado, Análise Econômica do Direito e custos das transações.

Pelas sendas da Literatura, em cotejo com o Direito, é preciso absorver as críticas postas por Machado de Assis, quando do conto “Suje-se gordo!”, no qual narra com perspicácia o processo de construção de narrativas, na junção de verdade e no desprezo por informações que pouco interessam ou trazem danos<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> **Bovespa fecha na maior queda em quase 9 anos após denúncias da JBS.** Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/mercados/noticia/bovespa-fecha-em-forte-queda-de-olho-em-denuncias-sobre-temer.ghtml> Acesso em: 02 jul. 2019.

<sup>28</sup> “O crime está mais que provado. O sujeito nega, porque todo o réu nega, mas o certo é que ele cometeu a falsidade, e que falsidade! Tudo por uma miséria, duzentos mil-réis! Suje-se gordo! Quer sujar-se? Suje-se gordo!” ASSIS, Machado de. Suje-se gordo. In. ASSIS, Machado de. **Obra completa**. 6. Impr. v. 2 conto e teatro. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1986, p. 695.

Neste campo, a Literatura fornece insumos estratégicos para a análise dos problemas sociais e para a crítica das representações de cada indivíduo.

Para tanto, atribui-se como objetivo científico geral defender a função da Análise Econômica do Direito em sede de procedimentos de Colaboração Premiada, por meio de uma hermenêutica que consiga acompanhar os ditames de uma sociedade transnacional de Mercado, fortalecendo, desse modo, um modelo consensual de jurisdição.

Nesse sentido, o estudo do sentido e da estrutura do Estado em tempos de globalização e transnacionalismo, bem como da intervenção da pauta econômica de forma transcendental pressionam a atividade jurisdicional para novos rumos, a saber: a consensualidade, a economicidade e o transnacionalismo. Logo, não basta que o julgador suplante a figura do “juiz boca da lei”, é necessário que, simultaneamente, seja agente do seu tempo, conciliando o dizer o Direito ao contexto de uma sociedade transnacional de Mercado, mensurando riscos e benefícios de cada decisão, atentando-se cada vez mais para as externalidades negativas decorrentes de seu ato jurisdicional.

Diante de tais argumentos, os objetivos específicos são: a) discorrer sobre o Direito e o papel do Estado para a sociedade transnacional de Mercado e os impactos da globalização nas instituições derivadas do Estado-nação; b) apresentar os preceitos da Análise Econômica do Direito, em especial, da teoria dos custos de Ronald Coase e possibilidade de seu uso no Processo Penal, com ênfase na Colaboração Premiada brasileira; c) discorrer sobre a teoria da decisão judicial e analisar os impactos que o transnacionalismo e a Análise Econômica do Direito produzem na hermenêutica jurídica; e d) discorrer sobre a responsividade da Análise Econômica do Direito para o paradigma de consensualidade da jurisdição na confluência dos acordos de Colaboração Premiada e os custos das transações perante uma sociedade transnacional de Mercado, com ênfase na decisão adjudicada e na delação premiada.

A tese de doutoramento ao defender a necessidade de apreciação de preceitos da Análise Econômica do Direito, especialmente em relação à teoria dos custos, em sede de acordos de Colaboração Premiada, por entender que a relação

Direito e Economia é perenizada no seio de sociedades transnacionais de Mercado estabelece o marco central para o problema de pesquisa.

Assim, como problema de investigação questiona-se: a constância de uma sociedade transnacional de Mercado demanda que os métodos de resolução de conflitos sejam pautados por critérios suficientemente sólidos para não criar custos econômicos, nacional ou transnacionalmente, exigindo do julgador não apenas o exercício da sua autoridade, mas, em igual medida, espaços para consensualidade?

A hipótese é que a avaliação dos custos em sede de Colaboração Premiada, efetivamente analisada à luz da Análise Econômica do Direito, possibilita mecanismos jurídicos aptos aos desafios produzidos pela sociedade transnacional de Mercado, de modo a fortalecer o Direito e mitigar riscos à Economia, garantindo, ao mesmo tempo, a pacificação social, dando vazão ao modelo consensual de jurisdição.

A sustentação da tese de doutoramento procede a partir do enfrentamento da necessidade de uma nova hermenêutica para as sociedades transnacionais de Mercado, em sede de acordos de Colaboração Premiada, orientada pela Análise Econômica do Direito, especificamente desde o pensamento de Ronald Coase<sup>29</sup>.

É sabido que elementos da Análise Econômica do Direito e do Transnacionalismo são altamente recorrentes nas pesquisas conduzidas no âmbito da ciência jurídica. Entretanto, ao enfrentar o problema consignado, objetiva-se percorrer um caminho distinto, seja pela defesa da Economia com bem jurídico constitucionalmente assegurado; seja pela introdução do pensamento e dos teoremas de Ronald Coase no contexto da jurisdição penal consensual, especialmente nas práticas de Colaboração Premiada.

Nesse sentido, inexistem pesquisas que proponham a necessidade de avaliações de ordem econômica, de cunho transnacional, quando da celebração de acordos de Colaboração Premiada e que pontuem com destaque para a

---

<sup>29</sup> Com destaque para as seguintes obras: COASE, Ronald H. Economics and contiguous disciplines. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 7, n. 2, p. 201-211, jun. 1978, COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica**, v. 04, n. 16, p. 387-407, nov. 1937. COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

consideração dos custos das transações, no intuito de tornar mais efetiva, eficiente e democrática a jurisdição nos eixos do local e do global. Ademais, ao tempo em que se pereniza a relação de dependência entre o Direito e a Economia, igualmente se solidifica a necessidade de respostas jurídicas para problemas locais/globais, vez que o ponto de divisão é, deveras, ilusório e imensurável.

Em síntese, a confluência dos argumentos consignados aponta para a necessidade inafastável de que, na fase de celebração dos acordos de Colaboração Premiada, seus atores, especialmente aqueles relacionados com a tutela jurisdicional, ao lado dos requisitos colaborativos, ponderem e avaliem os custos econômicos relacionados com a deliberação, tanto no contexto estatal, como suas projeções e impactos transnacionais. Não se pode, sob risco das variações econômicas em sede de sociedades transnacionais de Mercado, que o ato de Colaboração Premiada seja consumado apenas sobre o afã inquisitorial advindo da jurisdição.

Acordos de Colaboração Premiada que não lancem questões sobre o funcionamento do Mercado e seus impactos sociais e institucionais, não pacificam sociedade alguma. Pelo reverso, transferem para cada ator econômico custos desnecessários e, na mesma potência, “descalcificam” a integridade do Direito. Como consequência, a título de exemplo, não raro as Bolsas entram em sinal de alerta, moedas se desvalorizam, capitais mudam de local, desempregos e ônus são alavancados e, pelo Direito, as normas não restaram efetivas.

Com respeito às proporções que são devidas, a adequada utilização dos expedientes de Colaboração Premiada, no âmbito dos mercados e da sociedade transnacional de mercado, propicia procedimentos jurídicos de efetiva tutela de bens jurídicos relevantes que, combinados com a tutela jurisdicional nentre expedientes de correição transnacional de delitos que a jurisdição nacional não alcança.

Assim, sustenta-se que o fortalecimento da Justiça penal consensual, por meio do uso da Colaboração Premiada, passa a ser um caminho mais efetivo para a redução dos custos de transação e a conseqüente redução das externalidades negativas em uma sociedade transnacional de Mercado que, está compreendida, na

lição de Karl Polanyi<sup>30</sup>, como o lugar onde quase tudo pode ser posto à venda, sujeitando-se ao comércio, às relações microeconômicas.

Para tanto, considera como necessária a compreensão dos acordos de Colaboração Premiada como meio de obtenção de provas, através de um negócio jurídico processual, em substituição ao primado da formação da culpa e das respectivas noções de pena.

Como advertência final, em que pese a presente tese tenha olhar sobre acontecimentos práticos e atuais, a mesma não se presta para convalidar casuísmos ou juízos desprovidos de lastro teórico. Mesmo em um cenário de oscilações judiciais, a tese tenta se conservar nos primados teóricos que elegeu, razão pela qual, não visa esgotar casos, mas usá-los como indicativos de crises e possibilidades.

Para tanto, no tocante à metodologia, serão considerados os parâmetros<sup>31</sup> adotados pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica–PPCJ/UNIVALI.

Ainda quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação o Método<sup>32</sup> utilizado será o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados<sup>33</sup> o Cartesiano e, no presente Relatório da Pesquisa<sup>34</sup>, é empregada a base indutiva<sup>35</sup>. Foram acionadas as técnicas do referente<sup>36</sup>, da categoria<sup>37</sup>, dos conceitos operacionais<sup>38</sup>, da pesquisa bibliográfica<sup>39</sup> e do fichamento, atendendo aos

---

<sup>30</sup> POLANYI, Karl. **La grande trasformazione**. Le origini economiche e politiche della nostra época.p. 56.

<sup>31</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

<sup>32</sup> "Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. ed . rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011,p. 206.

<sup>33</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 87/109.

<sup>34</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 88/109.

<sup>35</sup> Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 81-105.

<sup>36</sup> "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 54.

<sup>37</sup> "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 25.

<sup>38</sup> "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 37.

parâmetros do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI e da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

---

<sup>39</sup> “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 207.

## CAPÍTULO 1

### O DIREITO: DO ESTADO PARA A SOCIEDADE TRANSNACIONAL DE MERCADO

#### 1.1 A formação do Estado Moderno

O estudo do Estado inclui sua origem, organização e funcionamento. Nisso, se considera tudo que exista no Estado e tudo que esteja intervindo sobre ele. Importante ressaltar que a discussão sobre o Estado pode ser abordada de diversas formas, dependendo do ponto de vista do observador e sua finalidade. O enfoque que se pretende dar a este estudo está ligado a soberania de seu poder.

Ao se analisar a formação histórica do Estado, verifica-se que ele é o resultado de um longo e complexo processo de interferência de diversos fatores, que no decorrer de seu desenvolvimento foi influenciado por elementos tanto de integração, quanto de segregação.

As causas de aparecimento dos Estados se agrupam, de forma geral, em dois grandes grupos: o que consiste em teorias de formação natural ou espontânea, onde há uma constituição estatal, não por um ato unicamente voluntário, mas naturalmente criada; e teorias que sustentam a formação contratual, baseada na crença de que foi a vontade dos homens que levou à criação do Estado.<sup>40</sup> Tanto a posição favorável a ideia de uma sociedade naturalmente criada, quanto a que acredita que a sociedade é, somente, fruto de um ato volitivo, repercutem nas diretrizes da existência do Estado.

Embora, há quem diga que a ideia de uma sociedade criada por um pacto remonte de Platão que, em sua obra “A República”, faz alusão a uma sociedade construída racionalmente, sem que se fale em uma força natural; o contratualismo apenas começa a aparecer claramente no século XVII, com Thomas Hobbes.

---

<sup>40</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2ª edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000.

As deficiências e a permanente instabilidade econômica, social e política da Idade Média criaram uma intensa necessidade de ordem e de autoridade. A partir do século XI iniciou-se uma busca por unidade dentro de uma delimitação territorial o que culminou na criação de uma nova forma de Estado: o chamado Estado Moderno.

A origem do Estado Moderno pressupõe uma fixação de características fundamentais de povo, território e soberania, adotadas ao longo do tempo e que não possuem um curso uniforme. É um evento de extrema complexidade que começou a traçar suas primeiras linhas a partir do século XIII, em decorrência da erosão das estruturas medievais e o clamor pela centralização do poder em uma única figura. As relações de poder na era medieval possuíam bases patrimonialistas e obedeciam as regras e critérios advindos do patriarcado romano.<sup>41</sup>

Conforme Nicola Matteucci:

*Se lo Stato moderno è una forma storicamente determinata di organizzazione del potere, dobbiamo guardaci dal caricare quel «moderno», che ha significato esclusivamente cronologico, di un valore ontologico, positivo o negativo che sia, in base a una filosofia della storia che esalti il progresso o cerchi di vedere in esso l'inizio della «crisi». Si deve cogliere lo Stato moderno nelle sue caratteristiche salienti solo per cercare di decifrare quella nuova forma di organizzazione del potere nella quale si è entrati nel Novecento e per la quale chissà se i posteri useranno ancora la parola Stato.<sup>42</sup>*

Embora seja um sistema complexo e não uniforme de criação, o certo é que a denominação “Estado” aparece, pela primeira vez, em Maquiavel em obra

---

<sup>41</sup> RISCAL, Sandra Aparecida. **O conceito de soberania em Jean Bodin: um estudo do desenvolvimento das idéias de Administração Pública, Governo e Estado no século XVI.** Campinas: [s.n.], 2001. Disponível em <<http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000225862>> Acesso em 02 mai. 2016. p. 444.

<sup>42</sup> “Se o estado moderno é uma forma historicamente determinada de organização do poder, devemos nos resguardar de carregar aquele “moderno”, que tem um significado exclusivamente cronológico, de um valor ontológico, positivo ou negativo, baseado numa filosofia da história que exalta a progresso ou tente ver nele o começo da “crise”. Precisamos apreender o Estado moderno em suas características salientes apenas para tentar decifrar essa nova forma de organização do poder em que entramos no século XX e para o qual me pergunto se a posteridade ainda usará a palavra Estado (tradução livre).” MATTEUCCI, Nicola. **Lo stato.** Bologna: Il Molino, 2014, p. 19.

intitulada como “O Príncipe”, do ano de 1513, o que representa o ponto de partida de um lento surgimento dessa nova organização estatal.

Em sua obra, o autor preocupava-se em tratar do Estado na sua forma real, não em projeções de um Estado melhor, mas sim em uma realidade concreta.<sup>43</sup> Maquiavel analisa a realidade, em sua vivência, como ela é e não como gostaria que fosse. A preocupação central de sua análise é a de instaurar um Estado estável, contrário ao caos que se instalava na época. Sugere que existem basicamente duas respostas à anarquia: o Principado e a República<sup>44</sup>. Contudo a escolha não depende de ato volitivo e sim da situação atual.

O príncipe de Maquiavel é o detentor do poder e não pode ser comparado aos homens comuns, cabe a ele a manutenção do Estado<sup>45</sup>. Seguindo o dever de defesa do Estado, mostra-se imprescindível o uso da força, sendo esta de monopólio estatal, para a conservação e expansão do território.<sup>46</sup>

Destaca-se que, neste tempo histórico, o comando do governo estava orientado, segundo Maquiavel, pelo governante, o “príncipe”, a quem cabia a manutenção da ordem. O Estado, na figura do príncipe, exercia a função de senhor absoluto do indivíduo. Aqui o elemento político é autônomo, tanto das questões morais, quanto religiosas.

Para justificar o poder absoluto e crescente dos governantes, que começa a surgir e se intensificar em acordos e nas palavras de pensadores da época, surgiram várias teorias. Entre elas, destacam-se a teoria do direito divino de Jean Bodin e do contratualismo, teoria que se inicia com Hobbes.

---

<sup>43</sup> “O destino determinou que eu não saiba discutir sobre a seda, nem sobre a lã; tampouco sobre questões de lucro ou de perda. Minha missão é falar sobre o Estado. Será preciso submeter-me à promessa de emudecer, ou terei que falar sobre ele.” (Maquiavel em Carta a F. Vettori, de 13 mar. 1513.

<sup>44</sup> “[...] uma das quais provém de não desejar o povo ser dominado nem oprimido pelos grandes, e a outra de quererem os grandes dominar e oprimir o povo” (O príncipe, cap. IX)

<sup>45</sup> “Deve-se compreender que um príncipe, e em particular um príncipe novo, não pode praticar todas aquelas coisas pelas quais os homens são considerados bons, uma vez que, frequentemente, é obrigado, para manter o Estado, a agir contra a fé, contra a caridade, contra a humanidade, contra a religião.” (O Príncipe, p. 103)

<sup>46</sup> “Deve, pois, um príncipe não ter outro objetivo nem outro pensamento, nem tomar qualquer outra coisa por fazer, senão a guerra e a sua organização e disciplina, pois que é essa a única arte que compete a quem comanda” (O Príncipe p. 85).

Jean Bodin desenvolve uma teoria sobre a legitimidade do poder absoluto com base teológica. Um poder divino emanado de Deus, segundo o pensamento medieval de uma teoria teocentrista. Ele inicia sua teoria, no primeiro de seus seis livros da república, afirmando que *“República é o reto governo de várias famílias do que lhes é comum, com poder soberano”*<sup>47</sup>. O reto governo simboliza uma expressão que está com consonância com o sistema de poder formado por leis naturais, onde embora houvesse um poder soberano, a garantia de que este não seria arbitrário estava na sujeição às leis naturais. Ademais disso, o poder soberano se fundamenta em uma lei divina.<sup>48</sup>

Embora Maquiavel tenha tratado do Estado como um elemento político autônomo e Bodin tenha desenvolvido uma teoria sobre soberania, foi apenas em 1648, com a assinatura da Paz de Westfália, que se tem, oficialmente, a primeira iniciativa de se estabelecer uma unidade sobre a atuação, delimitação e soberania de um Estado. A medida em que o monarca passa a, cada vez mais, concentrar o poder em suas mãos, surgem condições que permitem essa nova forma de estruturação do modelo político.

A Paz de Westfália, foi composta por dois acordos, que solidificaram as diretrizes desse sistema.<sup>49</sup> Tais documentos marcaram o fim da Guerra dos 30 anos<sup>50</sup> e trouxeram relativa estabilidade territorial das fronteiras das potências envolvidas na confecção dos acordos.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> *“République est un droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine”*. BODIN, Jean. *Abregé de La République: Livre Premier*. 1815. p. 8

<sup>48</sup> Mais quant aux lois divines et naturelles, tous les Princes de la terre y sont sujets, et il n'est pas en leur puissance d'y contrevenir, s'ils ne veulent être coupables de lèse-majesté divine, faisant guerre à Dieu, sous la grandeur duquel tous les Monarques du monde doivent faire joug, et baisser la tête en toute crainte et révérence » BODIN, Jean. **Abregé de La République**: Livre Premier. 1815. p. 61

<sup>49</sup> RANIERI, Nina Stocco. **Teoria do Estado: do Estado do Direito ao Estado Democrático do Direito**. Manole, 01/2013. p. 35.

<sup>50</sup> *“According to the standard view, the Thirty Years' War was a struggle between two main parties. On one side were the “universalist” actors: the emperor and the Spanish king, both members of the Habsburg dynasty. Loyal to the Church of Rome, they asserted their right, and that of the Pope, to control Christendom in its entirety. Their opponents were the “particularist” actors, specifically Denmark, the Dutch Republic, France, and Sweden, as well as the German princes. These actors rejected imperial overlordship and (for the most part) the authority of the Pope, upholding instead the right of all states to full independence (“sovereignty”)”*. OSIANDER, Andreas. **Sovereignty, international relations, and the Westphalian myth**. International Organization, Cambridge Journals, v. 2, n. 55, p. 251-287, Spring 2001.

<sup>51</sup> JUNIOR, Luiz Magno Pinto Bastos. Rever ou romper com Westfália? por uma releitura da por uma releitura da efetiva contribuição dos acordos de paz de 1648 à construção do modelo westfaliano de Estados. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 357-376.

Há quem defenda que o Ato Geral de Westfália consagrou a delimitação territorial e a consequente soberania do poder político como base de existência de um Estado. Contudo, existe uma crescente visão contrária a esta narrativa tradicional, que considera precipitado pressupor que estes tratados tenham expressado a consolidação da soberania ou a constituição moderna do Estado.<sup>52</sup>

Para estes, as diretrizes da soberania apenas se consolidaram efetivamente no século XIX e a Paz de Westfália possui um caráter simbólico que, nos dizeres de Lafer:

[...] representou a consolidação de uma ordem mundial constituída exclusivamente pelos governos dos Estados soberanos. Estes teriam liberdade absoluta para governar um espaço nacional – territórios – podendo entrar em acordos voluntários – tratados – para regular as relações externas e intraconexões de variados tipos.<sup>53</sup>

Após, no contratualismo de Hobbes, o Estado se mostra como fundamental para o bem-estar humano. Ele acreditava na impossibilidade de que um único homem representasse todo o equilíbrio necessário ao Estado e, para isso, optou por um instrumento impessoal de regulação da organização: um contrato.

Pode-se dizer que a base da sua teoria está fundamentada no homem como indivíduo. E a condição do homem hobbesiano é uma condição de igualdade. Os homens são “tão iguais que”<sup>54</sup> nenhum deles pode prevalecer sobre outro.

Este homem vive inicialmente em um “estado de natureza”<sup>55</sup>, uma ameaça para a sociedade, uma vez que neste estado os homens são egoístas e

---

<sup>52</sup> JUNIOR, Luiz Magno Pinto Bastos. Rever ou romper com Westfália? por uma releitura da por uma releitura da efetiva contribuição dos acordos de paz de 1648 à construção do modelo westfaliano de Estados. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 357-376.

<sup>53</sup> LAFER, Celso. **Os dilemas da soberania**. In: \_\_\_\_\_. *Paradoxos e possibilidades: estudos sobre a ordem mundial e sobre a política exterior do Brasil num Sistema Internacional em Transformação*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982. p. 69-70.

<sup>54</sup> “A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito, que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele.” *Leviatã*, p. 74

<sup>55</sup> “O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria

inclinados à violência. E é este ponto que levaria ao contrato social, onde o homem deveria superar o estado de natureza e conscientemente celebrar um contrato de mútua cessão de direitos.

Para que essa vida em sociedade se preserve e se mantenha dentro dos limites, se faz necessária uma força que obrigue a observância das leis. Esta força, para Hobbes é o Estado que se mostra pleno e forte, capaz de assegurar a “paz e a defesa comum”<sup>56</sup>. Nesse ponto, percebe-se a grande diferença para o Estado constituído na era medieval, onde não se falava em um poder absoluto, soberano, tampouco em um Estado que chamava para si toda a autoridade para regulação e solução de questões.

No século seguinte a criação de sua teoria, Hobbes recebeu oposições ao seu contratualismo. Apenas mais tarde, com Rousseau, especialmente em sua obra denominada “O Contrato Social” (1762), que se retoma a ideia hobbesiana de organização da sociedade a partir de um contrato social inicial.

Rousseau afirmava que “o homem nasce livre e em toda parte encontra-se a ferros”<sup>57</sup>. Assim, sua preocupação estava voltada para um pacto que, através do qual, os homens, após terem perdido sua liberdade, pudessem ganhar liberdade civil.<sup>58</sup> Esta liberdade, por sua vez, estava atrelada à concepção de criação, em um clima de igualdade, e respeito às leis. A submissão a uma vontade geral, portanto, significava a liberdade do povo. Aqui se está falando em um conjunto de pessoas associadas que representam o poder soberano. O Estado aparece como executor dessa vontade geral e soberano no momento que passa a exercer poder de decisão.

O contratualismo de Rousseau exerceu grande influência na Revolução Francesa (1789), movimento que marcou o fim da Idade Moderna e início da

---

natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim.” *Leviatã*, p. 78.

<sup>56</sup> “(...) a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.” *Leviatã*, p. 106.

<sup>57</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Tradução: Pietro Nassetti.3.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008. p 28.

<sup>58</sup> “O homem nasce livre, e por toda parte encontra-se aprisionado. O que se crê senhor dos demais, não deixa de ser mais escravo do que eles. Como se deve esta transformação? Eu o ignoro: o que poderá legitimá-la? Creio poder resolver esta questão”. ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Tradução: Pietro Nassetti.3.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008. p 21.

Contemporânea. Até aqui o poder do Estado e do Monarca estavam interligados, uma vez que este possuía plenos poderes na edição de normas conforme sua vontade. A Revolução Francesa quebra com essa concentração de poder e passa-se a tratar da vontade da população quando da edição de normas.

Neste mesmo século foi criado o conceito de nação, símbolo da unidade popular que pretendia levar a burguesia, economicamente poderosa, à conquista do poder político. Com as Revoluções Americana e Francesa a Nação passou a ser identificada com o próprio Estado e era em nome dela que se lutava contra a monarquia absoluta.

Em um sentido moderno, embora não exista uma unanimidade de definição, o termo nação se refere a uma comunidade de indivíduos vinculados social e economicamente, que compartilham determinado território. Essa comunidade partilha um passado comum e possuem uma crença comum no futuro e não se confunde com o Estado.<sup>59</sup>

Importa destacar que o valor da nação, em sua ordem interna, serviu de base doutrinária desde a Revolução Francesa. Desde então, concretizou-se na doutrina da soberania nacional a ideia de “origem de todo o poder em uma nação, única fonte capaz de legitimar o exercício da autoridade política”.<sup>60</sup>

O Estado passa a ser visto como uma “unidade de dominação, independentemente no exterior e interior que atuará de modo contínuo com meios de poder próprios, e claramente delimitada pessoal e territorialmente”<sup>61</sup>. Exerce uma função essencial de garantia da soberania sobre seu território e população e procura estabelecer o máximo possível regras gerais e uniformes para todo o povo.

Particularmente, o Estado moderno, que começou a surgir entre os séculos XVI e XVII, possui uma história de integrações crescentes e de progressivas reduções à unidade que passa a ter um conceito e elementos claros apenas a partir da idade contemporânea<sup>62</sup>. Exige, historicamente, uma certeza e segurança de um

---

<sup>59</sup> GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Nação, Nacionalismo, Estado**. Estudos Avançados 22, 2008. p. 145

<sup>60</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 104.

<sup>61</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**, Editora Mestre JOU: São Paulo, 1968. p. 158

<sup>62</sup> Período pós Revolução Francesa.

Direito objetivo único e o primado da lei sobre o direito consuetudinário, pluralista por excelência.<sup>63</sup>

Pode-se dizer que ele é traduzido pela concentração do poder e pela responsabilidade pela organização social. O ponto chave, que o diferencia das demais formas históricas de constituição, é a concentração do poder político em uma instância unitária que supõe a exclusividade da tarefa de governar e o monopólio das demais prerrogativas necessárias a ela. Assim “devemos entender o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território reivindica o monopólio do uso legítimo da violência”.<sup>64</sup>

A soberania surgida apenas com o advento deste novo Estado e como ponto distintivo do Estado formado na era medieval, mostrou-se como uma nova feição do poder, como expressão dessa nova forma de unidade, de um poder organizado, pela força e pelo direito, para a independência de seu território.<sup>65</sup>

Do ponto de vista externo, a soberania é apenas qualidade do poder, que a organização estatal poderá ostentar ou deixar de ostentar. Do ponto de vista interno, porém, a soberania, como conceito jurídico e social, se apresenta menos controvertida, visto que é da essência do ordenamento estatal uma superioridade e supremacia, a qual, resumindo já a noção de soberania, faz que o poder do Estado se sobreponha incontrastavelmente aos demais poderes sociais, que lhes ficam subordinados. A soberania assim entendida como soberania interna fixa a noção de predomínio que o ordenamento estatal exerce num certo território e numa determinada população sobre os demais ordenamentos sociais. Aparece então o Estado como portador de uma vontade suprema e soberana — a suprema potestas — que deflui de seu papel privilegiado de ordenamento político monopolizador da coação incondicionada na sociedade. Estado ou poder estatal e soberania assim concebidos, debaixo desse pressuposto, coincidem amplamente.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 43

<sup>64</sup> Weber, Max. **Ciência e política, duas vocações**; tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 14. Ed. São Paulo: Editora Cultrix: 2007, p. 56

<sup>65</sup> “E, então, se disse que a soberania caracterizava o Estado Moderno, como a autarquia havia caracterizado a polis e a civitas, e a autonomia havia sido elemento distintivo das comunas medievais.” REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 44.

<sup>66</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 155.

Inicialmente a soberania era a monarquia, e esta se confundia com o Estado. Apenas após o século XVIII com o enfraquecimento do poder soberano e uma política mercantilista e capitalista, que se começa a separar a figura do rei da figura do Estado que passa a ser sujeito unitário abstrato capaz de manifestar sua vontade e ações concretas através de seus órgãos.

O Estado formado na era medieval e o Estado Pós-Westfália se ligam por uma consequência cronológica, mas se distanciam em virtude da efetiva descontinuidade das características. A sociedade medieval era marcada pelo respeito à pluralidade jurídica que, lentamente, começa a se tornar única e soberana. Inicia-se uma batalha contra toda e qualquer forma de pluralismo jurídico.<sup>67</sup>

Ao menos no plano da teoria do direito, a soberania revelou-se, em suma, um pseudoconceito ou, pior, uma categoria antijurídica. Sua crise – agora o podemos afirmar – começa justamente, tanto na sua dimensão interna quanto naquela externa, no mesmo momento em que a soberania entra em contato com o direito, dado que ela é a negação deste, assim como o direito é a sua negação. E isso uma vez que a soberania é ausente de limites e de regras, ou seja, é o contrário daquilo em que o direito consiste. Por essa razão a história jurídica da soberania é a história da antinomia entre dois termos – direito e soberania -, logicamente incompatíveis e historicamente em luta entre si<sup>68</sup>.

O pluralismo vai sendo substituído por um rígido monismo, interligado, principalmente, à ideia de delimitação territorial trazida pela era moderna. Contudo, o Estado é um processo dialético, em virtude do dinamismo da sociedade o que reflete, também, na consolidação do monismo criado na era pós-medieval.

Na atualidade o Estado Moderno vem passando por um longo processo de transformação e confrontando novas geografias de poder. A Segunda Guerra Mundial traduziu-se como um dos marcos de ruptura com o passado e deu início a uma nova faceta do Direito Internacional e da sociedade global.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 35-40

<sup>68</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 44.

<sup>69</sup> VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo global: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 25.

Tanto é que, interpreta-se a construção do Estado, segundo a economia da seguinte maneira:

Os filósofos políticos, de Hobbes a Nozick, buscaram justificar o Estado (ao menos o Estado mínimo ou 'vigia noturno') como uma solução para o problema da segurança interna. É verdade que há uma diferença entre justificação e explicação. Pode-se justificar o Estado imaginando-se sua formação como produto de um contrato social, ou então explicá-lo como produto real de tal contrato. A primeira abordagem é a de Nozick e a segunda, a de Hobbes. Em ambos os casos, porém, a visão do Estado como solução para o problema da segurança interna implica a inexistência de soluções melhores.<sup>70</sup>

No plano jurídico, pode-se dizer que os princípios da territorialidade e da soberania do comando político na produção das normas jurídicas, culminaram na idealização da não existência de qualquer direito acima ou não produzido pelo Estado.<sup>71</sup>

Contudo, os conceitos tradicionais da organização político-jurídica, interligados às ideias de soberania e de legitimidade, se tornam cada vez mais nebulosos em virtude do fenômeno da globalização. Agora se vive uma crise do monismo estatal nascido com a era moderna.

## 1.2 Transnacionalismo e o Estado Fragmentado

No transcorrer da história, o Estado Moderno vem passando por um largo processo de consolidação e transformação ou, em outras palavras, por várias crises. A crise que pretende-se aqui abordar seria aquela em termos de fragilização dos instrumentos jurídicos-políticos de ordenação do poder político e de organização social.

---

<sup>70</sup> POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 170-171.

<sup>71</sup> RANIERI, Nina Stocco. **Teoria do Estado: do Estado do Direito ao Estado Democrático do Direito**. Manole, 01/2013. p 35.

A complexidade das relações existentes na sociedade do século XX ocasionou um período de sucessivas crises e fragmentações no modelo de organização moderno, traduzindo-se em uma nova realidade histórica para se pensar o Estado e o direito.<sup>72</sup>

Os choques do petróleo ocorridos em 1973 e 1979, deflagraram uma nova crise estrutural do sistema financeiro desorganizando o modelo econômico desenvolvido no pós-guerra. Essa crise acabou provocando, conseqüentemente, uma enorme recessão nos países desenvolvidos obrigando as empresas a reagirem gerando uma grande revolução tecnológica e minando ainda mais o primado do equilíbrio entre os poderes e os dispositivos formais do constitucionalismo liberal clássico.<sup>73</sup>

Essas transformações impactaram a tradicional concepção normativista do direito típica do século XIX, substituindo um sistema lógico-formal fechado e hierarquizado por uma organização em forma de rede, em virtude das múltiplas cadeias normativas. Esse sistema em forma de redes se destaca pela extrema multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de fontes e pela provisoriedade normativa.<sup>74</sup>

A economia global trouxe um novo paradigma. Os Estados-nação são cada vez menos capazes de gerir e controlar, com exclusividade, suas respectivas economias. Até mesmo as decisões políticas tem como fator determinante os mercados internacionais e as pressões e interesses de grandes empresas privadas.

Contudo, não se pode dizer que as estruturas administrativas, políticas e jurídicas do Estado-nação desaparecem. O que ocorre é que elas são reformadas e redimensionadas por processos de deslegalização. Passam a se limitar na atuação

---

<sup>72</sup> HEDLUND, Alexandre Nicoletti. **Estado democrático de direito hoje: a metamorfose do Direito e do Estado e sua re-significação diante da racionalidade econômica global**. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Alexandre\\_Nicoletti\\_Hedlund.pdf](http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Alexandre_Nicoletti_Hedlund.pdf)>. Acesso em 04 nov. 2016.

<sup>73</sup> FARIA, José Eduardo. Globalização econômica e reforma constitucional. ***Direito, Estado e Sociedade***, Rio de Janeiro, n. 9, p. 23-33, 1996.

<sup>74</sup> FARIA, José Eduardo. Globalização econômica e reforma constitucional. ***Direito, Estado e Sociedade***, Rio de Janeiro, n. 9, p. 23-33, 1996.

como simples mecanismos de coordenação, de adequação de interesses e de ajustes pragmáticos.<sup>75</sup>

O mercado globalizado exerce uma nova pressão perante o Estado e passa a agir sobre sua soberania. Uma das facetas mais conhecidas desse processo de redefinição da soberania do Estado-nação é a fragilização de sua autoridade, o exaurimento do equilíbrio dos poderes e a perda da autonomia de seu aparato burocrático.

As relações internacionais econômicas continuam se aprimorando e chegando cada vez mais perto da integração econômica, um dos objetivos da globalização. Com isso, a estrutura do Estado tem se modificado em sua própria natureza. O significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o do caráter indeterminado dos assuntos mundiais, a ausência de um centro. A própria distinção entre o mercado interno e o global é extremamente difícil de manter.<sup>76</sup>

Os mercados globais acabam impondo seus preceitos a todo o planeta devido à nova porosidade e extraterritorialidade de todas as economias. A noção clássica da soberania foi abalada. Se está substituindo um sistema fechado e hierarquizado por uma organização em forma de rede, de múltiplas cadeias normativas.

Sobre essa nova realidade em rede, com o fenecimento do conceito de soberania, Cruz afirma que:

Na verdade, em face da economia mundial, a par do fenômeno das comunicações velozes, a Soberania estatal perde sua substância. A planetarização da economia gerou relações de interdependência, nas quais os estados modernos soberanos têm sido, no mínimo, obrigados a reunirem-se em grupos. As fronteiras comerciais desaparecem e a moeda nacional será, pouco a pouco, substituída por outro instrumento comum de troca e de compra e venda.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. 1ª edição, 4ª tiragem. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 2004. p. 37.

<sup>76</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**; tradução Marcus Penchel. — Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. p. 62

<sup>77</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: Democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Univali, 2014.

Nessa ordem socioeconômica multifacetada e policêntrica, o direito positivo enfrenta dificuldades crescentes na edição de normas vinculantes para os distintos campos da vida<sup>78</sup>. Percebe-se uma crescente flexibilização dos direitos individuais, dos direitos políticos e dos direitos sociais que há tempos foram institucionalizados. Essas mudanças contribuem para a erosão do monismo jurídico e abrem caminho para o advento de uma situação de efetivo pluralismo normativo, ou seja: para a existência de distintas ordens jurídicas autônomas.<sup>79</sup>

O Estado perdeu sua habilitação de único senhor da ordem.<sup>80</sup> O Estado-nação já não se mostra como o único poder de governo, e sim como uma entre outras classes de poderes dentre os mais diversos agentes políticos em um sistema complexo que abrange desde o nível global até o nível local.<sup>81</sup> A força motriz do direito agora se mostra focada na regulação de dinâmicas policêntricas de circulação e não mais em nas aspirações de limitação jurídica dos poderes nacionais e internacionais.

Os mercados e as empresas multinacionais têm poder de homogeneizar certos “aspectos chave” dos países onde ingressam. Certos aspectos do Estado-nação constituem componentes estratégicos para a estruturação do global e sofrem transformações fundamentais a medida que o nacional se transforma em um espaço completo para o funcionamento do global.

Nas palavras de Osvaldo Agripino de Castro Junior, Mario João Ferreira Monte e Roberto Epifânio Tomaz, há um ressurgimento das manifestações de *lex mercatoria*:

Uma nova *lex mercatoria*, capaz de tutelar sozinha de forma uniforme e adequada os novos desafios do comércio internacional, leva conseqüentemente a indagação se um sistema de normas corporativo poderia ser considerado um sistema jurídico e, com a

---

<sup>78</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino; PAUL, Cristhyane. Breves considerações sobre a importância do Direito Comparado e Direito e Desenvolvimento para a proteção dos Direitos Humanos. **Revista de Direito** (CESUSC), v. 1, n. 2, p. 60-90, 2006.

<sup>79</sup> FARIA, José Eduardo. Globalização econômica e reforma constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 9, p. 23-33, 1996. p. 15

<sup>80</sup> STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 21.

<sup>81</sup> SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos**. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015, p. 282.

eventual confirmação, se este sistema normativo poderia, efetivamente, estar acima dos sistemas jurídicos nacionais, ou seja, poderia se configurar num sistema jurídico supranacional.<sup>82</sup>

Nesse ponto, necessário se faz o discorrer sobre uma das características fundantes do Estado, em especial: a soberania que se apresenta, historicamente, como um poder que é juridicamente incontestável, onde se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação das normas dentro de determinado espaço territorial.<sup>83</sup>

Ao expressar o mais alto poder do Estado, a soberania apresenta duas características distintas: a interna, ligada ao poder exercido sobre seu território e população, bem como a sujeição dos demais poderes ao poder político; e a externa, relacionada a independência do poder perante outros Estados.<sup>84</sup>

A soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República.<sup>85</sup> Ela solidifica a noção de predomínio do ordenamento estatal em um certo campo geograficamente limitado e sobre uma certa população. Poder soberano é aquele que não encontra nenhum outro superior que lhe contraponha, em especial a sua atribuição de fazer leis e de garantir a obediência.<sup>86</sup> O Estado se apresenta como portador de uma vontade suprema e soberana.

Dessa forma, embora a soberania esteja adstrita à ideia de independência e de poder supremo juridicamente organizado, deve-se atentar para as novas realidades, advindas, em grande parte, devido à globalização, que a transformam.

<sup>82</sup> TOMAZ, Roberto Epifanio; FERREIRA MONTE, Mario João; DE CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. Nova lex mercatoria: ordenamento jurídico supranacional(?). **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 4, p. 1364-1384, dez. 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6709/3830>>. Acesso em: 28 maio 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v19n4.p1364-1384>.

<sup>83</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. Ed. rev. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 27

<sup>84</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 138-139.

<sup>85</sup> “*Souveraineté est une puissance absolue, perpétuelle, indépendante: ces trois conditions lui font nécessaires. Ceux qui ont écrit sur ces matières, ne sont pas d'accord de la valeur de ces termes. Si l'on entend une puissance qui n'est assujettie à aucune loi, il n'y en a point dans l'univers. Toute souveraineté est soumise aux lois du Souverain des souverains, à la plupart de celles de la nature e du droit des gens. Nous devons donc attacher l'idée de quelque espece de subjection à tout pouvoir humain*”

<sup>86</sup> BODIN, Jean. **Abregé de La République: Livre Premier**. Capítulos VIII e XXII.

Em certa medida, os Estados nacionais estão produzindo os instrumentos necessários para o nascimento de novas formas de autoridade. Esses instrumentos podem ser medidas ou normas legislativas nacionais que, de um modo ou outro, tem caráter extranacional.<sup>87</sup> As transformações que vão se operar no poder soberano implicam em uma revisão de seu conceito tradicional de poder superior.<sup>88</sup>

O que se apresenta e impulsiona essas transformações é uma forma específica de direito econômico internacional que deve se distinguir do direito internacional dos Estados. Cada vez em maior medida, a função de oferecer garantias está começando a se privatizar.

A crescente preocupação com o meio ambiente, com a proteção dos direitos humanos, com o combate à criminalidade transnacionalizada e com o comércio internacional, desafia a noção de soberania estatal e estimula a criação de novas ações, pensamentos e procedimentos visando alcançar as relações transfronteiriças.<sup>89</sup>

Dessa forma, não se pode desprezar o papel das grandes empresas transnacionais que adquiriram uma função fundamental nesta nova ordem estatal, embora não possuam qualquer espécie de vínculo com alguma nação em particular. Tal ligação se dá a ponto de demandar atitudes que não podem ser rechaçadas sob o argumento da soberania estatal.<sup>90</sup>

O desgaste da soberania dos Estados implica na substituição de regras estatais por disciplinas bilaterais, multilaterais e supranacionais. A constituição de redes supranacionais organizadas segue como corolário dessa crise da soberania estatal.<sup>91</sup>

A era globalizada e as relações internacionais formadas a partir de então demandam um reexame do caráter soberano do Estado contemporâneo. Não se

---

<sup>87</sup> SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos**. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015, p. 292.

<sup>88</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolsan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. Ed. ver. E atual. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 143.

<sup>89</sup> VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo global: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 31.

<sup>90</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolsan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. Ed. ver. E atual. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 144.

<sup>91</sup> CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Trad. MOREIRA, Ilse Paschoal; ORTALE, Fernanda Lancucci. São Paulo: Saberes, 2010. p. 31.

está mais falando da formação de uma ordem poderosa absoluta e sim da estruturação de uma ordem de compromissos. O estabelecimento de mercados autorregulados e alternativos, se apresenta seguidamente em dimensões totalmente autônomas do Estado e de seu território.

Há uma indeterminação da dimensão do setor público não estatal, da gestão e, igualmente, do controle do variado mundo dos poderes públicos não estatais. A multiplicação das entidades públicas nacionais, o surgimento de figuras híbridas e, de alguma forma, o policentrismo dos ordenamentos gerais, acabem gerando problemas, principalmente entre a definição público-privado.<sup>92</sup>

A noção clássica de um Estado com atuação limitada pelo seu território se torna defasada. As grandes multinacionais são os soberanos em uma época de mercados globalizados<sup>93</sup>. Isso tudo em virtude da desterritorialização das atividades econômicas, do desenvolvimento de redes de produção internacionais, da fragmentação e flexibilidade ocasionada pela globalização.

Os Estados possuem um campo de atuação cada vez mais restrito. O que se percebe é uma considerável institucionalização dos direitos de empresas não nacionais, a desregulamentação de transações transfronteiriças e a influência ou poder crescente de certas organizações supranacionais.<sup>94</sup> Há, assim, uma redução da exclusividade das funções estatais que passam a ser divididas com outros organismos, qual seja:

*La prima condizione della sua stessa esistenza e del suo funzionamento, è il transnazionalismo. L'ordine giuridico globale, mentre viene descritto normalmente come costruito lungo linee verticali – dal livello nazionale a quello globale – è, invece, di fatto, costruito innanzitutto da linee orizzontali, tra autorità nazionali e agenzie globali e tra agenzie globali. In altre parole, è un ordinamento*

---

<sup>92</sup> CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Trad. MOREIRA, Ilse Paschoal; ORTALE, Fernanda Lancucci. São Paulo: Saberes, 2010. p. 32.

<sup>93</sup> CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Trad. MOREIRA, Ilse Paschoal; ORTALE, Fernanda Lancucci. São Paulo: Saberes, 2010. p. 25.

<sup>94</sup> SASSEN, Saskia. **Sociologia da Globalização**; tradução Ronaldo Cataldo Costa; revisão técnica Guilherme G. de E. Xavier Sobrinho – Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 48.

*fondato largamente sulla cooperazione sia al livello interstatale, sia al livello globale in senso stretto.*<sup>95</sup>

Essa interação de dinâmicas nacionais e globais não é nova. Houve tempos passados em que elas talvez tenham sido tão intensas, em certos aspectos, quanto atualmente. Outrossim, de muitas maneiras, a soberania estatal nunca foi irrestrita ou ilimitada, sempre esteve sujeita a variações significativas.<sup>96</sup>

O Estado, como um universo fechado de sujeitos, e o mercado, como um universo aberto, vistos antes de forma separada e em oposição, agora emprestam-se partes reciprocamente. Se apresentam como modelos menos distantes e como setores que se permeiam.<sup>97</sup>

Tem-se uma abertura, um impulso de desnacionalização, inaugurada pelo âmbito econômico. A palavra rede, utilizada tanto para transporte de pessoas, mercadorias, informação ou capital, tornou-se o conceito-chave para descrever esse novo processo.<sup>98</sup>

A globalização econômica gerou um fluxo de transações globais nunca antes visto. Estas transações acabam exercendo bastante influência nas economias nacionais. O que se vê é uma “nova malha de transações econômicas sobrepostas aos velhos padrões geoeconômicos.”<sup>99</sup>

Esses direitos sobrepostos e a busca contínua por adaptação tornam precário o equilíbrio dos sistemas nacionais formados de forma tradicional:

---

<sup>95</sup> “A primeira condição de sua própria existência e funcionamento é o nacionalismo. A ordem legal global, embora normalmente descrita como sendo construída ao longo de linhas verticais - do nível nacional ao global - é, em vez de destino, construída principalmente por linhas horizontais, entre autoridades nacionais e agências globais e entre agências globais. Em outras palavras, é uma ordem amplamente fundamentada de cooperação, tanto no nível interestadual quanto no nível global, no sentido estrito (tradução livre).” CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. p. 11.

<sup>96</sup> SASSEN, Saskia. **Sociologia da Globalização**; tradução Ronaldo Cataldo Costa; revisão técnica Guilherme G. de E. Xavier Sobrinho – Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 42.

<sup>97</sup> CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Trad. MOREIRA, Ilse Paschoal; ORTALE, Fernanda Lancucci. São Paulo: Saberes, 2010. p. 145

<sup>98</sup> HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001. p. 79.

<sup>99</sup> SASSEN, Saskia. **Sociologia da Globalização**; tradução Ronaldo Cataldo Costa; revisão técnica Guilherme G. de E. Xavier Sobrinho – Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 53.

binária.<sup>100</sup> As demandas dos mercados globais e o crescimento das transações internacionais, favoreceram a expansão das funções de comando e da demanda das empresas.<sup>101</sup> O Estado como centro do modelo passa a ser questionado.<sup>102</sup>

Uma organização militar multinacional intervém em um conflito étnico dentro de um Estado. Um tribunal das Nações Unidas julga e condena pessoas responsáveis por crimes de guerra e contra a humanidade, cometidos dentro de seus países.' Um tribunal inglês considera que o ex-chefe de um Estado estrangeiro pode ser extraditado e submetido ao julgamento de uma corte espanhola por crimes contra a humanidade cometidos em seu próprio país. Uma empresa francesa dirige-se à União Europeia para garantir que autoridades italianas lhe concedam uma licença de telecomunicações. Esses e outros exemplos demonstram que o mundo, repleto de Estados até o século XIX, agora está pleno de ordenamentos supraestatais e que os Estados perderam a exclusividade que antes lhes era própria, não apresentando mais barreiras intransponíveis.<sup>103</sup>

O poder estatal perde a sua centralidade. Os organismos transnacionais e supranacionais se estruturam. O Estado moderno não é mais o centro único e soberano do poder. É inegável a interdependência intensificada entre os Estados nas relações internacionais.<sup>104</sup>

Os novos paradigmas do Estado colocam em discussão todas as noções, temas e problemas da relação público-privada. Com o alargamento das fronteiras entre público e privado e com essa mudança estrutural dos conceitos, não se pode mais manter imutáveis os dogmas e códigos de referência da doutrina jurídica tradicional.

O Estado estruturado de forma tradicional já não consegue dar conta das demandas decorrentes da intensificação do processo de globalização. O que

<sup>100</sup> CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Trad. MOREIRA, Ilse Paschoal; ORTALE, Fernanda Lancucci. São Paulo: Saberes, 2010. p. 62.

<sup>101</sup> SASSEN, Saskia. **Sociologia da Globalização**; tradução Ronaldo Cataldo Costa; revisão técnica Guilherme G. de E. Xavier Sobrinho – Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 52-55.

<sup>102</sup> CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Trad. MOREIRA, Ilse Paschoal; ORTALE, Fernanda Lancucci. São Paulo: Saberes, 2010. p. 62.

<sup>103</sup> CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Trad. MOREIRA, Ilse Paschoal; ORTALE, Fernanda Lancucci. São Paulo: Saberes, 2010. p. 63.

<sup>104</sup> VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo global: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 121.

acontece é um “processo de erosão dos vínculos entre as populações, economia e os territórios, cuja intensificação das interações globalizantes interfere diretamente no entendimento tradicional a respeito do Estado”.<sup>105</sup>

Com o gradativo esvaziamento da soberania e da autonomia dos Estados, o direito positivo passa por reformulação. Trata-se de uma nova forma de construção e interpretação do direito o que impõe o enfrentamento deste tema a partir de outra estrutura, mais aberta.

### 1.3 Globalização e transnacionalismo

A globalização é um fenômeno complexo e multifacetado com implicações em várias áreas do conhecimento. O termo passou a ser utilizado com maior frequência a partir da década de 1980, geralmente com referência ao aprofundamento das relações entre indivíduos de diferentes nações.

São inúmeras as propostas para definição da globalização como evento de integração global. De uma forma geral, este fenômeno implica numa intensificação de relações sociais e em uma atenuação da distância territorial entre os acontecimentos<sup>106</sup> e que, dessa forma, está intimamente ligada à aceleração de uma economia mundial e de um universalismo de mercado.

Ulrich Beck<sup>107</sup> realiza uma distinção entre o termo “globalismo” em que o mercado global substitui ou elimina a ação política; “globalidade” que equivaleria à sociedade global em que vivemos, na qual os Estados e grupos de Estados não são e não podem viver isolados uns dos outros e “globalização”, que envolve o processo

---

<sup>105</sup> VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo global: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 123.

<sup>106</sup> “A globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam. A transformação local é tanto uma parte da globalização quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço.” GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**; tradução de Raul Fiker. – São Paulo: Editora UNESP, 1991.

<sup>107</sup> BECK, Ulrich. **What is globalization?** Cambridge: Polity Press, 2000. Disponível em < [http://www.ls2.soziologie.uni-muenchen.de/personen/professoren/beck\\_ulrich/veroeffent/publik/was\\_ist\\_global/en\\_glisch.pdf](http://www.ls2.soziologie.uni-muenchen.de/personen/professoren/beck_ulrich/veroeffent/publik/was_ist_global/en_glisch.pdf). Acesso em 05 nov. 2016. p. 9-11.

pelo qual a soberania do Estado é ameaçada por empresas transnacionais, diferentes visões de poder, identidade e relações internacionais e com diferentes interesses políticos e econômicos.

A globalização trata-se, em síntese, de uma integração sistêmica da economia em um nível transnacional, alicerçada na mercantilização do conhecimento, na eficiência, na produtividade e deflagrada pela subsequente ampliação das redes empresariais e financeiras, em uma escala global, atuando cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos de nível nacional.

Desde a última década o conceito de globalização tem sido utilizado para descrever um complexo conjunto de processos interligados. Embora não se possa reduzir a globalização apenas ao fenômeno econômico, o mercado se mostra como principal motivador das relações interestatais, como um dos elementos e características da globalização.

O colapso do capitalismo mercantilista ou concorrencial, no final da década de 20 do século passado, seguido de uma grande depressão, levaram a economia a mudar em um ritmo mais rápido.<sup>108</sup> A economia contemporânea, que surgiu a partir de então, destacou-se por seu aspecto global. Nesta, os principais fatores de produção apresentam uma maior taxa de interdependência e de integração. Os mercados expandem-se além dos limites territoriais e estimulam a circulação das economias pessoais em escala mundial.<sup>109</sup>

Acreditava-se, na época, que era preciso criar um cenário favorável aos novos investimentos que, desta vez, ultrapassavam as fronteiras nacionais. A intenção era erguer um mundo cada vez mais “desregulamentado” e “liberalizado”, perspectiva que foi reforçada em diversos encontros entre economistas de órgãos econômicos dos Estados Unidos e do Fundo Monetário Internacional (FMI).

Os eventos deram origem ao chamado Consenso de Washington, fruto de encontro realizado em novembro de 1989, na capital dos Estados Unidos, que contou com a presença de funcionários do governo norte-americano e também com

---

<sup>108</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1ª edição, 4ª tiragem. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 2004. p. 14.

<sup>109</sup> ZOLO, Danilo. **Globalização: Um Mapa dos Problemas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 31.

organismos financeiros internacionais especializados em assuntos latino-americanos, como o FMI e o Banco Mundial. O objetivo era avaliar e coordenar ações voltadas às reformas econômicas na América Latina e, dentre as premissas básicas, destaca-se a de realizar mudanças comerciais e econômicas nos países, diminuindo o protecionismo e proporcionando uma maior abertura das economias para o investimento estrangeiro.

As transformações tecnológicas impactaram todas as esferas da atividade humana ao permitir a interação de pessoas por meio de tecnologias de comunicação e informação, construindo um conhecimento partilhado e uma estrutura da sociedade em forma de rede. O surgimento dessa nova estrutura social, manifestada sob várias formas, influencia as economias que passaram a apresentar uma nova forma de relação com o Estado e a sociedade, em um sistema global interdependente.<sup>110</sup>

A intervenção desse sistema na economia está consubstanciado no que se convém chamar de globalização econômica, um fenômeno multifacetado que exerce uma forte pressão para a desregulação de uma série de mercados, setores econômicos e fronteiras nacionais, assim como para a privatização das empresas e funções do setor público.<sup>111</sup> Esse fenômeno acarreta uma diminuição generalizada da importância estatal e, nessa nova ordem socioeconômica, o direito positivo enfrenta dificuldades crescentes na edição de normas.

Essa perda de autonomia estatal diante do cenário de economia globalizado, é apontado por Jacobsen:

[...] a globalização econômica põe em xeque funções judiciárias, na medida em que gera formas de poder e de influência novas e autônomas que ameaçam a centralidade e a exclusividade das estruturas jurídicas e judiciais de um Estado que, tradicionalmente, sempre foi assentado na divisão e no equilíbrio dos Poderes, nos princípios da soberania e da territorialidade, na distinção entre o público e o privado e, bem assim, entre interesse individual e coletivo. Tudo sob o pálio do direito positivo, que sempre pretendeu

---

<sup>110</sup> CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Tradução de Roneide Venancio Majer. Volume I. 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 39-57.

<sup>111</sup> SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales.** Buenos Aires: Katz, 2015. p. 281.

ser um sistema lógico-formal de normas abstratas, claras e precisas. Mas o que se revela diante de um novo cenário globalizado é um Poder inserto em um Estado-Nação que vai perdendo sua autonomia decisória, e um ordenamento comprometido em sua unidade e ameaçado, por isso mesmo, em sua capacidade de programar comportamentos, escolhas e decisões.<sup>112</sup>

Assim, o poder de império concentrado nas fronteiras soberanas dos Estados é, uma vez mais, confrontado em relação às suas funções. Tanto o poder de administração, quanto de normatização, quanto de pacificação social não se preservam autônomos em seus objetivos nacionais. Há, inegavelmente uma influência de atores e pretensões transnacionais em pautas extra-estatais, bem como, em assuntos vistos como comezinhos.

Essa desterritorialização é apontada por Varela, quando afirma que:

A internacionalização do direito é um processo de operacionalização comum do fenômeno jurídico por diferentes atores, em diferentes territórios. Revela efeitos importantes sobre o sistema jurídico contemporâneo, porque traz consigo a ideia de desterritorialização, construção do fenômeno jurídico de forma multidirecional e por diferentes atores.<sup>113</sup>

Nesse contexto, cada vez mais as empresas privadas vêm, progressivamente, substituindo o Estado como ator principal, criando algo diferenciado em termos de ordenação socioeconômica e regulação político-administrativa.<sup>114</sup> Existe uma maior mobilidade geográfica e descentralizada da produção econômica. As empresas antes multinacionais passam a ser transnacionais, que se desvinculam cada vez mais de seu país de origem e instalam suas unidades produtivas em diferentes pontos, passando a fabricar e a vender seus produtos para o planeta como um todo.

---

<sup>112</sup> JACOBSEN, Gilson. Juizados especiais federais e jurisdição de equidade no cenário atual. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 57-66, set./dez. 2016. Disponível em: [www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/2167/2074](http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/2167/2074) Acesso em: 12 nov. 2017.

<sup>113</sup> VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 385.

<sup>114</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1ª edição, 4ª tiragem. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 2004. p. 62.

O prefixo “trans” vem daquilo que transcende, diferentemente do prefixo “multi” que significa diversos. No caso, as empresas transnacionais se mostram acima das realidades nacionais, não tendo um sentimento de pertencimento a um país, enquanto que as multinacionais adquiriam parte da nacionalidade dos países em que passam a atuar por meio de filiais. As empresas transnacionais superam a origem nacional, por exemplo:

*Queste connessioni, combinandosi con imponenti flussi migratori, determinano un progressivo superamento dei confini statali che, affrancando le Costituzioni dal territorio (Zagrebel'sky), cioè deterritorializzando la sovranità, genera la consapevolezza che ciascuno Stato non dispone più degli strumenti normativi per soddisfare da solo i bisogni dei suoi cittadini, il loro benessere e la loro salute minacciata dai cibi transgenici, dai virus e dalle radiazioni che vengono da lontano.<sup>115</sup>*

Aqui, o papel do Estado entra, muitas vezes, em uma posição subordinada no processo de globalização. Contudo, não se está falando em uma retirada total do poder ou da influência das nações perante a arena global e sim de sua modificação. O processo de globalização se opera de forma contraditória onde, embora as nações percam parte do poder econômico que antes possuíam, há também a criação de novas pressões por autonomia local e o ressurgimento de identidades locais.<sup>116</sup>

Cada empresa cria sua própria geografia, estabelecendo uma rede de unidades produtivas que se comunicam e realizam estratégia de produção de vendas. O que importa é muito mais essa condição de rede do que as frações dos territórios nacionais onde instalam suas filiais.

---

<sup>115</sup> “Essas conexões, combinadas com imponentes fluxos migratórios, determinam uma superação progressiva das fronteiras estatais que, libertando as Constituições do território (Zagrebel'sky), isto é, desterritorializando a soberania, gera a consciência de que cada Estado não tem mais instrumentos reguladores para satisfazer suas necessidades de seus cidadãos, seu bem-estar e sua saúde ameaçados por alimentos transgênicos, vírus e radiações que vêm de longe. (tradução livre)” REPOSO, Antonio. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico*. p. 26.

<sup>116</sup> GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. – 6ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 23

Nesta relação de territorialidade e geopolítica corporativa, as bases conceituais que versam sobre território não restaram intactas:

[...] Não há dúvida de que o Estado é a unidade de território devido ao fato de, quer se trate de um espaço unitário, quer de espaços geograficamente separados, se 'governar' de maneira unitária. Mas também em um estado cujo território seja formado por espaços descontínuos, exerce o espaço uma função de fechamento ou clausura, porquanto a maioria das disposições do Estado tem validade territorial e não pessoal.<sup>117</sup>

As empresas transnacionais se mostram como um dos elementos da globalização econômica e atuam como motivadoras das relações interestatais, mas não são as únicas. O sistema financeiro também é um ator importante do cenário global.

O sistema financeiro global é um estágio avançado da internacionalização da economia capitalista. Fruto de uma economia que, no final do século XX, começa a se expandir cada vez mais no cenário internacional e escapar do controle do Estado. Ele existe em um espaço eletrônico, operante vinte e quatro horas por dia em um sistema especulativo que nunca se territorializa. Não é controlado por nenhum país, mas apenas pelo lucro de mercado.

As novas tecnologias, principalmente as relacionadas à comunicação, armazenamento e transmissão de dados, tornaram possível essa nova prática de transações em âmbito planetário e a desmaterialização da moeda, beneficiando e reestruturando as forças econômicas e o sistema capitalista.

O comércio não é mais local, é global. A burguesia contemporânea é composta por empresas que atuam em todo o mundo e não têm suas fronteiras dentro de um Estado, circulam com seus produtos em vários Estados. Da mesma forma que na baixa Idade Média, precisa-se de regras uniformes, previsíveis que possibilitem modelos de negócios aplicáveis em todo o mundo, com sistemas de

---

<sup>117</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968. p. 179.

solução de controvérsias que protejam seus investimentos. Para isso, é necessário criar estruturas globais de produção, execução e aplicação das regras jurídicas.<sup>118</sup>

Portanto, a globalização cria novas zonas econômicas e culturais dentro e fora das nações e afeta tanto aspectos mais externos e distantes do cidadão, como aspectos íntimos da vida em sociedade.<sup>119</sup> Em vista disso, os Estados descobrem-se materialmente limitados em sua autonomia decisória. O pensamento jurídico constituído a partir dos princípios da soberania, da autonomia do político e do monismo jurídico tem sido cada vez mais ameaçado pela diversidade e complexidade do processo de globalização.

A velocidade na integração entre os mercados em um sistema-mundo ou economia-mundo, em vez de uma ordem soberanamente produzida, cria uma ordem cada vez mais auto organizada e autorreguladas que tende a transcender os limites impostos pelo Estado, a substituir a política pelo Mercado como instância máxima de regulação social e a adotar as regras flexíveis no lugar das normas do Direito positivo.<sup>120</sup>

Esse novo paradigma jurídico permeia os tecidos normativos estatais, utilizando os canais que a própria globalização cria (*in primis* aqueles econômicos e judiciários) e subtraindo soberania às instituições “tradicionais”. É a “linguagem dos interesses”, portanto, a fazer com que a fronteira entre *hard Law* (Constituição, leis, etc.) e *soft Law* (antecedentes judiciários, “programas de ajuste estrutural das finanças do Estado”, etc.) se torne sempre mais sutil e irrelevante. A linguagem normativa transnacional se declara mais como motor de “convergências” e de “diálogos” que de diferenças: a retórica do cosmopolitismo esconde a conotação imperativa do direito global, aproveitando-se da ausência de um aparato de poderes públicos ao qual atribuir a função coercitiva e da presumida posição de igualdade dos sujeitos jurídicos.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 42.

<sup>119</sup> GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. – 6ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 21-23.

<sup>120</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1ª edição, 4ª tiragem. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 2004. p. 35.

<sup>121</sup> OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

O fenômeno da globalização econômica vem criando uma forma de direito global composto por uma variedade de sistemas normativos parciais e autônomos para a administração de setores especializado, que envolve, em um só tempo, integração e fragmentação. As empresas privadas passam a, cada vez mais, substituir o Estado como ator principal e a criar uma ordenação socioeconômica diferenciada. A globalização vem se mostrando como poder do capital global para limitar os estados nacionais e obrigá-los a adotar determinadas políticas, controlando os impactos e externalidades de suas ações omissivas e/ou comissivas.<sup>122</sup>

Em termos jurídicos, a globalização se mostra como uma ruptura da modernização com o antigo, implicando em mudanças paradigmáticas na fonte e na forma de produção do direito uma vez que o direito positivo tem enfrentado uma certa dificuldade em dar um efetivo suporte normativo as rápidas evoluções dessas novas relações intersubjetivas.<sup>123</sup>

A globalização afeta, portanto, o Estado na figura de ordenamento jurídico.

O fato é que a economia global trouxe um novo paradigma onde o povo e o território, não são necessariamente fixos e determinados para se dizer que a autonomia do Estado seja absoluta. A própria vontade do povo manifesta nas decisões políticas, por meio de seus representantes, estão condicionadas aos mercados internacionais, às pressões de toda ordem, e até por interesses de grandes empresas privadas que pelo poder econômico, podem influenciar decisões internas.<sup>124</sup>

A identificação da natureza das instituições de direito surgidas com a globalização econômica passa pela importante questão da efetividade do próprio

---

<sup>122</sup> SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos**. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015. p. 282.

<sup>123</sup> FERREIRA NETTO. **O direito no mundo globalizado: reflexos na atividade empresarial**. p. 31-32. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp040862.pdf> Acesso em: 19 nov. 2018.

<sup>124</sup> FERREIRA NETTO. **O direito no mundo globalizado: reflexos na atividade empresarial**. p. 31-32. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp040862.pdf> Acesso em: 19 nov. 2018. p. 35-36.

princípio da soberania do Estado-nação, enquanto condição necessária (ainda que não suficiente) da teoria jurídica moderna.<sup>125</sup>

Também a atividade jurisdicional é impactada pelos fluxos da transnacionalidade. Novos direitos e novas pretensões são invocadas no cenário nacional; cortes e tribunais estabelecem acordos para cooperação transnacional; juízes usam de argumentos e fundamentos de seus homólogos para persuadir formando um verdadeiro ciclo de intercâmbio.

Com o gradativo esvaziamento da soberania e da autonomia dos Estados, o direito positivo passa por uma reformulação. Tem sua estrutura lógico-formal quase inteiramente desgastada e passa a se filiar cada vez mais a normas e cláusulas gerais e processos de concretização.<sup>126</sup> O Estado é pressionado a ampliar as condições de competitividade sistêmica, com a flexibilização da legislação trabalhista, abertura comercial, entre outros.<sup>127</sup>

#### 1.4 O Direito na Sociedade de Mercado

Neste tópico, a tese visa demonstrar a ruptura jurídica e as causas dela do Direito na Sociedade de Mercado com o estatalismo normativista e a existência humana como um imperativo importante, para caracterizar o Direito como pautado por mecanismos desterritorializados de legislação abrandada com maior dinamicidade, tal qual deseja a dinâmica das relações econômicas transnacionais.

A natureza humana<sup>128</sup>, como tema relacionado à essência do ser humano, comporta entendimentos os mais diversos, desde a sua aceitação como categoria fundamental para compreender a sua existência, até a descrença na

---

<sup>125</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1ª edição, 4ª tiragem. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 2004. p. 16.

<sup>126</sup> FARIA, José Eduardo. Globalização econômica e reforma constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 9, p. 23-33, 1996.

<sup>127</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1ª edição, 4ª tiragem. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 2004. p. 25

<sup>128</sup> Natureza humana é, “no sentido mais amplo, o conjunto completo de predisposições inatas de comportamento que caracterizam a espécie humana; no sentido mais estrito, as predisposições que afetam o comportamento social.” (WILSON, Edward O. **Da natureza humana**. São Paulo: T. A. Queiroz Editor e Editora da Universidade de São Paulo, 1981, p. 217)

possibilidade de se delimitar as condições mínimas para conferir-lhe um caráter de universalidade.

Para Arendt<sup>129</sup>, o problema da natureza humana parece insolúvel. Acredita ser altamente improvável que se possa determiná-la, até porque nada indica que o homem tenha uma natureza ou essência no mesmo sentido que as outras coisas as têm.

Denota-se que Hannah Arendt avalia a natureza humana na perspectiva das leis da natureza. Contudo, o que se pretende aferir não é uma lei da natureza humana. Leis da natureza implicam que determinados eventos ocorrem sempre da mesma maneira, porque regidos por um padrão imutável de comportamento, como o é a lei da gravitação. Os seres humanos, ao contrário, são livres para decidir sobre os seus atos, porquanto são pessoas humanas e, ao assim fazer, exercem uma racionalidade própria, a optar pelos riscos de menor abrangência e incidência.

No campo da economia, os entendimentos sobre a natureza humana também influenciaram as discussões que fundamentaram as teorias econômicas, como ocorreu na obra “A riqueza das nações” de Adam Smith. O autor constata em suas pesquisas que os homens nascem com o objetivo de satisfazer o próprio interesse econômico. A natureza humana passa a ser concebida como a busca de satisfação e progresso pessoal, em que o bem-estar social<sup>130</sup> seria dela apenas decorrência. Fundados nesta premissa, diversos pesquisadores concluíram que o homem é essencialmente egoísta e individualista, movido apenas pelos desejos de bem-estar próprio.

Em relação à expressão campo, urge ser considerada a luz projetada por Pierre Bourdieu, para quem os agentes econômicos criam o espaço, isto é, o campo econômico, que só existe pelos agentes que se encontram nele e que deformam o aspecto da territorialidade, conferindo-lhe uma certa estrutura, um sentido para a

---

<sup>129</sup> Hannah Arendt foi uma filósofa política alemã de origem judaica do século XX (1906-1975). Autora de obras clássicas como “As origens do totalitarismo” e “A condição humana”, publicadas em 1951 e 1958, respectivamente.

<sup>130</sup> Bem-estar social é, segundo Melo, o “sentimento de conforto (prazer, felicidade) experimentado pela coletividade por metas de desenvolvimento sócio-econômico. A legislação com fins sociais e culturais para assegurar esse quadro de satisfação coletiva é uma das principais articulações de natureza político-jurídica num Estado democrático.” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2000, p. 16)

utilização da força. Dito de outro modo, é na relação entre as diferentes “fontes de campo”, isto é, entre as diferentes empresas de produção, que se engendram o campo e as relações de força que o caracterizam.<sup>131</sup>

Portanto, a perda da hegemonia estatal sobre seus atributos de soberania e territorialidade, cumulado com a caracterização dos elementos de uma sociedade de mercado, fazem com que noções clássicas sejam superadas. Em complemento, a soberania política dos Estados colide com a pretensão universal de uma sociedade de mercado que lança seus aspectos físicos para múltiplos territórios e, ao assim fazer, expõe, dentre outros o seu modelo jurídico.

De fato, há uma ruptura com o modelo inaugurado pelos Tratados de Paz da Westfália na medida em que o Direito deixou de ser um acervo nacional, centrado no poder soberano do Estado. Deixou de ser nos aspectos da legislação, da execução e também da judicialização. Em síntese, o modo concentrado e hierarquizado do Direito foi colocado lado a lado com fragmentações e especializações peculiares.

Como derivação deste primado, resta saber qual o motor para a atividade normativa nos albores desses novos tempos? Em políticas nacionais e internacionais? Em processos judiciais com a observância do Estado Nacional e nos Tribunais Internacionais? Ou na economia global e outros processos sociais? Para Günther Teubner<sup>132</sup>, a experiência mostra que o direito global econômico está se desenvolvendo dentro das três esferas citadas.

Diz-se que a lei “conforma” o Mercado, definindo as prerrogativas e obrigações decorrentes do intercâmbio entre bens e capitais, oferta e procura, de modo que o esquema de negociação normaliza o desempenho, reduzindo a pluralidade de interesses encontrados na negociação para a unidade. No entanto, historicamente o Direito deve satisfazer as condições do Mercado, seja pela

---

<sup>131</sup> BOURDIEU, Pierre. O campo econômico. **Revista Política e Sociedade**. Florianópolis, v. 4, n. 6, p. 25, 2005.

<sup>132</sup> TEUBNER, Günther. Global bukowina. In: TEUBNER, Günther (ed.). **Global law without a state**. Brookfield: Dartmouth, 1997.

regulação da propriedade, do consumo, das obrigações, do trabalho ou dos contratos.<sup>133</sup>

Todas as relações legais entre proprietários construídos pelo Mercado são, antes de mais nada, um relacionamento mediado por preços, por custos, por riscos. O direito de desfrutar e alienar as coisas da maneira mais absoluta é acompanhado pelo direito de ganhar o valor do que é possuído.<sup>134</sup> Assim, valor de uso e valor de mercado tornam-se duas entidades distintas e o segundo faz o primeiro passo no ponto em que hoje o mercado pode ser identificado como o *habitat* do proprietário direto. Portanto, quanto mais propriedade for removida (por exemplo, por leis restritivas ou coletivização), menos desejável será a aquisição e seu valor será depreciado.<sup>135</sup>

Delfim Neto bem elucidada:

Assim o homem e seu meio ambiente foram inevitavelmente submetidos às mesmas leis dos mercados que governavam as mercadorias. [...] As conseqüências para a imagem que o homem faz de si mesmo e da sociedade em que se insere foram fatais. [...] A sociedade humana tornou-se um organismo, e o funcionamento da economia – o jogo das forças da oferta e da procura – moldou e contratou o processo de interação social. Esse quadro institucional reduziu todo o pensamento do homem e seus valores à economia. Conceitos como liberdade, justiça, igualdade, racionalidade e regras legais parecem realizar-se nos mercados. A liberdade é metamorfoseada na liberdade de empreendimentos. A justiça é a proteção da sociedade privada, a exigência do cumprimento dos contratos, o direito de todos é epitomizado na eficiência e na maximização dos resultados do mercado.<sup>136</sup>

O equilíbrio da sociedade de mercado exige, segundo Polanyi que "todas as transações sejam transformadas em transações monetárias" e que "todos os

<sup>133</sup> IRTI, Norberto. **L'ordine giuridico del mercato**. Roma: Laterza, 2003. p. 71.

<sup>134</sup> MATTEI, Ugo. La proprietà, in **Trattato di diritto civile**, I diritti reali, vol. I, p. 11.

<sup>135</sup> POLANYI, Karl. **La grande trasformazione**. Le origini economiche e politiche della nostra época. p. 56.

<sup>136</sup> DELFIM NETO, Antonio. A criação de alternativas. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 21 nov. 1999, p. 09.

rendimentos devem derivar da venda de algo"<sup>137</sup>. Este aspecto refere-se ao caráter abrangente do paradigma real, capaz de excluir, não apenas da exigência da materialidade dos bens, mas também da presença de uma relação entre o indivíduo e os bens<sup>138</sup>. O conceito de domínio não é mais uma condição necessária para a configuração de um direito de propriedade assentado sobre o solo que, portanto, se estende a qualquer bem que o direito dê direito à troca, tornando o próprio direito um bem intercambiável<sup>139</sup>.

Para Rachel Sztajn isso alimenta a utilização de outra estrutura:

Diferentes técnicas são empregadas pelos agentes econômicos para exercer domínio sobre a informação e o conhecimento disseminados em ambiente social que muda rapidamente. Por isso, para superar essas dificuldades, reduzir riscos e custos inerentes à produção de bens e serviços destinados a mercados, os agentes optam por criar uma outra estrutura, destinada a facilitar o tráfico negocial, organização essa que é a empresa, estrutura hierárquica em que se procura harmonizar esses diversos interesses, ao mesmo tempo em que se diminuem custo de transação.<sup>140</sup>

A mudança paradigmática pendente da formalização do novo modelo econômico é realizada através da manipulação interpretativa gradual das cláusulas sociais da Constituição<sup>141</sup>. Conforme Jacopo Paffarini, na medida em que a ação das autoridades públicas assume gradualmente uma conotação funcional da criação do mercado comum europeu, o raciocínio do Tribunal de Justiça da União Europeia é cada vez mais atraente para a premissa das teorias econômicas hegemônicas. Isso foi visto em relação ao Reenvio 223/1982, em que se refere à "liberdade de concorrência", além da função tradicional de garantir o direito subjetivo da livre iniciativa, a tarefa de proteger o mercado competitivo e sua virtude objetiva de "melhorar a qualidade dos produtos" e "conter os preços"<sup>142</sup>.

---

<sup>137</sup> POLANYI, Karl. **La grande trasformazione**. Le origini economiche e politiche della nostra epoca p. 56.

<sup>138</sup> SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigações sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Winston Fritsch. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

<sup>139</sup> ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

<sup>140</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 72.

<sup>141</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>142</sup> PAFFARINI, Jacopo. **Modelli costituzionali e società di mercato**. Lima: EGACAL, 2015, p. 165-166.

A referência a critérios econômicos inspirados pela proteção da concorrência no Mercado é progressivamente dominante na jurisprudência de variados tribunais, inclusive na experiência brasileira, conformando a semântica dos respectivos textos constitucionais da noção garantista e de limitação dos poderes para a adoção de preceitos em favor da utilidade social e da livre iniciativa<sup>143</sup>.

Portanto, o compromisso interpretativo só pode ser estabelecido por novas manifestações sobre os princípios fundamentais da ordem republicana para proteger a pessoa humana tanto em seus direitos de liberdade como em sua emancipação política e social, constituindo um "sistema misto" entre o público e o privado, o normativo e o econômico<sup>144</sup>.

Consequentemente, as confluências de todos esses primados sinalizam e apontam para a crescente simbiose entre Direito e Economia. Se antes, a Economia ajudou a conformar as características nucleares dos modelos de Estado (liberal, social, neoliberal), atualmente o que se observa é a condição secundária que exerce a Economia para os assuntos dos Estados e, sua maior atenção para as dinâmicas do Direito e suas instituições. Por tais razões, o estudo desta simbiose seja de máxima valia, tanto no plano dogmático, quanto zetético, seja no campo teórico, seja no campo empírico.

Ademais, não se pode preterir a diagnose produzida por Pierre Bourdieu, para quem:

Nada autoriza a fazer abstração da gênese das disposições econômicas do agente econômico e, mais especialmente, de suas preferências, de seus gostos, de suas necessidades ou de suas aptidões (ao cálculo, à poupança, etc.), tampouco da gênese do próprio campo econômico, isto é, da história do processo de diferenciação e de autonomização que conduziu à constituição deste

---

<sup>143</sup> ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, São Paulo, v. XVIII, n. 1, 2017, p. 178. Colhe-se: "Por exemplo: em trabalho elaborado por DURAN-FERREIRA (2009) sobre a jurisprudência do STF no controle de constitucionalidade em temas correlatos às autoridades reguladoras do sistema financeiro, verificou-se que, em quase sua totalidade, o STF se vale da argumentação econômica e mercadológica para decidir, dentro de verdadeira predileção econômica, em complexos argumentos oferecidos como definitivos para a decisão. Essa predileção pelo mercado ocorre em diversos outros contextos. No Recurso Extraordinário 407.688/AC, por exemplo, em que se discutia a legitimidade constitucional da penhora do único bem de família do fiador imobiliário, os Ministros adotaram o argumento consequencialista, atribuindo funções reguladoras ao Tribunal. O Ministro Cezar Peluzo chegou mesmo a salientar que a "técnica legislativa" da penhora em tais casos "romperia o equilíbrio do mercado" a que o Estado deveria atentar-se, despertando garantias mais custosas e, conseqüentemente, um desfalque no próprio direito à moradia pela população."

<sup>144</sup> NIRO, Roberto. *Commento all'art.41*. In R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (Org). **Commentario alla Costituzione**, vol. I, Torino, 2006, p. 850.

jogo específico, do campo econômico como cosmo obedecendo a suas próprias leis. Foi somente muito progressivamente que a esfera das trocas de mercado se separou dos outros âmbitos da existência e que se afirmou seu *nomos* específico (“negócios são negócios”); que as transações econômicas cessaram de ser concebidas com base no modelo das trocas domésticas.<sup>145</sup>

Em síntese, a relação entre Direito e Economia sedimenta-se como necessária e interdependente, seja no âmbito dos modelos estatais, seja nos modelos transnacionais de relações intersubjetivas e intercâmbio de bens, serviços e demandas pessoais, o que impacta nos fluxos de produção, interpretação e aplicação do Direito, fazendo com que a Análise Econômica do Direito transcenda a mera delimitação de construção teórica.

Em complemento, importa sublinhar que todo esse percurso histórico e argumentativo visa projetar o deslocamentos dos assuntos normativos, institucionais e jurídicos até então pautados pela ideia de soberania estatal para setorizá-los de modo fragmentado por novos padrões e novas justificativas. Há que se pactuar que a soberania perdeu pujança hegemônica pelo advento e consolidação de novos atores transnacionais, bem como, pela encampação dos assuntos políticos pelo exercício de retóricas economicistas.

Diante deste cenários a articulação institucional sobre política, soberania, parlamentos, governantes, estrita legalidade e poderes públicos é alterada por contingências oriundas desde forças externas que pressionam por novos padrões institucionais, prioritariamente pragmáticos e com maior responsividade. Por tais razões o percurso da transnacionalidade, num modelo de sociedade de mercado, interfere nas dinâmicas econômicas, seja de cunho político, seja de cunho moral.

O transnacionalismo não promove a extinção do Estado moderno. O transnacionalismo não expurga com soberania, territorialidade, elemento humano nacional ou jurisdição. Em verdade, conforme se verá ao longo desta tese, o transnacionalismo, maturado em uma sociedade transnacional de mercado possibilita maior eficiência aos padrões da Análise Econômica do Direito, visto que cria novos espaços de comparação de modelos de microeconomia, custos das transações e externalidades.

---

<sup>145</sup> BOURDIEU, Pierre. O campo econômico. **Revista Política e Sociedade**. Florianópolis, v. 4, n. 6, 2005, p. 18.

Ante o exposto, o ato de dizer o direito ao caso concreto, conforme se verá, deixa de ser mero procedimento normativo, de estrita subsunção normativa. Na realidade, justamente o normativismo exegético é o principal prejudicado pelos modelos transnacionais de sociedade de mercado. Com isso, o esquema de produção normativa e os comportamentos jurisdicionais, face ao transnacionalismo e à Análise Econômica do Direito rumam para modelos institucionais e/ou neo-institucionais.

Nos anos 90, mais de 110 países reformaram ou reescreveram completamente sua constituição. Não pode ser coincidência que, apesar da multiplicidade de causas que deram origem aos processos constituintes, exista uma similaridade nos modelos constitucionais adotados. O legado ético e ideológico do século XX está, portanto, gravado nos preâmbulos, nos artigos de abertura e, em geral, em todas as formulações das quais os princípios do Estado podem ser deduzidos em sua "política institucionalizada".

Os mecanismos da democracia desencadeados pelo Estado de bem-estar social têm sido a principal força motriz por trás dos modelos constitucionais que garantiram a governança da economia e da dialética entre os vários interesses sociais. Parte desses modelos - em particular liberdades econômicas e garantias processuais - inspirou a "transformação" (também conhecida como constitucionalização) do direito internacional e define os objetivos das principais organizações supranacionais controladas pelo bloco geopolítico das nações liberais. O restante - direitos sociais, em primeiro lugar - permanece ancorado na esfera local, impulsionado pela crise da soberania do Estado e cada vez menos compatível com o modelo de desenvolvimento definido pela dinâmica do poder nas finanças mundiais.

Em síntese, dado ao aspecto institucionalista, orientado pelas lições de Santi Romano<sup>146</sup>, sustenta que o Direito não pode ser sintetizado exclusivamente como produto do Estado. Nos dias atuais, prosseguir unicamente com a noção de Direito como resultado da vontade hierarquizada posta pelo Estado não corresponde às pressões contemporâneas.

---

<sup>146</sup> Lo Stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. **Scritti minori**. Volume I. Milano: Giuffrè, 1950, p. 311-325. Ver também: ROMANO, Santi. Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato. In: ROMANO, Santi. **Scritti minori**. v I. Milano: Giuffrè, 1950, p. 167-177.

Por tudo isso, a passagem do padrão normativo da Modernidade, gestado desde os Tratados de Paz da Vestfália, se mostram insuficiência para o contexto atual, dominado por uma sociedade transnacional de mercado, na qual, padrões e modelos microeconômicos se prestam para significar instituições clássicas e desenvolver novas instituições.

## CAPÍTULO 2

### ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E COLABORAÇÃO PREMIADA

#### 2.1 A Análise Econômica do Direito

Em que pese a autonomia do Direito, é de notório conhecimento que a construção de modelos jurídicos e o enfrentamento dos seus problemas práticos se relacionam com aspectos correcionais e preventivos de outras áreas de conhecimento. Diante dessa consideração, a relação com as ciências econômicas não pode ser ignorada, de modo que valores econômicos e jurídicos se colmatam no âmbito das instituições, das sociedades e das subjetividades.

A corrente *Law and Economics*, da qual se origina a Análise Econômica do Direito, teve sua origem nos campos acadêmicos norte-americanos a partir da década de 1960, através do discurso econômico e do trabalho de Ronald Coase<sup>147</sup> que acabou por virar objeto de pesquisa de diversos cientistas em todo o mundo. A grande consolidação do tema veio a partir do trabalho de Richard A. Posner, em 1973, com a publicação de sua obra *Economic Analysis of Law*<sup>148</sup>.

Dada a importância de seu postulado que Pedro Mercado Pacheco estratifica em quatro partes essenciais para a compreensão dos problemas jurídicos e das análises econômicas que perpassam a jurisprudência e a filosofia do Direito, na seguinte ordem: (i) um primeiro momento de pioneirismo com os trabalhos de um economista, Ronald Coase e de um jurista, Guido Calabresi, nos anos sessenta; (ii) nos anos seguintes, e a partir do exposto por Coase, consolidou-se a Escola “*Property Rights*”; (iii) consolidação acadêmica da Análise Econômica do Direito, nos anos setenta com a publicação, em 1973 da obra de Richard A. Posner em que estende, através de estudo sistemático, a Análise Econômica para ramos do Direito norte-americano; e (iv) o momento chamado crítico que, concomitantemente ou não

---

<sup>147</sup> COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

<sup>148</sup> POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8. ed. Chicago: Aspen, 2010.

com os demais, institucionalizou a crítica à Análise Econômica do Direito, principalmente no seu aspecto posneriano<sup>149</sup>.

Em síntese, tal teoria tem como premissa a utilização dos princípios da Economia como forma a direcionar o Direito. Assim como à uma aplicação de uma ciência positivada para resoluções de problemas, haveria também como fazer uma aplicação prática ao Direito.

Conforme prescreve Everaldo Lampreia:

*El AED abrió un espacio interdisciplinario para el debate entre economía y derecho, donde un abogado podría empezar a considerar las leyes como incentivos para modificar el comportamiento (precios implícitos) y como instrumentos de políticas públicas (eficiencia y distribución), y los economistas podían empezar a absorber teorías jurídicas, como la de la volición em matéria contractual.<sup>150</sup>*

Se anteriormente as inter-relações entre Economia e Direito se limitavam aos aspectos ideológicos e, especialmente, ao campo da legislação concorrencial e de defesa das questões mercantis, com o advento da proposta concebida pela Escola de Chicago, questões antes acessórias e marginais ao tema da Economia, agora passam a sofrer um referencial econômico e jurídico, com o Direito de Família, Sucessões, Personalidade, Direito Penal, Direito Processual, Direito Administrativo, Direito Ambiental e afins.<sup>151</sup>

Richard Posner define a Economia e o Direito como o conjunto de estudos econômicos que se fixam em um conhecimento detalhado de alguma área do Direito; seja o estudo feito por jurista, por economista ou por alguém que tenha

---

<sup>149</sup> PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho. una reconstrucción teórica. Colección El Derecho y la Justicia*. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1994. p. 204.

<sup>150</sup> “A AED abriu um espaço interdisciplinar para o debate entre economia e direito, onde um advogado poderia começar a considerar leis como incentivos para modificar o comportamento (preços implícitos) e como instrumentos de política pública (eficiência e distribuição), e os economistas poderiam começar absorver teorias legais, como a volição em materiais contratuais. (tradução livre)” LAMPREIA, Everaldo. *Derechos fundamentales y consecuencias económicas. Revista de Economía Institucional*, Bogotá, v. 8, n. 14, 2006, p. 89.

<sup>151</sup> GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Márcia Luisa. A importância da disciplina de análise econômica do direito para o desenvolvimento da interdisciplinaridade indispensável aos cursos de direito no Brasil. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Florianópolis (SC), v 2, n 2, 2016, p. 107-128.

ambos títulos ou uma equipe formada multidisciplinar. Desta forma há duas vias de aplicação do Direito, o método econômico, movido pelo intervencionismo ou, com o uso da microeconomia aplicada na análise do Direito<sup>152</sup>.

Para Posner, não se trata da busca de soluções mais justas (sobre o ponto de vista da corrente idealista), mas sim, soluções que devem ser repetidas a fim de possibilitar uma maior segurança jurídica, capaz de estabilizar o Mercado desde um ponto de vista multidisciplinar, sinalizando a impossibilidade de tal missão ser depositada apenas no Direito. Isto porque, no direito subjetivo pautado em princípios, leis, teses e jurisprudência, acaba por dar entendimentos diversos a casos muitas vezes idênticos, fazendo com que o Mercado reaja de uma forma negativa, pois, nunca sabe se vai perder ou ganhar uma ação.<sup>153</sup>

Richard Posner, traz a percepção do Direito que se traduz de uma forma analítica, a forma como se vê e se estuda, assim como são estudadas outras ciências cuja formula encontra-se estabelecida. Desta forma é possível sair de conceitos abstratos e partir para estudos mais práticos voltados sempre para a realidade e buscando uma satisfação econômica para problemáticas jurídicas<sup>154</sup>, como os que se apresentam no contexto dos acordos de Colaboração Premiada e consensualidade processual.

Reuniram-se na posição advinda de Chicago a tradicional corrente norte-americana de pragmatismo com preceitos utilitaristas e orientações economicistas. Não por acaso, observem-se nos postulados teóricos de Richard Posner, especialmente, a influência de Adam Smith<sup>155</sup>, Jeremy Bentham<sup>156</sup>, John Rawls<sup>157</sup> e Vilfredo Pareto<sup>158</sup>. O estudo em síntese permitiria que, caso fossem julgados sob a ótica econômica e não mais pelas técnicas jurídicas retóricas que sempre levam à

---

<sup>152</sup> POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8. ed. Chicago: Aspen, 2010, p. 16-17.

<sup>153</sup> POSNER, Richard A. The Present Situation in Legal Scholarship. **The Vale Law Journal**, v. 90, 1981, p. 1120.

<sup>154</sup> GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. Tese defendida perante o Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, 1997, p. 115 ss.

<sup>155</sup> SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigações sobre sua natureza e suas causas**. Tradução de Winston Fritsch. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

<sup>156</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Trad. Luiz João Baraúna. Coleção Os Pensadores v. XXXIV. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

<sup>157</sup> RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>158</sup> PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. Trad. João Guilherme Vargas Neto. Coleção Os Economistas. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

subjetividade, pode fazer com que os processos sejam mais ágeis e com resultados mais fiéis para todos.

Em comum, ambos os referenciais teóricos da Análise Econômica do Direito, solidificaram o postulado da eficiência econômica partindo de critérios de utilidade ordinal, com foco no comportamento humano e, prioritariamente preocupada com critérios de compensação, de modo a sistematizar as preferências individuais manifestadas na sociedade de Mercado, de modo que aquilo que outrora recebeu o nome de prazer, agora seria benefício, e a dor se chamaria custos.<sup>159</sup>

Ademais, conforme atesta Everton Gonçalves das Neves, “o Direito passa a ser persuasivo e não repressivo”<sup>160</sup>. Perquirir sobre culpa, responsabilidade, boa-fé e atributos equivalentes não se mostram de máxima valia, pois acabariam por não enfrentar a centralidade da pretensão resistida, impondo apenas custos extras e conturbando o ponto de equilíbrio do Mercado, depositando, portanto, no Judiciário, estratégico papel de atuação em saber quando exercer ou não o seu *múnus público*<sup>161</sup>.

Nesse contexto, verifica-se não apenas a forma mais rápida para resolução de demandas, mas também eficiente, se comparada com o sistema jurídico atual. Na verdade, a Análise Econômica do Direito como já dito, não se preocupa em buscar um culpado no primeiro momento, ou priorizar um Direito Fundamental a ser aplicado no caso, mas sim em identificar uma situação eficiente, como um acordo, que reduz drasticamente os custos<sup>162</sup>.

Cumulativamente, além dessa virada substancial, os preceitos da Análise Econômica do Direito, através de Ronald Coase, visam deslocar o critério de racionalidade para a situação do menor custo econômico das transações, inclusive,

---

<sup>159</sup> COPETTI NETO, Alfredo. A filosofia política utilitarista de Jeremy Bentham e o movimento law and economics difundido na University of Chicago: algumas considerações elementares. In ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Barbará. **Análise econômica do direito: desafios da leitura da economia no Brasil**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 19-20.

<sup>160</sup> GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. Tese defendida perante o Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, 1997, p. 116.

<sup>161</sup> ROSA, Alexandre Morais da. O Judiciário entre garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a "resposta correta" com Lênio Streck. **RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 1, p. 01-08, 2009.

<sup>162</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

as normativas e judiciais. As atividades já não devem ser suportadas pelo seu produtor, mas por aquele que tenha condições de absorver com o menor custo econômico. Destarte, a função de coibir o dano é preterida para a missão institucional do Direito em avaliar o ganho econômico de se permitir ou não determinado dano.<sup>163</sup>

A proposta da Análise Econômica do Direito é justamente evitar desequilíbrios econômicos, proporcionando aos envolvidos um acordo aceitável e exequível do ponto de vista de mercado e do seu campo, através de parâmetros analíticos. Inegável que em outra época, o Direito foi o mecanismo necessário a assegurar os direitos a propriedade e a livre contratação, até como forma de propiciar o capitalismo, porém, nos dias de hoje, esse mesmo Direito, sem observar a Análise Econômica do Direito, torna-se um empecilho para o desenvolvimento do Mercado<sup>164</sup>.

Diante disso, urge ser elencada a síntese produzida por Pierre Bourdieu, ao associar Economia, Direito e Sociedade na teoria do campo:

A teoria do campo se opõe, assim, à visão atomista e mecanicista que superestima o efeito do preço, este *deus ex machina*, e que, como a física newtoniana, reduz os agentes (acionistas, gerentes ou empresas) a pontos materiais intercambiáveis, cujas preferências, inscritas numa função de utilidade exógena ou até, na variante mais extrema, imutável, determinam as ações de maneira mecânica (a noção de “agente representativo”, que faz desaparecer todas as diferenças entre os agentes e suas preferências, sendo um artifício cômodo para construir modelos capazes de produzir previsões análogas às da mecânica clássica). Ela se opõe também, mas de outra maneira, à visão interacionista, que a ambigüidade fundamental da representação do agente como átomo calculador permite fazê-la coabitar com a visão mecanicista, e segundo qual a ordem econômica e social se reduz a uma multidão de indivíduos interagindo, na maioria das vezes de maneira contratual. Graças a uma série de postulados com graves conseqüências, notadamente o que consiste em assumir que as firmas sejam tratadas como *decision*

<sup>163</sup> “*What has to be decided is whether the gain from preventing the harm is greater than the loss which would be suffered elsewhere as a result of stopping the action which produces the harm. In a world in which there are costs of rearranging the rights established by the legal system, the courts, in cases relating to nuisance, are, in effect, making a decision on the economic problem and determining how resources are to be employed.*” COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p.1-44, out. 1960.1960, p. 27.

<sup>164</sup> NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Trad. Ruy Julgmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 9.

*makers* isolados que maximizam seus lucros, a teoria moderna da organização industrial transfere para o nível de um coletivo como a firma (a qual se verá que funciona, ela própria, como um campo) o modelo (cujo irrealismo se reivindica, sem se extrair daí nenhuma inferência) da decisão individual como resultado de um cálculo consciente e conscientemente orientado para a maximização do lucro (da firma). Ela se autoriza, assim, a reduzir a estrutura da relação de forças, que é constitutiva do campo, a um conjunto de interações desprovidas de qualquer transcendência em relação àqueles que nelas estão engajados, no momento, e suscetíveis de serem descritas na linguagem da teoria dos jogos.<sup>165</sup>

Por fim, não restam dúvidas sobre a relevância prática existente na Análise Econômica do Direito, especialmente no contexto em que o Direito é produto de uma Sociedade de Mercado e que decisões normativas, nacionais ou transnacionais, judiciais ou legislativas, podem impactar direta e imediatamente setores sensíveis das instituições e da sociedade.

Em complemento, pela exposição dos argumentos retro consignados, a Análise Econômica do Direito passou por linhas que a estruturam em dois sentidos: o primeiro, normativo; o segundo, positivo. De modo que ambos não podem ser preteridos quando da avaliação analítica dos institutos e dos fenômenos jurídicos.

A dimensão positiva pode ser sintetizada na preocupação e no desiderato de avaliar as consequências e os efeitos da vigência e da eficácia das normas no contexto fático, na convivialidade cotidiana, sem determinação de assuntos éticos. Tem-se também como alçada da dimensão positiva a aferição de eficiência das decisões judiciais, dos contratos e dos atos de disposição de vontade, o que faz na forma de prognoses para mensuração das consequências econômicas das normas jurídicas.<sup>166</sup>

Para tanto, a economia positiva exposta pela Análise Econômica do Direito trabalha sobre uma horizonte preditivo, que objetiva o desenvolvimento de modelos que apontem alterações na ordem econômica e também no contexto social,

---

<sup>165</sup> BOURDIEU, Pierre. O campo econômico. **Revista Política e Sociedade**. Florianópolis, v. 4, n. 6, p. 30-31, 2005.

<sup>166</sup> KEYNES, John N. **The scope and method of political economy**. Kitchner: Batoche Books, 1999, p. 42.

tentando matematizar comportamentos e ações institucionais com a menor possibilidade de surpresa e imprevisibilidade.<sup>167</sup>

Por tais razões, a avaliação dos comportamentos jurídicos seja tão caro para a Economia, pois, como é sabido, a produção, interpretação e aplicação do Direito através das suas instituições, é fator relevante e recorrente para a alteração do campo econômico, seja com regulações, execuções forçadas e/ou indenizações. Neste patamar, a economia positiva é o *locus* de sustentação de métricas de eficiência dos custos das transações.

Também é da alçada da economia positiva, em relação ao Direito, fazer com que os institutos tutelados por este escapem da condição meramente hipotética. Ou seja, objetiva, nas palavras de John N. Keynes, conformar o Direito pela probabilidade de ocorrência de determinado evento, com tendências de resultado, impondo-lhe maior concretude. Assim, variações de comportamentos econômicos impactam na variação de comportamentos jurídicos a serem regulados.<sup>168</sup>

Ademais, é importante registrar que a atividade jurídica também expressa um comportamento econômico<sup>169</sup>, especialmente em sociedades transnacionais de mercado, o que potencializa a necessidade de reflexões sobre tal modelo. Tanto para o Direito, quanto para a Economia questões como regulação, tempo, valores e custos não podem ser desprezadas.

Em continuidade, já no sentido normativo da Análise Econômica do Direito, o que se observa é a discussão sobre padrões de eticidade, correição e normas de cunho justo, de modo que visam estabelecer um ideal de justiça que convirja com modelos econômicos. Para tanto, prevalece no modelo normativo um indissociável norte de dever-ser quando da apreciação sobre Direito (entendimento, prioritariamente como Justiça) e Economia.<sup>170</sup>

---

<sup>167</sup> FRIEDMAN, Milton. **Essays in positive economics**. Chicago: Chicago University Press, 1953, p. 03.

<sup>168</sup> KEYNES, John N. **The scope and method of political economy**. Kitchner: Batoche Books, 1999, p. 18.

<sup>169</sup> KEYNES, John N. **The scope and method of political economy**. Kitchner: Batoche Books, 1999, p. 16.

<sup>170</sup> MORCILLO, Francisco Monción; BEKER, Víctor Alberto. **Economía, principios y aplicaciones**.

Destaca-se como expoente deste raciocínio as teorias construídas por Amartya Sen que argumenta a partir de uma perspectiva econômica, entretanto afastando o senso comum de maximização dos interesses individuais. Ao utilizar o pensamento de Adam Smith, Karl Marx, John Stuart Mill e John Rawls, Amartya Sen sustenta a existência de uma multiplicidade de valores que não podem ser ignorados quando da tomada de decisão: liberdade, recursos, resultados, felicidade, informação, desenvolvimento e igualdade<sup>171</sup>.

Em linhas gerais, tais valores não guardam um valor predeterminado e parametrizado, o que impede que sejam estratificados em padrões matemáticos e modelos econômicos. A amplitude de parâmetros e a condição moral que guardam, impossibilita um cálculo unificado e verticalizado por ordem de importância e relevância, o que não significa que sejam concebidos como irracionais<sup>172</sup>. Assim, o que propõe Amartya Sen é a avaliação do grau de justiça de cada ação, com a concretização de determinada ideia de bem<sup>173</sup>.

Registre-se que ambos os modelos possuem relevância e não podem ser ignorados, entretanto, para o desiderato da presente tese, há uma opção deliberada e expressa em utilizar da Análise Econômica do Direito sob argumentos positivos, em que pese a cautela para que não ocorram episódios de injustiça extrema a ser legitimados.

Para tanto, a condição de Análise Econômica do Direito e de eficiência que se introduz na presente tese não se confunde com o ideal de justiça, pois ambas não podem ser igualadas. O que procura edificar a tese é condicionar justiça com exames de custos e benefícios, prós e contras.

Ademais, no âmbito dos estudos sobre a Análise Econômica do Direito com recorte específico para a presente tese, ganha relevância as métricas de previsibilidade que tal corrente de pensamento possibilita às discricionariedades,

---

4. ed. Ciudad de México: McGraw Hill, 1999, p. 04.

<sup>171</sup> “Sobre a teoria da decisão e da escolha racional, defendi a importância de prestar especial atenção aos ‘resultados abrangentes’, que incluem as ações realizadas, as ações envolvidas, os processos utilizados etc., juntamente com os resultados simples separados de processos, agências e relações — o que tenho chamado de ‘resultados de culminação’.” SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Rio de Janeiro: Editora Schwarcz; 2009, p. 186.

<sup>172</sup> SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Rio de Janeiro: Editora Schwarcz; 2009, p. 255.

<sup>173</sup> SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Rio de Janeiro: Editora Schwarcz; 2009, p. 288.

vaguezas e ambiguidades jurídicas, bem como, para otimização dos resultados desejados.

### 2.1.1 O Direito pós-Bretton Woods

O presente item objetiva demonstrar a “virada de Copérnico” produzida no âmbito das relações jurídicas após os acordos de Bretton Woods e como as externalidades econômicas passaram a condicionar o comportamento das instituições e sua produção normativa.

Desse modo, o que se vislumbra é a tomada dos argumentos jurídicos, seja na fase de produção, interpretação e aplicação das normas por preceitos de ordem econômica, tal qual pressupõe o exercício do poder instalado na sociedade de mercado, com suporte na Análise Econômica do Direito.

Tomando como referência o contributo teórico de Paolo Grossi, para quem, cada época possui suas características peculiares e, com ela, o seu modelo de Direito<sup>174</sup>, a mudança nos âmbitos institucionais internacional e doméstico dos entes públicos e privados, potencializados pela globalização e pela transnacionalidade, fazem com o Direito não consiga tangenciar de modo incólume a força catalizadora de Bretton Woods e suas determinações.

É manifesto o fato que Bretton Woods, enquanto instituições, tornaram-se, desde sua formação, parte significativa do sistema político, econômico, jurídico e desenvolvimentista, repercutindo as ideologias de seus principais atores no cenário internacional e sendo, notoriamente, objeto de debates em relação às suas políticas, especialmente a medida em que introduziram novos modelos de normatização e regulação nos âmbitos domésticos.

Noutro ponto, considerando a crítica de Giovanni Sartori, ainda que Bretton Woods tenha solidificado os mecanismos para implementação e controle de políticas neoliberais para variadas instituições, há que se reconhecer que o giro mais

---

<sup>174</sup> GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. Roma-Bari: Laterza, 2017, p. 09-10.

impactante de todos foi romper com posições ideológicas estanques e polarizadas. No que tange ao Direito, especificamente, pouco importa sua condição à direita ou à esquerda, de modo que grande relevância que deve ofertar para a sociedade e para o mercado deposita-se no maior grau possível de responsividade e eficiência.<sup>175</sup>

Pois bem, a conferência produzida em Bretton Woods, New Hampshire, em julho de 1944, não apenas marcou a fundação do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial mas também, em termos pragmáticos, os acordos de Bretton Woods representam a antecipação da percepção geral de que a Segunda Guerra Mundial estaria finalizada em breve e, com ele um novo modelo econômico e de relações institucionais para o novo cenário. Tal afirmação é comprovada com o protocolo para constituição do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento<sup>176</sup>.

Bretton Woods em igual medida construiu um poder simbólico em paralelo que não pode ser desprezado, ao tempo em que, sinalizou uma preocupação centralizada sobre fluxos de capitais e condicionamento das soberanias estatais para gerenciamento de suas moedas e economias. A partir de tais acordos projetou-se uma sinalização clara aos Estados a sugerir que padrões econômicos seriam desde então ordenados desde um paradigma.

Todavia, para o presente estudo, dois pontos surgem com maior intensidade dos aspectos materiais e formais dos acordos de Bretton Woods. O primeiro diz respeito ao seu propósito cristalino de padronização dos mecanismos de controle, gerência e externalidades sobre o mercado e sobre a atividade econômica, desde já, transnacionalizada e espriada para múltiplos países, com sistemas distintos que ameaçam a gestão de riscos e a maximização das riquezas.

Desde as rodadas anteriores de negociação, no Panamá, em 1939, Havana, 1941 e, no Rio de Janeiro, em 1942, a representação estadunidense apresentava sistemáticas manifestações favoráveis à criação de uma organização para promover a estabilidade cambial e a circulação internacional de capital

---

<sup>175</sup> SARTORI, Giovanni. **Mala costituzione e altri malanni**. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 54.

<sup>176</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Brasil e o FMI desde Bretton Woods: 70 anos de história. **Revista Direito GV**, v. 10, n. 2, p. 469-496, jul. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/48690/47074>>. Acesso em: 23 Nov. 2017.

produtivo, reduzindo barreiras artificiais e discriminatórias aos fluxos de bens, auxiliando na correção da má distribuição de ouro, reforçando os sistemas monetários e apoiando na manutenção de políticas monetárias que evitam graves processos de inflação ou deflação, de modo a atingir nuclearmente a autonomia estatal no controle do seu mercado<sup>177</sup>.

O segundo destaque diz respeito à posição vencedora nos debates perante a Conferência. Embora 44 nações estivessem representadas, o embate sobre o modelo a ser adotado oscilou entre a posição estadunidense, sustentada por Harry Dexter White, e o plano inglês, articulado por John Maynard Keynes. Venceu a cartilha estadunidense, isto é, o liberalismo pleno para o comércio mundial sem restrições e medidas de intervenções estatais. Não obstante a pavimentação para o caminho hegemônico estadunidense, o modelo keynesiano de regulação e intervenção do Estado e de suas instituições na ordem econômica mundial foi derrocado.<sup>178</sup>

Para evitar a repetição do desastre era necessário, antes de tudo, constituir uma ordem econômica internacional capaz de alentar o desenvolvimento, sem obstáculos, do comércio entre as nações, dentro de regras monetárias que garantissem a confiança na moeda-reserva, o ajustamento não-deflacionário do balanço de pagamentos e o abastecimento de liquidez requeridos pelas transações em expansão. Tratava-se, portanto, de erigir um ambiente econômico internacional destinado a propiciar um amplo raio de manobra para as políticas nacionais de desenvolvimento, industrialização e progresso social.<sup>179</sup>

Assim, restava clara a lógica que orientaria o sistema ideológico, político, econômico, institucional e jurídico desde então. Com movimentos de variada

---

<sup>177</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Brasil e o FMI desde Bretton Woods: 70 anos de história. **Revista Direito GV**, v. 10, n. 2, p. 469-496, jul. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/48690/47074>>. Acesso em: 23 Nov. 2017.

<sup>178</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. O declínio de Bretton Woods e a emergência dos mercados “globalizados”. **Economia e Sociedade**, v. 4, n. 1, p. 11-20, fev. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643205/10754>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

<sup>179</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. O declínio de Bretton Woods e a emergência dos mercados “globalizados”. **Economia e Sociedade**, v. 4, n. 1, p. 11-20, fev. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643205/10754>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

velocidade, com avanços e retrocessos, com ou sem protestos e divergências, havia resultado como comportamento imediato que os assuntos públicos e privados, nacionais ou globais seriam a partir de então pautados segundo modelos de não intervenção e orientação econômica. Obviamente, o Direito não escapou desse contexto, sendo cooptado pelo argumento econômico da maximização das riquezas e minimização dos riscos.<sup>180</sup>

De acordo com os diplomas de Bretton Woods, a principal medida de conformação do fenômeno jurídico nacional apresenta-se quando, o Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial têm como ressalva expressa, a vedação literal que desautoriza e blinda tais Tratados da vontade política soberana dos Estados membros em interferirem nas decisões das respectivas instituições e, vice-versa.

Desde então, ainda que os Estados nacionais pretendam usar o Direito como meio de reafirmação de sua soberania, percebe-se a sujeição que passam a ter para expedientes de retaliações e pressões, inclusive, em relação aos Estados que concentrava(m) forças econômicas, militares e ideológicas relevantes, como no caso da Rússia, China e aqueles integrantes da zona do Euro.

### **2.1.2 O Direito na visão econômica de Hayek, Nozick, Friedmann**

Considerando os argumentos acima consignados e, especialmente a condição de economização do Direito, o item que se desenvolve objetiva demonstrar nos postulados teóricos de Hayek, Nozick e Friedmann a condição instrumental que o Direito possui para a economia e apresentar casos concretos para comprovação ou refutação de suas teses.

Sem prejuízo de outros autores, precedentes ou contemporâneos aos mencionados, a destinação especial aos postulados de Hayek, Nozick e Friedmann são relevantes notadamente pela fundação de uma corrente de pensamento que

---

<sup>180</sup> ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 43.

revolucionou os comportamentos jurídicos desde os objetivos econômicos correlatos à Bretton Woods.

Não se descarta a importância de autores como Adam Smith, Vilfredo Pareto, Nicholas Kaldor ou John Hicks, entretanto, os pensadores eleitos significaram a confluência dos demais em teorias novas em tempos novos. Cada um com a sua intensidade, tornou possível postulados de Ronald Coase, Gary Becker e Richard Posner, os quais serão objeto de investigação em outro momento, justamente por trabalharem uma segunda fase do neoliberalismo e com enfrentamento dos temas da Análise Econômica do Direito.

Hayek, junto de Lipmann, Friedman e Popper, foi o mentor intelectual da Sociedade de *Mont Pèlerin*, por volta de 1947, a qual foi responsável por encabeçar a defesa e difusão das ideias da doutrina do livre mercado e, também, as principais diretrizes daquilo que, posteriormente, veio a ser nominado de Neoliberalismo, com maior ênfase na América Latina. É a teoria de Hayek, deve-se lembrar, que ofereceu o mais robusto estatuto teórico ao movimento neoliberal que, a partir do pós-guerra, escolheu o Estado de bem-estar social, ao lado do keynesianismo, como seus inimigos mais contundentes.<sup>181</sup>

Hayek pode ser atribuído como o principal responsável pela maior guinada dos últimos tempos no âmbito do pensamento político-econômico, justamente pelo fato de ter engendrado o câmbio epistemológico, por assim dizer, que substituiu os fins pelos meios<sup>182</sup>. Passou a erguer a bandeira de que, em face da falibilidade humana, todo construtivismo racionalista, de Descartes à Carnap e Marx, não era mais do que uma falsa premissa. Nesse contexto, o professor vienense pugnou com muito vigor que a ideia do Estado e da Justiça Social não passavam de uma fantasia, sem qualquer sustentação racional, eis que acreditam ser vãs as tentativas de tentar prever as vontades e intenções dos homens<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa:** (des)encontros entre Economia e Direito. Florianópolis: Habitus, 2009, p. 112-113.

<sup>182</sup> HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade:** uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A miragem da justiça social. Tradução de Maria Luíza Borges. São Paulo: Visão, 1985, p. 88-92.

<sup>183</sup> HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade:** uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A miragem da justiça social. Tradução de Maria Luíza Borges. São Paulo: Visão, 1985, p. 62.

A principal falha nesse denominado construtivismo racionalista, indicada nos escritos de Hayek, é, sem sombra de dúvidas, a falibilidade humana. Considerou ser impossível um provável acordo a respeito dos fins entre particulares e, por outro lado, defendeu que um consenso entre os meios seria muito mais facilmente obtido, exatamente pelo fato de ser difícil estabelecer para quais fins tais meios serão empregados.

Por isso, os fins não justificariam os meios, para contrariar a tese de Maquiavel. Dessa maneira, há uma compreensão a respeito das normas de conduta, pois seria por conta da ignorância sobre os eventos futuros que tais normas seriam capazes de aumentar as possibilidades de todos<sup>184</sup>. Logo, ao tempo em que a falibilidade humana é condição predominante, deveria o Direito mitigá-la como modo de reduzir riscos à Economia.

Já no tocante às normas de Direito, para o Neoliberalismo, o grande problema foi a intenção do construtivismo positivista – tanto o positivismo lógico de Carnap, quanto o positivismo jurídico de Kelsen<sup>185</sup> –, de tentar colocar o Direito como uma construção racional direcionada a servir fins conhecidos. Indo além, Hayek alega que o atrelamento do pensamento político ao consenso em torno dos fins teria causado grandes prejuízos à própria democracia como um todo<sup>186</sup>. Partindo desse ponto de vista, com a falsa ideia de que todos poderiam ser satisfeitos e de que a “vontade comum” estaria sendo atendida, a democracia de bases utilitaristas teria

---

<sup>184</sup> HAYEK, Friedrich August von. *The Errors of Construtivism*. **News studies in philosophy, politics, economics and history of the ideas**. London: Routledge, 1978, p. 17 ss.

<sup>185</sup> “A unidade de direito internacional e Direito estadual pode, no entanto, ser produzida de dois modos diferentes, do ponto de vista gnoseológico. E, quando consideramos ambos estes Direitos como ordenamentos de normas vinculantes simultaneamente válidas, não o poderemos fazer por qualquer outra forma que não seja abrangendo ambos, por uma forma ou por outra, em um sistema descritível em proposições jurídicas não contraditórias. Dois complexos de normas do tipo dinâmico, como ordenamento jurídico estadual, podem formar um sistema unitário tal que um desses ordenamentos se apresente como subordinado ao outro, porque um contém uma norma que determina a produção das normas do outro e, por conseguinte, este encontra naquele o seu fundamento de validade. A norma fundamental do ordenamento superior é, nesse caso, também o fundamento de validade do ordenamento jurídico inferior. Dois complexos de normas também podem, porém, formar um sistema de normas unitário tal que os dois ordenamentos surjam situados ao mesmo nível, quer dizer, delimitados, nos respectivos domínios de validade, um em face do outro. Isso pressupõe, porém, um terceiro ordenamento, de grau superior, que determine a criação dos outros dois, os delimite reciprocamente nas respectivas esferas de validade e, assim, os coordene.” KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 368-369.

<sup>186</sup> MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre Economia e Direito**. Florianópolis: Habitus, 2009.

frustrado o projeto onde ela própria estava inserida, eis que a democracia original, de bases liberais, teria sido distorcida<sup>187</sup>.

No que tange à norma, defende Friedrich von Hayek:

A liberdade não apenas constitui um sistema no qual toda a ação governamental é orientada por princípios, mas também um ideal que só será preservado se for aceito como princípio soberano que governa toda legislação específica. Quando não existe uma persistente adesão à norma tão fundamental, como ideal último a respeito do qual não pode haver concessões com vistas a vantagens materiais - como um ideal que, embora possa ser infringido temporariamente durante uma emergência passageira, deve constituir a base de todas as disposições permanentes -, quase certamente a liberdade será destruída por violações gradativas.<sup>188</sup>

Então a ordem social não teria surgido propositadamente por um esforço racional humano, e sim pela preponderância das instituições mais eficientes num processo de concorrência. A cultura, nesse panorama, seria, nada mais nada menos, uma tradição de normas de conduta aprendidas que nunca foram inventadas e cujas funções não são, em geral, compreendidas pelos agentes<sup>189</sup>. Nesse ínterim, segundo Hayek, as estruturas decorrentes das práticas tradicionais do ser humano seriam o fruto de um processo de seleção ou triagem guiado pelas vantagens diferenciais proporcionadas aos grupos pelas práticas adotadas por razões desconhecidas e, talvez, acidentais<sup>190</sup>.

Não sem razão, é nesse sentido que Hayek defende a ordem espontânea do Mercado, que por sua vez jamais poderia ser contido, limitado ou assediado pelo Estado. Se fosse esse o caso, o intervencionismo, a máquina estatal interferiria diretamente em um processo natural de evolução. A procura por alguma espécie de igualitarismo seria, de fato, uma utopia. Nem mesmo a igualdade de oportunidade

<sup>187</sup> HAYEK, Friedrich August von. The Errors of Constructivism. **News studies in philosophy, politics, economics and history of the ideas**. London: Routledge, 1978, p. 08.

<sup>188</sup> HAYEK, Friedrich A. **Normas e ordem**. Vol. 1 de Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1983, p. 73-74.

<sup>189</sup> HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A miragem da justiça social. Tradução de Maria Luiza Borges. São Paulo: Visão, 1985.

<sup>190</sup> HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A miragem da justiça social. Tradução de Maria Luiza Borges. São Paulo: Visão, 1985, p. 162-166.

poderia ser garantida pela presença de um Estado forte, na medida em que só seria respaldada por um ambiente de livre mercado e, conseqüentemente, de concorrência.

Na proposição de Hayek, o Estado de Direito na ordem econômica, o que representa a intervenção estatal na ordem econômica, constitucionalmente se suportaria apenas através de expedientes formais de normatização e regulação. Nesse sentido, ao optar pela interferência formal, veda modelos de planificação e dirigismo jurídico sobre o econômico<sup>191</sup>. Assim, as intervenções formais não podem propor normas programáticas; devem ser elaboradas com clara ideia de estabilização e relativa imutabilidade e; precisam conceder a cada agente espaço de liberdade de escolha.<sup>192</sup>

Na mesma toada leciona Gary Becker, para quem:

*The economic approach [...] now assumes that individuals maximize their utility from basic preferences that do not change rapidly over time and that the behavior of different individuals is coordinated by explicit or implicit markets [...]. The economic approach is not restricted to material goods and wants or to markets with monetary transactions, and conceptually does not distinguish between major or minor decisions or between 'emotional' and other decisions. Indeed [...] the economic approach provides a framework applicable to all human behavior – to all types of decisions and to persons for all walks of life.*<sup>193</sup>

Ante o exposto, torna-se possível concluir preliminarmente que, para Hayek, a justiça das normas jurídicas estavam fundadas em sua condição de abstenção e não intervenção. Salvo raras exceções, os aspectos básicos das

<sup>191</sup> FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 238.

<sup>192</sup> HEINEN, Luana R. **Performatividade: o Direito transformado em dispositivo pela análise econômica do Direito**. Tese defendida perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016, p. 273.

<sup>193</sup> “A abordagem econômica [...] agora assume que os indivíduos maximizam sua utilidade a partir de preferências básicas que não mudam rapidamente ao longo do tempo e que o comportamento de diferentes indivíduos é coordenado por mercados explícitos ou implícitos [...]. A abordagem econômica não se restringe a bens e desejos materiais ou a mercados com transações monetárias, e conceitualmente não distingue entre decisões maiores ou menores ou entre decisões "emocionais" e outras. Na verdade, a abordagem econômica fornece uma estrutura aplicável a todo o comportamento humano - a todos os tipos de decisões e a pessoas de todas as esferas da vida (tradução livre).” BECKER, Gary. **A treatise on the Family**. Cambridge: Harvard University Press, 1981, p. IX.

normas afeitas ao neoliberalismo e ao modelo econômico em curso devem coibir comportamentos injustos de modo geral e abstrato, prioritariamente sob o aspecto formal, preservando aos atores econômicos espaços de autonomia. Nesse ponto, inclui-se tanto a produção, quanto a interpretação e aplicação das normas.

No afã de se construir os preceitos teóricos fundantes das inter-relações entre Direito e Economia, sobretudo, da condição acessória do Direito para com a Economia e, com ele o próprio espaço de atuação do Estado, merecem análise os postulados de Robert Nozick.

Em sua obra magna<sup>194</sup>, Nozick, visa refutar as posições de John Rawls<sup>195</sup> sobre teoria da justiça e igualdade. Mesmo ambos sendo liberais, a posição de Nozick é absolutamente assentada sobre a garantia de não-intervenção estatal.

Robert Nozick advoga em favor de um liberalismo radical, representado pela abstenção do Estado, com predominância de capacidades individuais para construir suas escolhas de modo livre. A partir desse pressuposto, Nozick torna clara sua negação à ideia de sociedade como berço de Direitos e condição de legitimidade para atuação do Estado, de modo que, em primeiro lugar, está o indivíduo livre. Tal posição constrói os contornos da atuação estatal que, nos casos de violações, estaria invadindo campo de autonomia que não lhe assegura, rompendo, inclusive com os limites jurídicos de sua função.<sup>196</sup>

Milton Friedman, especificamente, constrói sua teoria econômica com reflexos na política e no Direito sobre o seguinte argumento: a liberdade econômica é condição de viabilidade para a liberdade política, o que perpassa a questão normativa<sup>197</sup>. Desde então, sua contribuição teórica transcende aos espaços das ciências econômicas para, orientar o funcionamento dos Estados e de suas instituições, com o igual desiderato de escapar do intervencionismo estatal proposto por John Maynard Keynes.

---

<sup>194</sup> NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Tradução Ruy Julgmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 9.

<sup>195</sup> RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>196</sup> NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Tradução Ruy Julgmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 169.

<sup>197</sup> FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

Milton Friedman, todavia, para os objetivos da Análise Econômica do Direito, não obstante aos demais contributos, se destaca por sua distinção entre economia normativa e economia descritiva, a qual produzirá profunda influência nos postulados de Richard Posner e em todos aqueles vinculados com a Escola de Chicago. Tentando se valer do mesmo grau de didática de Friedman, torna possível conceituar a economia normativa como aquela que se propõe a construir propostas de políticas econômicas para influenciarem a realidade, segundo padrões teleológicos, enquanto que economia descritiva, de natureza ontológica, estaria contingenciada pela descrição dos comportamentos econômicos<sup>198</sup>.

Nesse sentido, através das proposições de Milton Friedman, o que se extrai é sua predisposição alheia ao cenário contemporâneo das relações econômicas, macro ou micro, mas na sua capacidade de fazer previsões e lançar conjunturas. A partir desses “mapas”, haveria à disposição de cada agente econômico rotas para evitar riscos desnecessários e perdas econômicas desestabilizadoras<sup>199</sup>. Assim, ao tempo em que comportamentos poderiam ser previstos, também seria possível construir padrões para como decidir sobre o Direito.<sup>200</sup>

Portanto, para os desideratos da presente pesquisa conducente à tese, ainda que objeções existam, resta viável a utilização dos preceitos da Análise Econômica do Direito, não apenas por juízo discricionário do autor, mas pela sua progressiva consolidação na prática normativa, sobretudo em tempos de transnacionalização. Ademais, propiciam um modo diverso de analisar o modelo de prestação da tutela jurisdicional e, como a ideia hegemônica de poderio do Estado produz consequências nefastas na atualidade, conforme se verá a seguir.

### 2.1.3 A Economia na visão jurídica de Castanheira Neves, Ferrajoli e Dworkin

---

<sup>198</sup> FRIEDMAN, Milton. La metodología de la economía positiva. **R.E.P.** v. IX, p. 355-397, mai./dez. 1958, p. 357

<sup>199</sup> FRIEDMAN, Milton. La metodología de la economía positiva. **R.E.P.** v. IX, p. 355-397, mai./dez. 1958.

<sup>200</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Após a análise sintética sobre os movimentos percursores da Análise Econômica do Direito e das bases cognitivas das suas principais propostas, desde o surgimento do Neoliberalismo e a derrocada da posição socialista, o que se pretende nas linhas que se seguirão é discutir o fenómeno da economização do Direito segundo juristas, não necessariamente alinhados sobre a viabilidade de tal proposta.

A escolha pelas defesas argumentativas de António Castanheira Neves, Luigi Ferrajoli e Ronald Dworkin é caudatária dessa predisposição em ver o económico sobre o olhar do jurídico. Nesse juízo, há sem dúvida uma margem de discricionariedade por parte do autor, que se justifica pela condição nuclear que se desprende em múltiplos autores em fundamentarem suas investigações nessa tríade doutrinária.

Para António Castanheira Neves, o início da tomada do Direito pela Economia e a respectiva “crise do Direito” decorre da abertura epistemológica do Direito para diálogos com outras ciências sociais. Segundo o autor lusitano, esse aspecto decorre da substituição da Filosofia do Direito pela compreensão dos fenómenos jurídicos, por forças teóricas da Sociologia e das dinâmicas sociais, sendo esse o novo cientificismo que orienta o jurídico<sup>201</sup>.

Desde então, a preocupação com sistemas de pensamento teleológicos paulatinamente se realocavam para assumir coordenadas económicas e sociais, determinada pela compreensão do ser (a ontologia), para qual as utopias seriam substituídas pelo nominalismo e pela eficiência das instituições. Para tanto, “o cariz sócio-empírico, torna-se uma ‘ciência social’, volve-se em ‘engenharia social’ (POUND, POPPER), em ‘tecnologia social’ (HANS ALBERT) etc.”<sup>202</sup>.

A ascensão dos padrões de engenharia social promoveram espaços para Análise Econômica do Direito. Nessa linha, António Castanheira Neves, reconhece que a mobilização do positivismo, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, ao dialogar com outras ciências sociais, permitiu a condução do Direito e das

---

<sup>201</sup> NEVES, António Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia** – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 53.

<sup>202</sup> GHIGONE, Luciano Taques. O fato gerador da norma jurídica à luz da análise económica do direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Coimbra, a. 2, n. 5, 2013, p. 3798.

atividades normativas por fatores alheios às suas instituições, dentre elas, a orientação econômica emergente para determinar as funções dos Estados e do próprio Direito<sup>203</sup>. Consequentemente, o Direito, por tal movimento, deixa de ser mecanismo para atuação social para se converter em expediente de orientação econômica.

A denúncia apresentada por Castanheira Neves aponta progressiva conversão do normativismo-legalista da Modernidade, cujas principais raízes estavam na norma jurídica como o ponto nuclear, a concepção do Direito como um sistema de normas e o pensamento jurídico como intencionalmente circunscritos às normas, com o objetivo de sua aplicação (paradigma da aplicação), tendenciosamente dedutiva desse mesmo sistema.<sup>204</sup>

Luigi Ferrajoli, por sua vez, partindo de pressupostos positivistas, normativistas e constitucionais, fixa-se na evolução paradigmática do Estado Constitucional de Direito, que consagrou a autonomia do Direito através da união entre as dimensões procedimental e substancial do direito produzido democraticamente no segundo pós-guerra, profundamente marcado pela sua autorreferencialidade estrutural<sup>205</sup>.

Sobre tal primado, defende que a atuação do Direito tem autonomia endógena e, portanto, qualquer interferência pode mitigar com a condição normativa do Direito. Para o jurista italiano, os direitos fundamentais positivados nas Constituições rígidas do último século mudaram completamente a estrutura do Direito Constitucional, deslocando-o da compreensão do ramo do Direito que organizava os poderes estatais para constituir-se em núcleo de limitação dos poderes, de viés garantista, criando o que o autor italiano denominou de “esfera do indecível”.<sup>206</sup>

Na toada de Luigi Ferrajoli, Jesús-María Silva Sánchez preceitua que:

---

<sup>203</sup> NEVES, António Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia** – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 142.

<sup>204</sup> NEVES, António Castanheira. **Curso de Metodologia jurídica**. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1994, p. 94.

<sup>205</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 30-35.

<sup>206</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Luiz Flávio Gomes et.al. São Paulo: RT, 2002.

[...] isso pressupõe o repúdio de uma interpretação tecnocrática do juízo de eficiência, para poder sustentar a abertura desse juízo à sociedade, a fim de permitir a autêntica integração em seu seio dos princípios de garantia. Assim, torna-se imprescindível “sair” da ideia limitada de eficiência (impraticável nesse ponto) para conhecer o valor que, no contrato social, assinalou-se a todos e a cada um dos direitos ou princípios de garantia jurídico-penais: quais vantagens associam-se à sua vigência e que custos implica sua privação.<sup>207</sup>

Com isso, a produção normativa legislada resta condicionada a partir do próprio Direito, tanto em vigência como em validade. Para tanto, é necessário que a produção normativa respeite preceitos básicos, emanados da própria ordem jurídica vigente e com condição de espraiamento para as regulações infraconstitucionais compulsoriamente. Nessa quadra da história, segundo Ferrajoli, as democracias constitucionais deixaram de ser puramente políticas, revestindo-se de forte conteúdo jurídico formal e substancial. Desta feita, os direitos fundamentais, amplamente positivados nas Cartas Constitucionais torna-se imperioso que a atividade jurisdicional também esteja limitada à moldura constitucionalmente estabelecida. Logo, o Direito encontraria sua essência na própria tessitura constitucional em vigência e com padrões de validade.<sup>208</sup>

Assim, torna-se possível entender a teoria jurídica de Luigi Ferrajoli como habilitada para fazer contraposição à doutrina neoliberal, especialmente no âmbito do Direito, pregando a vinculação estatal aos princípios e garantias fundamentais como forma de defesa dos direitos humanos, portanto, do próprio Estado de Direito.<sup>209</sup>

Como resultado desta confluência de primados, orientados pelo neoliberalismo, Luigi Ferrajoli sintetiza que, em sede de processo penal:

Disso resulta excluída, ademais, toda função ética ou pedagógica da

<sup>207</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e processo penal**. Barueri: Manole, 2004, p. 67.

<sup>208</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. v. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 61-62

<sup>209</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. v. 2. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

pena, concebida como aflição taxativa e abstratamente preestabelecida pela lei, que não pode ser alterada com tratamentos diferenciados do tipo terapêutico ou correccional.<sup>210</sup>

Ademais, mais especificamente sobre o tema da Análise Econômica do Direito, Luigi Ferrajoli refuta seus pressupostos básicos, especialmente sua tendência aberta ao utilitarismo, para quem não haveria possibilidade de coabitação em regimes jurídicos que se comprometem com a garantia de Direitos Humanos e da Dignidade da Pessoa Humana.

Tal entendimento é compartilhado por Lenio Streck, nas seguintes expressões:

Refira-se, por derradeiro, que a análise econômica do direito (AED) fragiliza sobretudo a autonomia do direito. Nesse sentido, parece não haver dúvida de que o direito surgido do paradigma do Estado Democrático de Direito deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização, alçada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política (aqui compreendida também a economia). A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos constitucionalismo social e compromissório, é, assim, a manifestação desse acentuado grau de autonomia do direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma ante as outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral (e aqui há de se ter especial atenção, uma vez que a moral tem sido utilizada como a porta de entrada dos discursos adjudicadores com pretensões corretivas do direito, levando consigo a política e a análise econômica do direito; é nesse contexto em que deve ser vista a 'retomada' da moral pelo direito, a partir daquilo que Habermas tão bem denomina cooriginariedade).<sup>211</sup>

Por sua vez, Ronald Dworkin, a partir dos pressupostos da tradição anglo-americana de Direito, lança uma dura crítica ao utilitarismo exarado pela Análise Econômica do Direito, em especial aos postulados de Richard Posner, com quem trava um dos maiores embates deste século. Em síntese, Dworkin contesta o utilitarismo e assevera que as metas coletivas que visam a maximização de

---

<sup>210</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 33.

<sup>211</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 211

vantagens econômicas, por exemplo, não podem servir de baliza para comportamentos individuais voltados para solapar direitos individuais. Para Dworkin, o problema nuclear da economização do Direito e do primado pela eficiência está relacionado com a ausência de princípio jurídico que o confira legitimidade e legalidade, isto é, uma moralidade política<sup>212</sup>.

Ronald Dworkin, de arrancada, critica a defesa de Posner da Justiça como eficiência ou maximização de riqueza, pois segundo a compreensão do filósofo do Direito em comento, o teorema de Ótimo de Pareto é circunscrito apenas à Economia, não havendo ponto de sustentação para ele no Direito. Conseqüentemente, ao se promover a economização do Direito, nas linhas propostas pela Análise Econômica do Direito, no entendimento de Dworkin, haveria uma migração de pressupostos relevantes pois sairia a juridicidade para adoção da arbitrariedade como critério norteador.

Neste sentido, é da dicção de Ronald Dworkin:

Assim, se os direitos têm sentido, a violação de um direito relativamente importante deve ser uma questão muito séria. Significa tratar um homem como menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens. A instituição de direitos baseia-se na convicção de que isso é uma grave injustiça e que vale a pena arcar com o custo adicional, em política social ou eficiência, necessário para impedir sua ocorrência.<sup>213</sup>

Afinal, se a maximização da riqueza seguir seu turno como medida de Justiça, há que se considerar que nesse caso, a Justiça seria considerada como base em variáveis que englobaria a escassez do bem jurídico, a disposição em pagar e a vontade de transferir o patrimônio. Desse modo, além da ausência de preceito normativo, segundo Dworkin, haveria noutro lado absoluta instabilidade nesse processo de resolução de pretensões resistidas<sup>214</sup>.

Noutro ponto, Dworkin se insurge à noção de eficiência norma-valor que

---

<sup>212</sup> DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

<sup>213</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 304-305.

<sup>214</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

comporta dignidade em sua concepção e função, de modo que a riqueza de determinada sociedade, ou ausência dela, ao seu juízo não significa condição de Justiça<sup>215</sup>. Após acusar pontos de imprecisão na Análise Econômica do Direito, Dworkin constrói por pensamento particular modelos que visam potencializar a associação direta entre riqueza e justiça social. Entendendo a riqueza como um valor social, desde os fundamentos econômicos, apresenta uma bifurcação de alternativas: uma modesta e outra imodesta. A alternativa imodesta (1a) estabelece que a riqueza é o componente onipresente do valor social. Por sua vez, a possibilidade modesta (1b) sustenta que a dimensão de valor social é multifacetada e difusa, sendo a riqueza apenas um dos muitos tópicos a serem conferidos<sup>216</sup>. Em consequência, sendo as atuais sociedades de natureza modesta, não restaria albergue para a posição de Posner, tal qual aponta Dworkin.

Esses, talvez sejam, os principais contrapontos à teoria econômica do Direito, ao menos, no recorte aqui proposto.

#### **2.1.4 O controle de custos na teoria de Coase**

O presente item objetiva estudar os postulados teóricos de Ronald Coase com foco central na sua teorização sobre controle dos custos das transações, avaliações de riscos e externalidades, objetivando apontar a aplicação de tais preceitos ao Direito. Justifica-se a presente proposta em virtude, primeiro, de ser Ronald Coase um essencial pensador da nova Análise Econômica do Direito, junto com Richard Posner, Guido Calabresi e Gary Becker, entretanto, seus postulados em que pese pouco debatidos na Ciência Jurídica, mostram-se atualmente de ampla relevância e mais sofisticados e impermeáveis para as críticas acima abordadas.

Coase parte da premissa que há necessidade, antes de mais nada, de se considerar o sistema econômico como um todo na forma como este é normalmente

---

<sup>215</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 359.

<sup>216</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 356-357.

tratado pelos economistas, escapando da forma orgânica<sup>217</sup>. Ainda nos idos de 1978, reconhece Ronald Coase que a economia progressiva e continuamente está se espalhando para outros segmentos de estudos e atuação prática:

*If we look at the work that economists are doing at the present time, there can be little doubt that economics is expanding its boundaries or, at any rate, that economists are moving more and more into other disciplines.[...] One striking example, with which I am familiar, is the use of economics in the study of law. The general movement is clear. Economists are extending the range of their studies to include all of the social sciences, which I take to be what we mean when we speak of economics' contiguous disciplines.*<sup>218</sup>

Trata-se, portanto de uma relativa expansão dominial, o que fica claro quando Coase registra a inserção dos preceitos econômicos sobre o Direito e suas instituições. Originalmente é Ronald Coase quem consegue e tem coragem de afirmar a centralidade das ciências econômicas para colocar em marcha as demais ciências sociais.

Ao tempo em que faz essa prognose, Coase lança um importante ponto de reflexão. Segundo ele, a capacidade da economia orientar as demais ciências de viés social perpassa pela sua condição de superar internamente sua dependência à análise monetária, pois conforme seu raciocínio, a Economia não é apenas monetária e, se assim o for, não será centralmente relevante e de baixa especificidade<sup>219</sup>.

*If it is true that the more developed state of economics, as compared to the other social sciences, has been due to the happy chance (for*

<sup>217</sup> COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica**, v. 04, n. 16, p. 387-407, nov. 1937.

<sup>218</sup> “Se olharmos para o trabalho que os economistas estão fazendo no momento atual, pode haver pouca dúvida de que a economia está expandindo seus limites ou, de qualquer forma, que os economistas estão se movendo cada vez mais para outras disciplinas. [...] exemplo, com o qual estou familiarizado, é o uso da economia no estudo do direito. O movimento geral é claro. Os economistas estão ampliando o leque de seus estudos para incluir todas as ciências sociais, o que considero ser o que queremos dizer quando falamos de disciplinas contíguas da economia (tradução livre).” COASE, Ronald H. Economics and contiguous disciplines. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 7, n. 2, p. 201-211, jun. 1978, p. 202-203.

<sup>219</sup> COASE, Ronald H. Economics and contiguous disciplines. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 7, n. 2, p. 201-211, jun. 1978, p. 208-209.

*economics) that the important factors determining economic behavior can be measured in money, it suggests that the problems faced by practitioners in these other fields are not likely to be dissipated simply by an infusion of economists, since in moving into these fields, they will commonly have to leave their strength behind them. The analysis developed in economics is not likely to be successfully applied in other subjects without major modifications.*<sup>220</sup>

Com a consideração desses fatores importantes que determinam o comportamento econômico capazes de serem mensurados em padrões monetários, o papel dos economistas deve voltar-se para os cálculos de outras variáveis, sob pena de incapacidade assimilativa. A partir de então, Ronald Coase passa a sustentar, prioritariamente, a necessidade de analisar os impactos dos custos nas respectivas transações intersubjetivas.

Essa virada paradigmática promovida por Coase é reconhecida por Richard Posner como central para a nova Análise Econômica do Direito<sup>221</sup>. Quando de sua mudança da Inglaterra, para Chicago, nos finais de 1950, Coase introduziu na Faculdade de Direito da mencionada cidade a teoria de que o modelo britânico de reparação de danos e indenizações era realizado por ditames econômicos primeiro e, posteriormente, confirmado segundo o Direito. Assim, a equação que resulta em custos de transação igual a zero, com precisa definição dos direitos reais (independentemente da parte que faça jus à sua titularidade), assegurará um resultado (mais) eficiente.<sup>222</sup> É a dicção de Coase:

Another consequence of the assumption of zero transaction costs, not usually noticed, is that, when there are no costs of making transactions, it costs nothing to speed them up, so that eternity can

---

<sup>220</sup> “Se é verdade que o estado de economia mais desenvolvido, em comparação com as outras ciências sociais, deve-se à feliz chance (para a economia) de que os fatores importantes que determinam o comportamento econômico possam ser medidos em dinheiro, sugere que os problemas enfrentados por praticantes nesses outros campos, não é provável que sejam dissipados simplesmente por uma infusão de economistas, uma vez que ao entrar nesses campos, eles geralmente terão que deixar sua força para trás. A análise desenvolvida em economia provavelmente não será aplicada com sucesso em outros assuntos sem grandes modificações (tradução livre).” COASE, Ronald H. Economics and contiguous disciplines. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 7, n. 2, p. 201-211, jun. 1978, p. 209.

<sup>221</sup> POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014, p. 31 ss.

<sup>222</sup> COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

be experienced in split second.<sup>223</sup>

Na essência, Ronald Coase, coloca a eficiência como indicador de negociações com maiores ou menores custos, de modo que quanto menor o custo envolvido, maior será o grau de satisfação da eficiência. Para tanto, conforme o denominado Teorema de Coase, é absolutamente importante que os direitos estejam claramente dispostos, pois uma vez estando predeterminados e conhecidos, as partes conseguirão envolver na resolução do negócio, as possibilidades de custo, tentando minimizá-los até próximo de zero.

Porém Ronald Coase, não apenas apresenta indicadores de custos sobre as transações, mas, introduz no pensamento econômico político a noção de que, diante de uma análise de externalidades, as pessoas e as instituições agem por incentivos para a maximização dos resultados, inaugurando uma nova racionalidade.<sup>224</sup>

Materializam-se tais postulados na tríplice ocorrência dos custos das transações, isto é, a decorrência de custos das transações originárias dos custos pela busca de informações, dos custos da barganha e dos custos do policiamento. Assim, obter informações sobre determinado produto ou serviço, bem como, eleger a melhor relação de preços é variável que não pode ser ignorada. Por outro lado, de forma solidária, o custo da negociação entre vendedor e comprador para chegada ao preço definitivo, por si, se mostra indispensável. Todavia, há que se auferir os prováveis custos derivados do inadimplemento das obrigações (sinalagmáticas) e do ônus em sendo necessária a execução forçada da obrigação<sup>225</sup>.

É com essa confluência de ideias que ganha relevo a proposta de Ronald Coase, visto transcender ao mero cenário do preço envolvido na negociação para incluir eventos possíveis que impactaram necessariamente no conjunto de custos de

---

<sup>223</sup> “Outra consequência da suposição de custos de transação nula, geralmente não notados, é que, quando não há custos de fazer transações, não custa nada acelerá-los, de modo que a eternidade pode ser experimentada em frações de segundo” (tradução livre). COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 15.

<sup>224</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 23.

<sup>225</sup> COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

qualquer transação, fazendo com que o Ótimo de Pareto torne-se mais concreto e menos sujeito às surpresas e externalidades não contabilizadas.

Em síntese apertada, Ronald Coase introduz a avaliação sobre custos das transações nas fases de negociação, celebração e execução das obrigações jurídicas, ao tratar dos custos econômicos das transações. Para tanto, determina que cada “momento” de aferição de custos aprecie: o número de fornecedores, segundo padrões de proximidade com monopólio; a especificidade dos ativos envolvidos, de modo que quando mais específico e próximo da exclusividade, maior será seu preço; o grau de incerteza, ou seja, quanto menor as perturbações e ameaças, menor o custo da transação e; a frequência das transações, sendo sua reiteração condição de elevação dos custos.<sup>226</sup>

Conforme Luana Heinen, o respectivo “teorema congrega duas hipóteses: da eficiência (como resultado necessário da transação) e da invariabilidade (independente da atribuição dos direitos)”<sup>227</sup>.

Por fim, para os propósitos dessa pesquisa acadêmica, Ronald Coase apresenta-se como doutrinador estratégico, vez que, a decisão judicial não é neutra, no ponto de vista dos seus impactos, inclusive, econômicos. Ao tempo em que o Direito e a Economia aproximam-se com maior conexão, o ato de dizer o Direito ao caso concreto não pode romper com tal dinâmica. Especificamente, os mecanismos de acordo de Colaboração Premiada e Leniência devem guardar os mesmos pressupostos, com vistas ao âmbito nacional e ao contexto transnacional inaugurado pela Globalização.

Em síntese, a consideração dos preceitos da Análise Econômica do Direito conduzem para a construção de uma “nova” hermenêutica para o Direito, capaz de associar fluxos transnacionais com os valores de uma sociedade de Mercado.

A partir desta consideração, o modo de atuação do Direito, marcado pelo

---

<sup>226</sup> COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 48-60.

<sup>227</sup> HEINEN, Luana R. **Performatividade**: o Direito transformado em dispositivo pela análise econômica do Direito. Tese defendida perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016, p. 57.

pragmatismo e pela empiria, passa a ser colmatado pela junção de preceitos legais e econômicos aptos a reduzir custos e maximizar lucros, no âmbito de uma sociedade que se tornou verdadeiro mercado transnacional, transcendendo as segmentações soberanas de cada autoridade estatal.

### **2.1.5 A análise econômica das Cortes na visão de William Landes**

Considerando o caráter dinâmico e pragmático inerente aos movimentos da Análise Econômica do Direito, há que se considerar a difusão dos seus preceitos e teoremas para além das dimensões contratuais, legais, obrigacionais e dos custos das transações. Ambas são relevantes na medida em que apresentam novas alternativas e inconformidades, contudo, é necessário que, em sede de pacificação social, os órgãos incumbidos de tal múnus atuem sem desconsiderar tais primados, sob pena de ineficiência e inefetividade, com perda de densidade jurídica e econômica dos comportamentos executados.

Portanto, a efetiva viabilidade da Análise Econômica do Direito passa inevitavelmente pelo modo de agir das cortes judiciais/arbitrais. Seguindo a posição sustentada por William Landes, a otimização do contributo da Análise Econômica do Direito se integraliza com a adequação das Cortes. Nesse sentido, os órgãos incumbidos de prestar a tutela jurisdicional devem se portar como uma empresa, que na sua essência objetiva resultados positivos, cuja atividade-fim é a prestação jurisdicional e a resolução dos conflitos, sendo os envolvidos em tal atividade seus agentes, com público destinatário disperso pela Sociedade. Logo, os custos para atendimento e satisfação de demandas judiciais não pode ser ignorado, desprezado e visto como tolerável e apresentando resultados negativos e/ou sem ganhos<sup>228</sup>.

Para a esfera criminal de atuação das Cortes, a proposição de William Landes ganha relevância na medida em que indica e parametriza modelos ideais para utilização de ritos e procedimentos eficientes, bem como, quando há relevância no uso de métodos adversariais ou métodos consensuais e, não menos destacados

---

<sup>228</sup> LANDES, William. **An economics analysis of the courts**. Chicago: NBER, 1974, p. 166-168. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3629.pdf> Acesso em: 22 fev. 2019.

pela abertura que fazem para compreensão das consequências transnacionais de cada decisão.

Para tanto, cada ator, cada sujeito da relação processual em trânsito pelas Cortes faz deliberadamente escolhas sobre os comportamentos mais adequados do ponto de vista custo-benefício, desde o tempo de tramitação suportável, até produção de provas e busca com expedientes consensuais de resolução de conflitos.

Um modelo teórico é desenvolvido primeiro que identifica as variáveis relevantes para a escolha entre um acordo e um julgamento. A suposição básica do modelo é que tanto o promotor quanto o acusado maximizam sua utilidade, apropriadamente definidos, sujeitos a uma restrição em seus recursos. Mostra-se que a decisão de se instalar ou ir a julgamento depende da probabilidade de condenação por julgamento, gravidade do crime, disponibilidade e produtividade dos recursos do promotor e do réu, custos de julgamento *versus* acordos e atitudes em relação ao risco. Em seguida, analisa-se os efeitos do sistema de fiança e o atraso dos tribunais nos encarceramentos e considera-se várias propostas para melhorar o sistema de fiança e reduzir o atraso do tribunal.<sup>229</sup>

Estes incluem "prisão preventiva", compensação monetária a réus não libertados sob fiança e a imposição de um preço em dinheiro para o uso dos tribunais. O modelo é ainda mais útil na avaliação do argumento frequentemente usado de que o sistema de justiça criminal discrimina os réus de baixa renda. Essa proposição é analisada relacionando a renda ou a riqueza de um réu com sua decisão de resolver ou ir a julgamento, a probabilidade de sua condenação e sua sentença se condenado<sup>230</sup>. As interações desses fatores com o sistema de fiança e o atraso da justiça também são examinados.

Por sua vez, no outro extremo igualmente é aplicável tais preceitos. Elevadas rendas e consideráveis patrimônios financeiros deve ser discriminado para que não se produza um tratamento jurídico não-isonômico. Nos casos de ações imputadas à corporações transnacionais, grandes inversores de investimentos, há

---

<sup>229</sup> LANDES, William. **An economics analysis of the courts**. Chicago: NBER, 1974, p. 165. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3629.pdf> Acesso em: 22 fev. 2019.

<sup>230</sup> LANDES, William. **An economics analysis of the courts**. Chicago: NBER, 1974, p. 165. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>, Acesso em: 22 fev. 2019.

que ser considerada a prestação jurisdicional como instrumento capaz de gerar efeitos e consequências. Do contrário haverão custos absolutamente desnecessários e mera simbolização do poder.

Em complemento, William Landes defende a utilização de técnicas de regressão múltipla, usadas para testar os efeitos sobre a demanda por julgamentos e sobre a probabilidade de condenação, conforme os seguintes balizamentos: parcialidade dos agentes envolvidos; possibilidade de prisão preventiva; filas cronológicas de tribunais e taxas de congestionamento; a extensão da potencial sentença; despesas e custas judiciais; valores dos honorários advocatícios dos réus; e variáveis demográficas, como tamanho da população, região e renda<sup>231</sup>.

Diante da formulação defendida por Landes a avaliação sobre os custos das Cortes deve perpassar o comportamento de cada ator envolvido em seus atos. Então, ao analisar a função do Promotor de Justiça, preceitua que para este interessa maximizar o número esperado de condenações, preferindo sentenças mais longas a sentenças mais curtas. Para William Landes, assim age o Promotor, pautando-se pela ideia de “ótimo social”, visto que as sentenças esperadas são consideradas como preços que a comunidade cobra por várias ofensas, então o comportamento do Promotor equivale a maximizar o "lucro" da comunidade para um determinado nível de despesas com a acusação<sup>232</sup>.

Por sua vez, para os atores envolvidos nos procedimentos de defesa, os custos junto às Cortes são traduzidos pelo custo da condenação ou pelo custo da absolvição. Ocorre que no itinerário entre condenação ou absolvição, abre-se uma ramificação entre sentença e transação, para a qual se volta a gênese da questão dos custos aos acusados.

Segundo o modelo desenvolvido por William Landes, nos casos aptos à escolha entre transação ou instrução e julgamento, o réu escolheria entre um julgamento ou acordo com base no fato de sua utilidade esperada do primeiro ser maior ou menor que a sua utilidade do último. Da mesma forma, o Promotor escolheria a alternativa que maximiza sua função de condenação. Portanto, uma

---

<sup>231</sup> LANDES, William. **An economics analysis of the courts**. Chicago: NBER, 1974, p. 166-167. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>, Acesso em: 22 fev. 2019.

<sup>232</sup> LANDES, William. **An economics analysis of the courts**. Chicago: NBER, 1974, p. 168. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>, Acesso em: 22 fev. 2019.

condição necessária para um acordo é que tanto o acusado quanto o Promotor de Justiça obtenham simultaneamente um acordo em comparação com os resultados esperados do julgamento.<sup>233</sup>

Dentro dessa faixa, isso dependeria das forças de barganha relativas das partes envolvidas. Em geral, seria de se esperar uma sentença menor negociada quanto menor a probabilidade de condenação em um julgamento. Logo, um acordo com maior densidade estaria relacionado com evidências da prolatação de uma sentença dotada com maior rigor e constrição de direitos e liberdades. Sendo assim, na esteira de William Landes, não se pode tolerar descompasso entre acordos e transações demasiadamente rigorosos e sentenças significativamente brandas, sendo a recíproca verdadeira. Assim, como resultado, a sustentação de Landes condena qualquer juízo conducente à apostas e riscos aleatórios, produzidos tanto em transação, quanto em condenação.

Contudo, em estágio seguinte há uma questão que se mostra central: qual variável faz pender as barganhas de um julgamento para procedimentos de transação? Na construção de William Landes, o ponto de conversão da sentença para a transação se dá quando há incertezas no acusador sobre a formação de culpa suficientemente sólida para uma condenação rigorosa. Em relação ao acusado, este opta pela transação quando o histórico de condenações e restrições desponta de absolvições, prescrições e outros benefícios.<sup>234</sup>

Não obstante, em igual relevância há a questão de custos financeiros de acesso à jurisdição e despesas judiciais, inclusive honorários. Assim, na realidade estadunidense, objeto de retrato de William Landes, caso houvesse uma redução dos valores a serem pagos, isso importaria em uma preterição da opção de transações e no aumento de julgamentos.<sup>235</sup>

Igualmente não se pode ignorar o efeito *marketing* como uma determinante para a opção pela barganha ou pelo julgamento. Pelo acusado, a

---

<sup>233</sup> LANDES, William. **An economics analysis of the courts**. Chicago: NBER, 1974, p. 170. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>, Acesso em: 22 fev. 2019.

<sup>234</sup> LANDES, William. **An economics analysis of the courts**. Chicago: NBER, 1974, p. 172. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>, Acesso em: 22 fev. 2019.

<sup>235</sup> LANDES, William. **An economics analysis of the courts**. Chicago: NBER, 1974, p. 173-174. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>, Acesso em: 22 fev. 2019.

constatação de absolvição em um tribunal dará a ele vantagens de promoção pessoal. Por sua vez, o acusador, também logrará êxito se conseguir a condenação em um tribunal, colocando-o em evidência e destaque.<sup>236</sup>

Neste sentido, sendo falha ou não, para William Landes, a questão de ser o acusado culpado ou inocente não é o centro do problema. Ao máximo, pode impactar em custos de obtenção de provas e questões morais. Em síntese, o interesse reside nas vantagens e desvantagens da barganha e seus custos. Tanto é assim que, para Landes, a riqueza dos acusados e a extensão de seu patrimônio é uma variável importante a ser considerada, visto que, na proporção da riqueza dos acusados se estende o uso de recurso e a densidade das sentenças, de modo que, empiricamente os menos abastados provocam menos recursos e menos incidentes processuais. Com isso, as possibilidades de condenação diminuem conforme aumenta a condição de riqueza dos acusados, incluindo, assim, a viabilidade de transações.<sup>237</sup>

Para os propósitos da tese que se defende, a contribuição de William Landes deve ser associada com a noção de custos das transações de Ronald Coase, incidentes em uma sociedade transnacional de mercado, na qual, avaliação de custos, benefícios, externalidades e eficiência devem ser apreciados para além dos aspectos locais/regionais de cada jurisdição.

Uma vez mais se sustenta que procedimentos de sanção aos delitos cometidos por corporações e detentores de fortunas desafia uma transcendência ao mero silogismo conducente à uma sentença adjudicada. Ao se persistir por tal regime, além da circunstâncias recorrentes e extremadas de injustiças, sob o aspecto moral, potencializará custos para todos, desde a acusação até a defesa, sob o aspecto econômico.

Sendo assim, uma “nova” hermenêutica jurídica precisa ser desenvolvida, sem rupturas com variáveis econômicas, inclusive, por ser a economia um bem juridicamente tutelado e, noutro cenário, para ser capaz de entender e viabilizar um projeto jurídico que não se condiciona apenas ao território soberano de cada Estado

---

<sup>236</sup> LANDES, William. **An economics analysis of the courts**. Chicago: NBER, 1974, p. 173-174. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>, Acesso em: 22 fev. 2019.

<sup>237</sup> LANDES, William. **An economics analysis of the courts**. Chicago: NBER, 1974, p. 173. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>, Acesso em: 24 fev. 2019.

e de cada Jurisdição.

## 2.2 COLABORAÇÃO PREMIADA

Em que pese o debate recente, há tempos os expedientes de consensualismo por meio de acordos de colaboração premiada foram introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente por meio de importações de modelos já implementados em países como Estados Unidos, Inglaterra e Itália<sup>238</sup>. Iguamente longa é a relação do Brasil para com a comunidade internacional em sede de pactuação de tratados sobre a matéria.

Ainda que precedentes históricos possam ser vistos nas Ordenações Filipinas, nas alturas do Livro V, VI, item 12, quando estabelecia a possibilidade de perdão aos malfeitores que dessem outros à prisão, nos casos de crimes de Lesa Majestade e, ainda que no Código Penal de 1942 existam benefícios penais, foi somente na Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos<sup>239</sup>) que uma concepção mais próxima da realidade do *plea bargaining* ou do *pentitismo* ganhou espaço no Brasil, instalando uma nova forma de pensar sobre o Processo Penal.<sup>240</sup>

Com isso, o modelo brasileiro, em certa medida, tratou de conjugar no âmbito da Colaboração Premiada aspectos de natureza negocial (*plea bargaining*) com a condição de arrependimento (*pentitismo*), aproveitando deste modo o sistema estadunidense com o regime italiano. Por outro lado, preferiu sustentar-se sobre as experiências estrangeiras, ao invés de invocar remotas heranças de outrora, com a pena de traição, conforme o ocorrido com os Inconfidentes mineiros e os Conjurados

---

<sup>238</sup> ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and its History. In: **Columbia Law Review**/Faculty Series, New York, 79 Columbia Law Review 1, pp. 1-43, 1979.

<sup>239</sup> “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha [associação criminosa], possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)”

<sup>240</sup> “No Brasil, a delação premiada registrou seu primeiro indício nas Ordenações Filipinas, e também era presente na época ditatorial a fim de descobrir quem estava contra o governo. Mas apenas com a Lei dos Crimes Hediondos, passou a ser expressamente prevista no nosso ordenamento jurídico.” ROSA, Alexandre Morais da; Sant’ana, Raquel Mazzuco. **Delação premiada como negócio jurídico**: a ausência de coação como requisito de validade. Florianópolis: Emais, 2019, p. 24.

baianos.<sup>241</sup>

Nos anos de 1990, a figura da Colaboração Premiada foi introduzida por alterações legislativas no Código Penal (art. 159<sup>242</sup>), na Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional<sup>243</sup>, na Lei de Crimes contra a Ordem Tributária<sup>244</sup>, na Lei de Proteção da Vítima e de Testemunhas<sup>245</sup> e na lei definidora de organizações criminosas<sup>246</sup>. Na década seguinte, a legalização dos Acordos de Colaboração Premiada impactou na Lei Antitruste, na Lei de Lavagem de Dinheiro e Capitais<sup>247</sup> e na Lei de Drogas<sup>248</sup>, estando, contudo, dispersa de padrões uniformes para o uso do instituto.

Ante tal cenário de sobreposição normativa, até o advento da Lei nº

<sup>241</sup> PAGLIARINI, Alexandre; CLETO, Vinicius. Um Balanço sobre Colaboração Premiada. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 12, n. 39, p. 313-335, 26 mar. 2019.

<sup>242</sup> “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).”

<sup>243</sup> “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha [associação criminosa] ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)”

<sup>244</sup> “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha [associação criminosa] ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)”

<sup>245</sup> Art. 13 (“Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso”) e art. 14 (“O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços)”

<sup>246</sup> “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 [dois terços] a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada”

<sup>247</sup> “A pena poderá ser reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”

<sup>248</sup> “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços)”

12.850/2013, questões centrais sobre acordos de colaboração premiada habitavam uma zona nebulosa. Baixa era a delimitação sobre a espontaneidade da colaboração pelo denunciante, sobre a mensuração e indicação de relevância das informações apresentadas, sobre os contornos da organização criminosa, sobre os benefícios a serem concedidos ao colaborador, sobre a recuperabilidade do produto do crime e sobre a necessidade de validação pelo Poder Judiciário.<sup>249</sup>

Coube à Lei nº 12.850/2013 regular meios de cooperação judicial, no formato de negócio jurídico processual, com adequações semânticas, como por exemplo, delação premiada versus colaboração premiada<sup>250</sup>; com fixação da sua função enquanto meio de obtenção de prova e a relação dos imputados com as autoridades competentes.

Ocorre que no contexto brasileiro, a fase de normatização do instituto coincidiu pela popularização de seu uso e por pretensões extrajurídicas decorrentes de criminalidade organizada envolta em casos de crimes conexos à corrupção. Assim, a novidade normativa coincidiu com a utilização inaugural em um cenário de fortes polêmicas, críticas, desacreditações e rejeições.

Diante disso, o tema avançou para tópicos de racionalidade e passionalidade. A efervescência política, institucional e social dos últimos cinco anos fez com que o instituto da colaboração ganhasse destaque e fosse objeto de controvérsias no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em múltiplos casos.

Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal, na experiência brasileira se apresentou como lastro jurisprudencial, para casos em concreto e, noutro lado, como arrimo doutrinário na definição do sentido e dos objetivos dos respectivos meios de colaboração premiada. Ao assim se comportar, atua de modo tênue entre

---

<sup>249</sup> LIMA, Márcio Barra. A Colaboração Premiada como Instrumento Constitucionalmente Legítimo de Auxílio à Atividade Estatal de Persecução Criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs). **Garantismo Penal Integral: Questões Penais e Processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 55.

<sup>250</sup> “Cabe ressaltar sobre a etimologia do termo delação que tem origem latim “delatio”, de *deferere*, na sua concepção de denunciar, delatar, acusar, deferir. A delação premiada consiste em uma técnica de investigação em que o Estado oferta benefícios àquele que confessar e prestar informações uteis ao esclarecimento do fato delituoso. É mais precisamente chamada “colaboração premiada” – visto que nem sempre dependerá ela de uma delação.” ROSA, Alexandre Morais da; Sant’ana, Raquel Mazzuco. **Delação premiada como negócio jurídico: a ausência de coação como requisito de validade**. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 23.

as questões abstratas e as demandas concretas, entre o difuso e o concentrado, atesta o ser e prescreve o dever ser. Como resultado, oscilações são constantes sobre o instituto, o que gera, dentre outros, custos e riscos desnecessários.

O julgamento do HC nº 127.483, de relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli, no âmbito do Supremo Tribunal Federal é retrato destes movimentos, a saber:

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual personalíssimo, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como 'meio de obtenção de prova', seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o imputado colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal (...). Note-se que a Lei n. 12.850/13 expressamente se refere a um 'acordo de colaboração' e às 'negociações' para a sua formalização, a serem realizadas 'entre delegado de polícia', o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor' (art.4º, §6º), a confirmar que se trata de um negócio jurídico processual.<sup>251</sup>

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Sexta Turma, quando da discussão do Habeas Corpus nº 90.962 sintetizou os contornos semânticos envolvendo os acordos de colaboração premiada, ao dispor que: "O instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime". Todavia, tal posição se mostra controvertida e relativamente reacionária, pois segue se pautando pela condição de culpa confessada. Ao assim agir, o Superior Tribunal de Justiça se mantém atrelado à

---

<sup>251</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 127.483. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, Diário da Justiça nº 181, de 14 de Setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.aspdataPublicacaoDj=5&incidente=4747946&codCapitulo=2&numMateria=26&codMateria=4>>. Acesso em: 12 de nov. 2018.

noção de perdão e refratário as meios de consensualidade na esfera criminal<sup>252</sup>.

Com isso, defende a presente tese que, o instituto de Colaboração Premiada, desde seu percurso institucional no Brasil, não pode ser compreendido apenas como ato de reconhecimento de culpa e meio para abrandamento de suas responsabilidades penais. Caso assim se faça, estar-se-á reprecinando a cultura inquisitorial prevista nas Ordenações coloniais, incompatível com a ordem constitucional vigente, com os fluxos da sociedade transnacional de mercado e com a própria Lei nº 12.850/2013.

Portanto, o atual estado d'arte demanda a sedimentação da ideia de ter a Colaboração Premiada como um negócio jurídico processual, no qual instrumentalizam-se expedientes de investigação criminal para a produção de provas, em que o delator e/ou colaborador fornece as informações exigidas por lei, de difícil coleta pelos órgãos estatais, obtendo do Estado um prêmio, ante a opção tomada – voluntariamente – em contribuir com o sucesso da persecução criminal.

Em verdade, o núcleo da *questio iuris* reside no rebaixamento da noção de culpa e na sublimação dos indícios de provas e das provas mais adequadas para subsidiar órgãos de investigação, processamento e julgamento em matéria penal. Sem tal entendimento, o instituto da Colaboração Premiada perde sentido e função.<sup>253</sup>

Sem prejuízo dos argumentos já levantados, há que se destacar que entre o sentido e a função; entre os meios nacionais e transnacionais; entre o Direito e a Economia, a prática de pactos de Colaboração Premiada deve conservar atributos substanciais do devido processo legal, notadamente, a ideia de presunção de inocência, a não coação para autoincriminação, a garantia à ampla defesa e ao contraditório e também da vedação ao juízo de exceção, preceitos estes fincados na Carta Republicana de 1988. Em verdade, como assevera Nestor Tavora;

---

<sup>252</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 90.962. Relator Paulo Gallotti. Diário da Justiça, Brasília-DF, 22 de Junho de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IT&sequencial=1063105&num\\_registro=200702217309&data=20110622&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IT&sequencial=1063105&num_registro=200702217309&data=20110622&formato=PDF)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>253</sup> CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**: Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 35.

O delator ou colaborador não responde por falso testemunho (art. 342, CP), eis que a condição de corréu ("parte" da relação processual) é incompatível com a qualidade de testemunha (necessariamente isenta de suspeição). Deveras, a delação premiada é um testemunho impróprio (aquele que não presta compromisso de dizer a verdade e é ouvido na condição de informante), eis que possui ingredientes de interrogatório e de prova testemunha (quando se reporta a participação dos demais coautores). Também não responde o delator ou colaborador pelo crime de denúncia caluniosa (art. 339, do CPP), porquanto repugna à racionalidade subjacente à garantia do devido processo legal admitir-se possa o aparelho repressivo estatal, simultaneamente, estar a investigar a veracidade de uma delação e a processar o autor dela por denúncia caluniosa. Caso o delator, além de referir os delitos que participou com outros coautores, também informe detalhes sobre crimes que não tenha concorrido, objeto de outro processo penal sem relação de conexão ou de continência com a trama delituosa de que fez parte, a natureza de suas declarações, quanto a tais infrações diversas, será de prova testemunhal<sup>254</sup>.

Simultaneamente à discussão sobre a semântica envolvendo o instituto da Colaboração Premiada, duas outras discussões se mostram com relevo, a saber: a extensão dos benefícios e prêmios ofertados, bem com, os limites de atuação do Judiciário e dos órgãos de investigação e acusação. Isso trouxe imediata instabilidade nos acordos celebrados e prudência com novos termos de pactuação, sendo ilustrativo, por exemplo, o fato que entre 2015 a 2019 foram homologados no Supremo Tribunal Federal 110 acordos, contudo, a Procuradoria Geral da República, entre setembro de 2017 e abril de 2019 celebrou apenas 1 acordo de colaboração premiada. Neste mesmo período, rescisões e anulações de acordos de colaboração premiada pela Procuradoria Geral da República foram superiores aos novos acordos.<sup>255</sup>

Sendo a Colaboração Premiada negócio jurídico processual, através do qual se obtém provas voluntariamente ofertadas pelo beneficiário do prêmio, e diante dos números acima destacados, há que ser sublinhada uma evidência nodal

---

<sup>254</sup> TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 634.

<sup>255</sup> BRASIL. Procuradoria Geral da República. SIMCO. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/procuradoria-geral-da-republica-cria-sistema-para-monitorar-acordos-de-colaboracao-premiada>. Acesso em: 11 jun. 2019.

para o estudo em curso: por força da expressiva maioria de acordos decorrentes de agentes econômicos de mercado, as informações repassadas/obtidas, são informações de relevância econômica, muito mais que questões meramente criminais.

Em outras palavras, a atividade jurisdicional brasileira, ao utilizar os meios de Colaboração Premiada, adentrou em territórios típicos das relações econômicas e com imersão total em teoremas da Economia. As informações oferecidas/repassadas pelos colaboradores não são outras que advindas das lógicas especulativas do mercado, incluído nas redes da globalização. Como consequência, o manejo inadequado de tais informações não apenas atinge à integridade do Direito, mas, primeiramente, desequilibra o Mercado, impondo custos extraordinários.

Portanto, em razão dos números apresentados, em que pese a confidencialidade de informações relacionadas constantes no Sistema de Monitoramento de Colaborações (SIMCO), operado pela Procuradoria Geral da República, torna-se cristalina a condição de instabilidade existente sobre a função e extensão dos acordos de Colaboração Premiada, visto que, nos casos de rescisão ou anulação dos respectivos pactos, as provas são preservadas em sua integridade e os prêmios extintos, em clara afronta ao equilíbrio de custos e benefícios inerentes à Economia em geral.

Diante disso, o prêmio ao agente colaborador, nos termos do art. 4º da Lei nº 12.850/2013<sup>256</sup>, condiciona-se ao preenchimento de requisitos segundo os quais se possa aferir: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura

---

<sup>256</sup> Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

(...)

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm) Acesso em: 10 jun. 2019.

hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Em relação ao perfil do colaborador, fixa a mencionada norma regente, em seu artigo 4º, § 1º, que exaustivamente serão considerados os seguintes requisitos, quais sejam: “Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

Entretanto, diante do teor da norma e dos expedientes manejados na prática, urge ser ressaltado um aspecto em especial: a norma se atém aos elementos criminológicos do delito, dos autores, dos meios delitivos e das vítimas, seguindo o padrão clássico iluminista. Por sua vez, no campo prático, o que se observa é a inclusão de tópicos que envolvem o funcionamento econômico de corporações e grupos econômicos, sendo, portanto, indispensável, nesta fase, a sustentação de uma hermenêutica que consiga corresponder aos conceitos da Economia e do Mercado.

Ademais, oscila a Lei nº 12.850/2013 entre conceitos aberto e preceitos taxativos-exaustivos, como no caso dos requisitos para a premiação e os atributos do colaborador, fazendo com que a atuação do intérprete seja destacada, alcançado um espaço de extremo cuidado. Sem prejuízo das questões anteriores, tal intuição ganha destaque quando da apuração sobre a voluntariedade da colaboração e seu grau de eficácia, fazendo com que tópicos de voluntariedade do agente público responsável pela negociação e pela homologação sejam determinantes no processo de colaboração premiada.

Passada a fase de negociação com a autoridade da Polícia Federal (e/ou Civil) ou do Ministério Público competente, com sigilo dos atos e dos envolvidos, com apresentação das provas e registro escritos das negociações, verdadeira contratualização entre o colaborador e o Estado<sup>257</sup>, a presença dos requisitos e

---

<sup>257</sup> ARAS, Vladimir. Técnicas Especiais de Investigação. In: DE CARLI, Carla Verissimo (org).

condições objetivas e subjetivas deverá ser objeto do controle judicial, por ocasião da decisão homologatória, em um primeiro momento, e por ocasião da sentença, em um segundo momento, quando então alcançaria sua efetiva confirmação, atendendo ao objeto a que se propôs.

Ainda que ao juiz responsável pela homologação seja defesa sua participação em qualquer etapa do acordo de Colaboração Premiada<sup>258</sup>, conhecendo da mesma somente após a confecção do Termo ou Acordo propriamente dito, quando o julgador se habilita verificar o relato da colaboração e seus possíveis resultados ou ouvir o agente colaborador, aqui está a brecha para o voluntarismo judicial, de modo que a homologação não é mera “homologação”, havendo sim, juízo de mérito sobre o ato.<sup>259</sup>

Após a protocolização do Termo de Colaboração Premiada, a análise para homologação, caracterizada pela decisão inicial e depois, pela sentença levante-se a condição de sigilo até então imperativa. Aqui abre-se janelas específicas para acesso dos documentos aos defensores<sup>260</sup> e envia-se para apensamento junto ao Inquérito Policial ou Ação Penal em curso.

Mesmo que razões investigativas possam ser consideradas para a manutenção do sigilo sobre a transação, sob o ponto de vista do Mercado e dos custos das transações, isso cria uma “quebra” na lógica operacional de investidores e consumidores<sup>261</sup>. Considerando o episódio dos acordos de colaboração dos

**Lavagem de Dinheiro:** prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 431

<sup>258</sup> Dispõe o artigo 4º, § 6º, da Lei 12.850/2013: “O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.”

<sup>259</sup> “[...] insta ponderar que a própria legislação de regência determina que a participação do juiz no acordo de colaboração premiada dar-se-á em dois momentos distintos: o primeiro quando da homologação do acordo, em um juízo de deliberação (artigo 4º, § 7º); o segundo quando da concessão dos benefícios, ao final da instrução processual (artigo 4º, § 11).” SALOMI, Máira Veauchamp. **Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação**. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 151-184.

<sup>260</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº. 5.700. Requerente: Ministério Público Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%285700%2E%2E%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/zudf82f>>. Acesso em: 20 março 2019.

<sup>261</sup> Artigo 7º, §2º: “O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de

irmãos Batistas, dirigentes do grupo J&F<sup>262</sup>, pode-se sugerir meios de prévia comunicação oficial entre agentes públicos responsáveis pela celebração dos acordos de colaboração premiada e autoridades mobiliárias, como a Comissão de Valores Mobiliários (CVM)<sup>263</sup>, a fim de evitar práticas como *inside trader*.<sup>264</sup>

---

defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento”.

<sup>262</sup> “O Ministério Público Federal em São Paulo (MPF/SP) denunciou à 6a Vara Federal Criminal de São Paulo os irmãos e empresários Joesley e Wesley Batista, controladores do grupo J&F, pelos crimes de uso indevido de informações privilegiadas e manipulação do mercado, investigados na Operação Tendão de Aquiles. Os acusados minimizaram prejuízos mediante a compra e a venda de ações e lucraram comprando dólares com base em informações que dispunham sobre o acordo de colaboração premiada que haviam negociado com a Procuradoria-Geral da República.

Conhecedores profundos do mundo dos negócios, os irmãos empresários sabiam que a sua “delação-bomba”, que atingiu o mais alto escalão da política nacional, teria duas consequências imediatas: a queda das ações da JBS e a alta do dólar. Juntos, Wesley e Joesley atuaram para reduzir o prejuízo com os papéis e lucrarem com a compra da moeda americana, aproveitando-se da informação privilegiada e, como consequência, manipulando o mercado de ações.

As operações atípicas não passaram pelo crivo do Conselho de Valores Mobiliários (CVM), que imediatamente iniciou uma investigação administrativa, e da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, que já investigavam os controladores do grupo J&F (dono da JBS) em seis operações (Sépsis, Greenfield, Cui Bono, Carne Fraca, Bullish e Lama Asfáltica).

Segundo a denúncia do MPF, lastreada em documentos e dados obtidos pela CVM e pela PF, as operações ilegais de venda e compra de ações ocorreram entre 31 de março e 17 de maio. Em 7 de março, Joesley gravou a conversa com o presidente Michel Temer e, no dia 28 do mesmo mês, os colaboradores assinaram termo de confidencialidade com a PGR. Em 3 de maio, o acordo de colaboração foi assinado com a PGR, dia 11 o Supremo Tribunal Federal homologou o documento e, no dia 17, véspera do levantamento do sigilo pelo STF, vazou para a imprensa a informação da colaboração.

Neste período de gravações, depoimentos e tratativas, Joesley (diretor-presidente da J&F Investimentos S/A e presidente da FB Participações, empresa controladora da JBS) determinou a venda de 37.427.900 ações da JBS na bolsa, pelo valor de R\$ 373.943.610,00, entre os dias 20 de abril e 17 de maio.

Entre os dias 24 de abril e 17 de maio, Wesley determinou a compra de 23.037.500 ações da JBS pela JBS S/A, por ele presidida. As operações não foram negadas pelos acusados em audiência de custódia. A operação casada evitou uma perda financeira ainda maior com a desvalorização dos papéis por ocasião da divulgação da colaboração e os irmãos amenizaram o prejuízo com os R\$ 138,3 milhões que resultaram do negócio ilegal.” Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-sp-den...a-por-uso-de-informacoes-privilegiadas-e-manipulacao-do-mercado>

Acesso em: 30 jun. 2019.

<sup>263</sup> Tal circunstancia se tornou ainda mais em evidencia após as consequências decorrentes do Acordo de Colaboração Premiada dos dirigentes do grupo J&F – JBS, onde, em face de sua divulgação e o impacto à Bolsa de Valores e o mercado cambial deflagrou na Comissão de Valores Mobiliários – CVM a abertura de inquéritos administrativos sancionadores pela Superintendência de Processos Sancionadores – SPS e pela Procuradoria Federal especializada junto à CVM – PFE/CVM visando apurar e punir os responsáveis pela delação firmada pois, no dia seguinte a sua divulgação pela imprensa nacional “no mercado futuro de dólar, o contrato com vencimento em 01.06.2017 atingiu, na abertura do pregão, o limite de alta de 6%, estabelecido pela *Cleating* da B3 S.A. – Brasil Bolsa Balcão (doravante denominada “B3”), razão pela qual a B3 elevou o limite de alta para 8%. O preço de fechamento do contrato saltou de R\$ 3.146,50 (em 17.05.2017) para R\$ 3.380,00 (em 18.05.2017), representando alta de 7,42% (a maior em mais de 14 anos).

Diante desse contexto, a Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários – SMI recebeu: (i) em 18.05.2017 e 22.05.2017, comunicados de indícios de irregularidades de quatro agentes de mercado; (ii) em 18.05.2017, Ofício da BM&FBovespa Supervisão de Mercado – BSM com apuração preliminar sobre a atuação da JBS no mercado de derivativos de câmbio; e (iii) em

Do exemplo trazido à baila pode-se verificar facilmente as externalidades negativas originárias de uma simples divulgação pela imprensa de um Acordo de Colaboração onde, sem atentarem para as consequências de sua formulação, afetam, sensivelmente, o Mercado como um todo, impactando não só na confiança do país como também no funcionamento dos indicadores econômico-financeiros, como se pode denotar nos gráficos adiante<sup>265</sup>:

## Dólar em maio

Valor de fechamento na venda em R\$



FONTE: Reuters



Infográfico elaborado em: 18/05/2017

24.05.2017, Ofício do Banco Central do Brasil – BCB com um relatório de análise das “operações nos mercados derivativos realizados por empresas do grupo J&F”.

Após análise, a SMI concluiu pela existência de “indícios do uso de informações relevante não divulgada ao mercado para obtenção de vantagem indevida pela JBS S.A. por meio da aquisição de contratos derivativos cambiais”. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2018/20180925/1168.pdf> Acesso em: 18 maio 2018.

<sup>264</sup> Os crimes de uso de informação privilegiada (*insider trading*) e manipulação do mercado de valores estão previstos, respectivamente, pelos artigos 27-C e 27-D da lei 6385/76, que dispõe sobre o mercado de ações. Ambos os tipos penais foram introduzidos pela lei nº 10.303, em 2001.

<sup>265</sup> Gráficos extraídos do site [www.g1.com](http://www.g1.com) Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/mercados/noticia/bovespa-fecha-em-forte-queda-de-olho-em-denuncias-sobre-temer.ghml> Acesso em: 02 jul. 2019.

E ainda, com relação à Bolsa de Valores – Bovespa:



Em síntese, do ponto de vista investigativo, a existência de sigilo entre os negociantes da colaboração pode sustentar razões de ser, contudo, para as dinâmicas econômicas não se mostra de grande acerto, especialmente por não compartilhar informações com os entes de autorregulação do mercado. Custos extras são criados e são transferidos ou para investidores ou para os consumidores. Também a via única do sigilo faz com que a precificação das informações seja irrelevante, o que favorece aos agentes públicos, fazendo com que a barganha torne-se menor nas suas vantagens, seguindo os teoremas de Landes e Coase trazidos à baila anteriormente<sup>266</sup>.

Diante disso, da comparação entre os meios de construção do Termo de Colaboração Premiada e seus resultados, é sabido que os benefícios da barganha

<sup>266</sup> BECKER, Gary Stanley. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Journal Of Political Economy**, v. 76, n. 2, Mar.-Apr., 1968, p. 169.

se conservam na lógica da pena. Isto é, pelo teor da Lei nº 12.850/2013, admitem-se como benefícios da colaboração premiada a imunidade penal, materializada no arquivamento das investigações, o perdão judicial, causa de diminuição da pena em 2/3 ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Neste sentido, reafirmar-se a crítica ao teor da Lei nº 12.850/2013 pela qual peca em manter-se encrustada na noção de pena, de punição e de culpabilidade, fazendo com que externalidades escapem da moldura de prevenção e mitigação de danos das condutas delitivas. Peca também o Ministério Público Federal quando, sem lastro legal, negocia prêmios e bonificações *extra legem*, como no caso de Lucio Bolonha Funaro<sup>267</sup>, onde se concedeu regime domiciliar fechado de reclusão, ou no caso de Pedro Barusco<sup>268</sup>, obrigado a usar tornozeleira (monitoramento) eletrônica absolutamente sem previsão legal. Peca ainda, em igual medida, com a preterição de questões econômicas de uma sociedade de Mercado, principalmente pelo fato dos grandes colaboradores serem empresários de grande renome e repercussão sócio-econômica.

Na mesma linha, tais danos são potencializados em custos econômicos quando apreciadas a possibilidade de rescisão e de anulação dos Termos de Colaboração Premiada. Tais episódios criam externalidades que desequilibram a paridade de armas da barganha e a boa-fé em sua execução. Se o sigilo já se mostra perigoso para os atores econômicos, a anulação ou rescisão faz com que verdadeiras “quebras” surjam, impactando imediatamente no Mercado. O Estado perde a credibilidade em assegurar a segurança jurídica necessária para que outros colaboradores firmem acordos de colaboração, conforme atestam André Luís Callegari e Raul Marques Linhares<sup>269</sup>, mas além disso, transfere todos os custos da transação para o Mercado, que cria ondas de ressonância no ambiente transnacional.

Nas lições de Alexandre Morais da Rosa, a concepção brasileira de Colaboração Premiada legitima inconsistências que apenas ampliam dois problemas

---

<sup>267</sup> <https://static.poder360.com.br/2017/10/Termo-de-Acordo-Lu%CC%81cio-Funaro.pdf>. Acesso em 21 março 2019.

<sup>268</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. Processo 5019414-37.2016.4.04.7000. Acesso em: 01 junho 2019.

<sup>269</sup> CALLEGARI, André Luis; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração Premiada**: lições práticas e teóricas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 45.

que há muito corrompem a integridade do Direito, a saber: o excesso de voluntarismo e de discricionariedade dos agentes públicos responsáveis pela formação do processo penal e, doutro lado, o desprezo por externalidades e custos evitáveis.<sup>270</sup>

Ao passo em que o Direito nacional de forma rápida introduziu práticas de Colaboração Premiada em velocidade anormal, há que ser sublinhada a influência dos procedimentos internacionais, não apenas sob o viés da comparação jurídica e do diálogo entre fontes, mas pelas vias de Tratados e Convenções Internacionais. Para os fins da presente tese, esse fluxo é de grande valia, haja vista propiciar a confirmação fática de averiguações sobre a dimensão transnacional assumida pela Colaboração Premiada.

A partir das negociações que culminaram nas Convenções de Palermo (2000) e de Mérida (2003), ambas sobre o Crime Organizado Transnacional, o Brasil se avizinhou de modelos de justiça calcados em maior eficiência para prevenção e punição de crimes que funcionam graças à conexões internacionais e que, portanto, demanda ações conjuntas. Para tanto, medida inafastável se depositava na obrigação de equacionar o direito doméstico para acordos internacionais e para os fluxos da transnacionalidade.

A Convenção de Palermo sobre Crime Organizado Transnacional, em seu art. 26, item 1, asseverou a prioridade de adoção de medidas adequadas para fornecimento de informações úteis às autoridades competentes, tanto para investigação, quanto para produção de provas, com possibilidade de bonificação de pena daquele que tiver cooperado<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

<sup>271</sup> “Art. 26 da Convenção de Palermo (texto em português): 1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente: (i) A identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; (ii) As conexões, inclusive conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; (iii) As infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) A prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, suscetível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime. 2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente convenção. 3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios

Por seu turno, a Convenção de Mérida para o Combate à Corrupção, aprovada na Assembleia Geral da ONU de 31 de outubro de 2003, objetivou aprimorar o instituto descrito na Convenção de Palermo, destinando maior especificidade aos meios de prova, formação de culpa e recuperação de ativos decorrentes de corrupção<sup>272</sup>.

Nesta linha, a publicação da Lei nº 12.850/2013 além de afastar uma confusão sistêmica instalada nos meios de Colaboração Premiada, introduziu na realidade judicial brasileira imperativos sólidos para perfectibilizar acordos com olhos no contexto de criminalidade local, sem perder de vistas os expedientes transnacionais. A referida lei, em certa medida, rompeu com a lógica de territorialidade regente do Direito Penal até então.

Portanto, o advento da Lei nº 12.850/2013 propicia a superação de juízos defasados temporalmente, os quais insistem em refutar de modo refratário os meios de Colaboração Premiada e sua viabilidade em tempos de transnacionalidade e na constância de sociedade transnacional de mercado, onde a criminalidade opera segundo fluxos transnacionais e com recortes claros para lucros e especulação mercantil.

---

fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente convenção.” In: SALOMI, Máira Veauchamp. **Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação**. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 151-184.

<sup>272</sup> “Art. 37 da Convenção de Mérida (texto em português): 1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para estabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 3. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 4. A proteção dessas pessoas será, *mutatis mutandis*, a prevista no Artigo 32 da presente Convenção. 5. Quando as pessoas mencionadas no paragrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado-Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado-Parte, os Estados-Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito de eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.” In: SALOMI, Máira Veauchamp. **Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação**. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 151-184.

Diante disso, os objetivos que resultaram na publicação da Lei nº 12.850/2013 demonstram a confluência da preocupação das autoridades nacionais em integralizarem obrigações políticas, institucionais e jurídicas assumidas no plano alienígena pelo Brasil, habilitando tópicos da transnacionalidade, por meio da atuação de atores transnacionais, por meio de circulação de modelos jurídicos e da padronização especializada das legislações nacionais, tal qual exposto no Capítulo 1 da presente tese.

Entretanto, em que pesem os avanços pelas vias da transnacionalidade, o teor da Lei nº 12.850/2013 deixa a desejar ao não incluir uma pauta de prevenção e tratamento especializado para situações de danos e consequências econômicas, ou seja, a proteção de bens econômicos nas atuações transnacionais conducentes à Colaboração Premiada, eixo pelo qual transita o presente trabalho.

Promover nos expedientes de Colaboração Premiada, sob a regência da Lei nº 12.850/2013, a confluência de práticas orientadas por critérios econômicos e com vistas à sociedade transnacional de mercado não é mero deleite, mas comportamento com demandas empíricas urgentes.

O impacto que uma operação policial como a conhecida operação Lava Jato desencadeia no custo social do Brasil bem como as externalidades decorrentes dos acordos de Colaboração Premiada firmados, interferindo diretamente nos investimentos e confiança do Mercado com o país, aumentando significativamente o denominado risco Brasil, afasta, indubitavelmente, todo investimento estrangeiro.

Em um cenário econômico organizado tais características podem causar danos a toda a cadeia produtiva, social e institucional de um país. É o que acontece hoje no Brasil com o desenrolar das investigações da operação Lava Jato.

Conforme dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por conta do cenário de incertezas políticas e das continuadas investigações sobre corrupção, a recessão da economia brasileira deve atingir o percentual de 4,3% no ano de 2016.<sup>273</sup>

Considerando que, desde a vigência da Lei nº 12.850/2013 a

---

<sup>273</sup> SANTOS, Bruno Carvalho Marques dos. **O viés econômico da delação premiada**. Curitiba: Appris, 2018, p. 91.

Procuradoria Geral da República firmou 216 acordos de Colaboração Premiada, devidamente homologados pelo Supremo Tribunal Federal, dos quais 70,8% envolvem empresários e investidores e apenas 2,3% do total, decorrem de barganhas com políticos, não restam dúvidas maiores sobre a gerência direta de cada acordo de colaboração premiada no cenário econômico, nacional e transnacional.<sup>274</sup>

Ainda no âmbito de competência da Procuradoria Geral da República, segundo dados do SIMCO, estes 216 acordos de Colaboração Premiada, permitiram o pagamento de multas extrapenais no montante de R\$ 1,284 bilhão, a recuperação da quantia superior R\$ 1 bilhão e o perdimento de outros R\$ 193 milhões, além de £ 1 milhão e US\$ 125 milhões<sup>275</sup>. Assim sendo, tais números se sobrepõem em relação aos 40 Estados nacionais com menores PIB's no mundo em 2017<sup>276</sup>.

Não restam dúvidas, portanto, da relevância econômica que os acordos de Colaboração Premiada, a qual supera em muito os contornos do Direito Penal e do Processo Penal, fazendo com que a questão deixe a órbita da pena, no sentido liberal clássico moderno e, desafie uma lógica de barganha e respeito ao ato jurídico negocial como sistema econômico e jurídico transnacional.

Ao mesmo tempo, antes de superar os desafios da transnacionalidade e das relações entre custos e benefícios econômicos dos acordos de Colaboração Premiada, a sistemática brasileira deve superar questões éticas e heranças históricas que associam tais práticas com condutas de traição e deslealdade. Também precisa enfrentar as peculiaridades dos delitos que mais demandam por sua operacionalidade, construindo um terceira via entre o modelo italiano (concebido desde a realidade de terrorismo e ações mafiosas) e o modelo estadunidense (maturado na redução de custos de estar perante a corte). Isto é, faz-se imperioso construir identidade e personalidade ao regime brasileiro de Colaboração Premiada.

---

<sup>274</sup> BRASIL. Procuradoria Geral da República. SIMCO. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/procuradoria-geral-da-republica-cria-sistema-para-monitorar-acordos-de-colaboracao-premiada>. Acesso em: 11 jun. 2019.

<sup>275</sup> BRASIL. Procuradoria Geral da República. SIMCO. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/procuradoria-geral-da-republica-cria-sistema-para-monitorar-acordos-de-colaboracao-premiada>. Acesso em: 11 jun. 2019.

<sup>276</sup> INTERNATIONAL MONETARY FUND. Report for selected countries and subjects 2017. Disponível em [www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2017/01](http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2017/01). Acesso em: 18 jun. 2019.

Neste sentido, a presente tese procura demonstrar a pertinência desta junção de fatores, principiada pela crise das instituições estatais modernas e suas recorrentes debilidades, sinalizando a partir de então, a necessidade inafastável de ponderação entre preceitos de eficiência econômica, condicionados pelos custos de demandas judiciais em matéria criminal e os espaços de atuação de sujeitos da transnacionalidade.

Para tanto, há que ser inaugurada uma hermenêutica judicial que consiga associar comportamentos do Mercado, produzindo efeito nas barganhas e nos acordos de Colaboração Premiada, sem distanciar-se das externalidades negativas originárias desses acordos num panorama transnacional.

## CAPÍTULO 3

### DECISÃO JUDICIAL E A NECESSIDADE DE UMA HERMENÊUTICA PARA O DIREITO TRANSNACIONAL

#### 3.1 A teoria da decisão judicial em cenários de circulação de modelos jurídicos

A análise realizada até agora, destacou algumas formas de globalização legal, tentando entender quais os possíveis desenvolvimentos na relação entre poderes públicos e sistemas globais. Se for compartilhar as condições necessárias para a existência de uma Constituição estabelecida pelo artigo 16 da Declaração francesa de 1789, a saber, "garantia de direitos" e "separação de poderes", chegue-se a conclusões diferentes, dependendo da que hoje está prestes a repensar os princípios do constitucionalismo e, em particular, as formas de interpretar o Texto Constitucional, à luz das inovações ocorridas nos últimos anos.

Antes de tudo, viu-se como os processos de integração supranacional e as atividades de negociação dos Estados influenciaram profundamente os sistemas de proteção dos direitos, determinando, como afirmou o Tribunal Constitucional, uma "integração hetero-externa" das disposições dos documentos fundamentais (se estes não preveem diretamente o primado das regras convencionais sobre os internos). Com este aspecto, é legítimo interpretar os textos constitucionais à luz do "direito estrangeiro"?

[...] a utilização do que é decidido por outra corte pode levar a um reconhecimento da total ou parcial concordância, ou da total discordância. Aliás, esse último ponto é algo que precisa ser notado. Diálogo não significa aceitação do que decide outra corte. Pode levar justamente ao contrário (Diálogo negativo), negando-se a correção do decidido por outra corte ou confrontando-se os fundamentos utilizados de modo a atacar a higidez da decisão comentada. A legitimação do diálogo se afirma a partir do reconhecimento por parte da comunidade jurídica, especialmente, mas não somente dela, de que há um processo exaustivo de argumentação levado a cabo pelos tribunais e que também os argumentos advindos de cortes

alienígenas podem fazer parte de uma decisão, ainda que contrária ao que decido para além das fronteiras do estado nacional<sup>277</sup>.

A existência de um processo de "desconstitucionalização" é destacada e a falta de eficácia das "garantias de preservação" do sistema estadual identificado pela jurisprudência de legitimidade é acusada. A maior parte da doutrina, portanto, aceita que o constitucionalista possa "abrir as experiências internacionais e usar as normas de outros sistemas, mas sem abandonar o ângulo visual da Constituição"<sup>278</sup>.

Neste ponto, no entanto, é registrada a orientação de parte da literatura que, encontrando na "arbitrariedade" um elemento limitante, mas indefectível, de interpretação constitucional, sustenta a existência de uma diferença substancial entre "discrição como expressão da vontade que impõe próprios órgãos políticos" e a discricionariedade típica dos juízes de legitimidade que, em vez disso, seria "finalizada ao consenso sobre a Constituição". O papel dos juízes em tempos de globalização, de acordo com este pensamento, encontraria seu fundamento, no *status quo* que criou: "é natural, quando os bens constitucionais se tornam interdependentes e indivisíveis, que as justificações constitucionais de cada nível aspiram a integrar, se não numa forma cosmopolita internacional supranacional, [...], pelo menos em contextos deliberativos comunicativos"<sup>279</sup>.

No que se refere aos efeitos da globalização sobre o "princípio da separação de poderes", além da importância crescente já destacada que o Judiciário assume pelos motivos acima descritos, também deve ser levado em consideração o aviso de quem convida a ler a adesão à União Europeia, mas, da mesma forma, poder-se-ia falar sobre ingressar na OMC, na ONU e, em geral, aos principais sistemas supranacionais, não apenas em termos de limitação da soberania do

---

<sup>277</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.). **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p. 127.

<sup>278</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Corti Costituzionali e diritti universali, **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, 2006, p. 300-301.

<sup>279</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Corti Costituzionali e diritti universali, **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, 2006, p. 309-310.

Estado, mas também à luz da transferência de poderes soberanos que isso implica<sup>280</sup>.

A globalização, portanto, produz a "deslocação" em vários níveis da separação de poderes: a teoria de Montesquieu se move no nível de relações entre sistemas, seguindo um processo semelhante ao que o federalismo americano desencadeou ao construir a partilha entre Estado federal e Estados-Membros dos três poderes fundamentais.

Para Günther Teubner, diante de tais acontecimentos, o Direito passa a se sustentar sobre colunas edificantes que suportam o trânsito entre fronteiras, afinal como registra Phillip Jessup, "Toda lei que regula ações ou eventos que transcendem as fronteiras nacionais. Tanto o direito internacional público como o privado estão incluídos, assim como outras regras que não se enquadram nas categorias padronizadas"<sup>281</sup>, a partir de bases inter-sistêmicas, a regulação das relações sociais por meio de normas altamente especializadas e específicas, a majoração da independência de cada um desses atores transnacionais em relação aos Estados e o câmbio normativo que faz com que o primado de verticalização e unificação das normas sobre determinado território já não seja determinante e absoluto<sup>282</sup>.

Em termos de produção regulatória, a hegemonia das instituições "técnicas" do mercado global e da comunicação, juntamente com o fracasso dos projetos que tentaram dar uma conotação mais política aos processos de integração supranacional, confirmam a análise de quem, há algum tempo, advertiu contra os efeitos aniquiladores que os novos organismos e sistemas de globalização teriam produzido nas instituições da democracia<sup>283</sup>.

---

<sup>280</sup> BARTOLE, Sabino. *Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale*. **Quadreni Costituzionale**. Bologna, Il Molino, v 04, dec. 2009, p. 576.

<sup>281</sup> JESSUP, Philip. **Transnational law**. New Haven: Yale University Press, 1956, p. 02, "all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly to into such standard categories". Tradução livre.

<sup>282</sup> TEUBNER, Günther. *Global bukowina*. In: TEUBNER, Günther (ed.). **Global law without a state**. Brookfield: Dartmouth, 1997, p. 07-08.

<sup>283</sup> PAFFARINI, Jacopo. **Modelli costituzionali e società di mercato**. Lima: EGACAL, 2015. p. 178. Tradução livre: "O estado de "fragmentação normativa" do espaço legal global é, portanto, o produto de uma fraca ordem constitucional, devido à falta de órgãos políticos correspondentes a um parlamento e um executivo. As instituições judiciais, portanto, usaram cada vez mais os critérios "horizontais" de organização das fontes normativas, em particular o critério de jurisdição, em

Essas transformações, que uma vez ocorreram em correspondência com processos revolucionários, são hoje produzidas pela evolução da jurisprudência, de acordo com um processo de acumulação e crescimento que gerou as "pontes" entre os sistemas legais acima mencionados. Parece que, em escala global, surge um "novo caminho do constitucionalismo" que move seus passos ao longo de caminhos diferentes daqueles traçados pelo direito positivo (como o procedimento de revisão constitucional), mas nem sequer contra eles (como fariam um golpe de Estado ou uma revolução popular), mas simplesmente, além disso, "com um processo que não é legal nem anti-jurídico".<sup>284</sup>

Assim, resta clara a necessidade emergente de que a teoria da decisão judicial considere as tensões e os fluxos de circulação de modelos jurídicos como parâmetros decisórios, isto é, como o Direito é um produto do Mercado e como ele circula via globalização para além dos limites fronteiriços dos Estados.

Sob outro aspecto, para maior êxito da proposta que se apresenta há que se vislumbrar o vulto dos mitos que restaram construído ao longo de séculos da dogmática, como assevera Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

O importante, sem embargo, é que, seja na ciência, seja na teoria, no *principium* está o mito; sempre! Só isso, por sinal, já seria suficiente para retirar, dos impertinentes legalistas, a muleta com a qual querem, em geral, sustentar a qualquer preço, a segurança jurídica, só possível no imaginário, por elementar o lugar do logro, do engano, como disse Lacan; e aí está o direito. Para espaços mal-resolvidos nas pessoas – e veja-se que o individual está aqui e, portanto, todos -, o melhor continua sendo a terapia, que se há de preferir às investidas marotas que, usando por desculpa o jurídico, investem contra uma, dezenas, milhares, milhões de pessoas. Por outro lado – e para nós isso é fundamental -, depois do mito há que se pensar, necessariamente, no rito. Já se passa para outra dimensão, de vital importância, mormente quando em jogo estão questões referentes ao Direito Processual e, em especial, aquele Processual Penal.<sup>285</sup>

---

detrimento do critério de hierarquia "vertical" tradicional que dominou o sistema de lei estadual até o século passado. Os sistemas jurídicos supranacionais, no final, nunca poderiam ser postos em prática "como um projeto geral e sistemático", pois isso levaria a uma inevitável resistência por parte dos Estados. Desta forma, a limitação das competências normativas dos sistemas jurídicos globais a alguns assuntos específicos permitiu superar desde o início a barreira da soberania do Estado, garantindo a transposição dos modelos jurídicos elaborados pelo primeiro."

<sup>284</sup> ROMANO, Santi. **Lo Stato moderno e la sua crisi**. Milano, 1969, p. 34.

<sup>285</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 30, p. 164-165, 2004.

Sendo assim, superadas as apreciações sobre o real e o mitológico que habita o cenário jurídico atual, em tempos de sociedade transnacional de mercado, urge ser considerada uma nova abordagem aos preceitos hermenêuticos.

### 3.2 A condicionante econômica na teoria da decisão judicial

Diante dos argumentos consignados, o presente tópico objetiva demonstrar a função a ser desempenhada pelas condicionantes econômicas nas teorias da decisão judicial contemporânea ou, como uma teoria da decisão judicial não pode negar os argumentos econômicos.

Basicamente, através dos fundamentos da microeconomia<sup>286</sup>, não poderia a decisão judicial, uma vez preocupada com as condicionantes econômicas, preterir os seguintes aspectos: a) a maximização e racionalidade dos agentes individuais que deliberadamente buscam alguma maximização; b) o equilíbrio entre os atores econômicos que visam racionalmente maximizar seus lucros; c) a escassez de recursos; d) a eficiência<sup>287</sup>.

No mesmo sentido, os atos decisórios, condicionados por variáveis econômicas, impõem considerar vantagens e desvantagens de ações e/ou omissões, pretendendo lograr satisfação em seu desejo, com acúmulo de benefícios. Para Richard Posner, isso faz com que o homem não seja apenas um

---

<sup>286</sup> “A Microeconomia é também chamada Teoria dos Preços porque o mecanismo básico de coordenação entre consumidores e produtores, dentro de uma economia de mercado (ao contrário de uma economia administrada), é o preço. Desde que estabelecemos a forma pela qual é determinado o preço no mercado, teremos compreendido o processo de funcionamento do sistema capitalista.” BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da macroeconomia clássica à keynesiana**. Apostila, São Paulo, 1976. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1968/68-98DaMacroclassicaAKeynesiana.apostila.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2018.

<sup>287</sup> HEINEN, Luana R. **Performatividade**: o Direito transformado em dispositivo pela análise econômica do Direito. Tese defendida perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016, p. 65.

sujeito econômico, mas, em essência pragmático, que baseia suas decisões nas possibilidades que detém.<sup>288</sup>

Não por acaso:

*En los últimos años, el análisis económica se há convertido en algo habitual en la teoría y práctica del derecho. És fácil ver la afinidad natural que existe entre estas dos disciplinas: ambas comparten el objetivo de comprender las instituciones sociales. Ambas tienen, además, un importante componente normativo: tanto el derecho como la economía se ocupan no sólo de indagar como funcionan las instituciones sociales, sino también de como mejorar su funcionamiento.*<sup>289</sup>

Nesse sentido, o que se observa das lições da microeconomia, ou teoria dos preços econômicos, sinaliza para preceitos relevantes para a prestação da tutela jurisdicional, não apenas para questões de natureza eminentemente econômicas e/ou de grandes grupos econômicos, mas para todo o complexo social de uma sociedade de mercado transnacional que, em respeito às proporções, se valem das características acima citadas para pautar e planejar seus comportamentos.

Primeiramente, há que se mencionar que indivíduos racionalmente avaliam custos e benefícios de determinados comportamentos com vistas à realização de seus objetivos, visando majorar seus ganhos em relação aos eventuais custos e despesas.

Nesse sentido, para a avaliação de custos e benefícios, cada ator inserido nas relações negociais carecem ter o domínio exaustivo de informações que apontem para riscos, benefícios e procedimentos. A ausência de informações, impossibilita comparações estratégicas para a maximização de riquezas e a otimização de custos. Em verdade, a comparação entre possibilidades e alternativas

<sup>288</sup> POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 16.

<sup>289</sup> “Nos últimos anos, a análise econômica tornou-se comum na teoria e na prática do direito. É fácil ver a afinidade natural que existe entre essas duas disciplinas: ambas compartilham o objetivo de compreender as instituições sociais. Ambas têm, além disso, um importante componente normativo: tanto a lei quanto a economia estão preocupadas não apenas em investigar como as instituições sociais funcionam, mas também em como melhorar seu funcionamento (tradução livre).” VARIAN, Hal. **Microeconomia intermédia**. Barcelona: Bosch, 1998, p. 21.

de maior e/ou menor riscos e custos são vetores para a discussão sobre Direito e Economia<sup>290</sup>. Tal qual a microeconomia, a decisão judicial representa um espaço de avaliação sobre a utilidade ou na maximização de utilidade da tutela satisfativa de direitos, para o qual, conhecer do direito e de sua processualidade é condição basilar.<sup>291</sup>

Em igual medida, o domínio de informações estratégicas representa a força de indução para o exercício racional de escolhas e opções comportamentais, omissivas e/ou comissivas. Paralelamente, a relação entre informação e racionalidade determina uma variável indissociável para a efetividade do Direito. Com isso, os processos decisórios, dentre eles judiciais, se sustentam sobre atributos de pragmaticidade e da *práxis*, interessada naquilo que funciona, que é útil, e “não por aquilo que ‘realmente’ é.”<sup>292</sup>

Assim, a compreensão de vetores econômicos relevantes não se vincula apenas ao plano das ciências econômicas, notadamente em sociedades cada vez mais orientadas por valores econômicos. A procura pela redução de riscos e custos de um lado e; noutro, os movimentos interessados na maximização de lucros e benefícios cria um modelo de constante interação da microeconomia com demais áreas do conhecimento e também dos comportamentos humanos e institucionais.

Colhe-se do pensamento de Robert Cooter e Thomas Ulen, para quem:

*La elección de la mejor alternativa permitida por las restricciones puede describirse matemáticamente como una maximización. Para ver por qué ocurre así, consideremos que los números reales pueden ordenarse desde los pequeños hasta los grandes, así como el consumidor racional ordena sus alternativas pueden asociar a números más grandes. Los economistas llaman ‘función de utilidad’ a esta asociación. Además, la restricción de la elección puede expresarse de ordinario matemáticamente como una ‘restricción de la viabilidad’. Elegir la mejor alternativa que permitan las restricciones corresponde a maximizar la función de utilidad sujeta a la restricción de la viabilidad. Por ejemplo, decimos que el consumidor que acude a una tienda maximiza su utilidad sujeto a su restricción*

<sup>290</sup> COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

<sup>291</sup> MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and Beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 103.

<sup>292</sup> POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 51.

*presupuestaria*<sup>293</sup>.

Ao tempo em que a Análise Econômica do Direito representa a preocupação em maximização de vantagens e a supressão de riscos e prejuízos, os atos de observância ou violação à norma são tomadas diante da comparação entre benefícios e custos, de modo que apenas o ato legal de sanção não representa o modo eficaz de realização do Direito.

Paralelamente, segundo o teorema exposto por William Landes, nesse contexto, é imperativo considerar que em sede de repressão de delitos de grande monta econômica ou que envolvam sujeitos de elevada riqueza, pela via transacional e de barganha, dado ao fato riqueza do acusado, surgem custos e prejuízos potencializados que fazem com que negociações ganhem “sobre-preço”, para que se satisfaça o desiderato institucional.<sup>294</sup>

Por sua vez, merece ser destacado que preocupações com redução de riscos e imprevisibilidades bem como a busca por maiores vantagens são questões que estão imbricadas entre o Direito e a Economia, não se pode negar tal fato.

Ao tempo em que o Direito almeja por segurança jurídica, previsibilidade das decisões e padrões de comportamentos, há neles implicitamente primados de ordem econômica, razão pela qual, negar a incidência da Análise Econômica do Direito neste momento histórico, não se mostra plenamente acertado.

### 3.3 Autonomia da decisão judicial e externalidades

---

<sup>293</sup> “A escolha da melhor alternativa permitida pelas restrições pode ser descrita matematicamente como uma maximização. Para ver por que isso acontece, vamos considerar que os números reais podem ser ordenados de números pequenos para grandes, assim como as ordens racionais do consumidor podem ser associadas a números maiores. Os economistas chamam essa associação de “função de utilidade”. Além disso, a restrição de escolha pode ser expressa matematicamente como uma ‘restrição de viabilidade’. A escolha da melhor alternativa permitida pelas restrições corresponde a maximizar a função de utilidade sujeita à restrição de viabilidade. Por exemplo, dizemos que o consumidor que vai a uma loja maximiza sua utilidade sujeita à sua restrição orçamentária (tradução livre).” COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y economía**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 24.

<sup>294</sup> LANDES, William. **An economics analysis of the courts**. Chicago: NBER, 1974, p. 173. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>, Acesso em: 24 fev. 2019.

O item em apreciação visa demonstrar a viabilidade de se construir um conceito de autonomia da decisão judicial, há muito negligenciado e, como esse conceito carece de perpassar por externalidades econômicas e seus impactos. Para tanto, parte do pressuposto de que a atividade jurisdicional carece de controle e de responsabilidades sobre as decisões exaradas, no plano institucional, político, econômico e social.

Em verdade se está diante de: “Relações que não transitam necessariamente pelos canais diplomáticos do Estado, mas que influem nas sociedades e revelam que nenhum Estado é uma totalidade auto-suficiente”, como bem destacou Paulo Henrique Castex<sup>295</sup>. Some-se neste contexto de transnacionalidade a situação das imbricações entre Direito e Economia, entre Direito e Política.

As decisões produzidas em espaços de repercussão transnacionais e vinculadas ao ordenamento constitucional vigente exigem o afastamento pleno de voluntarismos e posições subjetivas. Em que pese sua construção específica, o Novo Código de Processo Civil, de 2015, exige julgados em conformidade com a *coerência* e a *integridade*, sem prejuízo dos preceitos constitucionais anteriormente vigentes.

Conforme Ronald Dworkin<sup>296</sup>, a adesão de *integridade* e *coerência* manifestam o fechamento de espaços para o voluntarismo. Diante disso, a consolidação da autonomia do Direito, em sede de decisão judicial, colabora para proteger a integridade do Direito de pautas e decisões eminentemente ativistas, voluntaristas e discricionárias, seja sob o aspecto jurídico, ou econômico e ou político.

Na linha de Dworkin, Lenio Streck externaliza a necessidade de consolidação da força normativa da Constituição com sua elevação diante de

---

<sup>295</sup> CASTEX, Paulo Henrique. Os blocos econômicos como sociedade transnacional: a questão da soberania. BORBA, Paulo Casella. **MERCOSUL**: integração regional e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 291.

<sup>296</sup> DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.

relações entre o Direito e a política, nas expressões de moral corrigindo o Direito e, vedando o Direito da racionalidade instrumental efficientista<sup>297</sup>.

Ocorre que, a negativa de variáveis econômicas e a condição de interpenetração entre Direito e Economia são necessárias, no contexto brasileiro, como estampado pela Constituição Federal de 1988. Nas diversas passagens do texto constitucional em que valores de teoria econômica interpenetram o espaço jurídico, afastar sua apreciação é preterir a cogência existente pela Constituição e o dever de coerência e integridade.

Por tudo o que restou consignado por Eros Roberto Grau, negar a relação entre Constituição e ordem econômica, contradiz direitos essenciais e impreteríveis no plano da decisão judicial. Portanto, há que se considerar no plano hermenêutico das decisões judiciais o aspecto econômico, sob pena de violação também à dogmática constitucional<sup>298</sup>. De tal modo que, na construção de uma teoria da decisão judicial democrática, mostra-se imprescindível dotar as decisões judiciais de *coerência* e de *integridade*, isto é:

Cada interpretação/aplicação necessita de uma reconstrução histórico-institucional. Trata-se de buscar sempre o DNA do caso sob discussão. Observe-se que uma decisão sobre determinada matéria, se não for perquirida em seu DNA, poderá servir de topos conformador para futuras decisões equivocadas. Uma decisão jurídica não perde a sua “ligação” com a faticidade. Ela não se autonomiza como “conceito sem coisa”. Esse, aliás, é um dos grandes problemas da fragmentação dogmática do direito, que pretende transformar a interpretação do direito em um território analítico-epistêmico<sup>299</sup>.

Assim, nas linhas dos argumentos já apresentados, há que se estabelecer espaço na hermenêutica jurídica e também nas teorias da decisão judicial para que o Direito, sem prejuízo da sua autonomia, possa avançar por questões jurídicas sem desdenhar de fatores econômicos prévios e posteriormente ocasionados. Ademais,

<sup>297</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

<sup>298</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 55-57.

<sup>299</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 577.

em tempos que decisões judiciais produzem efeitos transnacionais, não apenas jurídicos e normativos, há que se conferir inegável importância à hermenêutica, capaz de ressignificar conceitos e práticas, função e estrutura:

Daí a inegável importância da hermenêutica nesse novo direito exurgido no Estado Democrático de Direito. Há, visivelmente, uma aposta na Constituição (direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do direito para delimitar a transformação das relações jurídico-institucionais, protegendo-as do constante perigo da exceção<sup>300</sup>.

Em certa medida, ao tempo em que a compreensão de fatores econômicos em uma ordem jurídica, nacional ou transnacional, passar a ser internalizado com maior frequência e cuidado institucional, o próprio adjetivo “externalidade” restará superado. Ao tempo em que o “econômico” for avaliado com apenas uma variável, a própria imposição da autonomia do Direito estará fragmentada, pois versará apenas sobre um dos polos das respectivas decisões judiciais, violando, nesses termos, preceitos explícitos na Constituição Federal, de Convenções Internacionais e atos de atores transnacionais.

Ao par dos argumentos já registrados, não se pode perder de vistas que os indivíduos se comportam de modo a maximizar seu bem-estar, obtendo o máximo de utilidade, frente à limitação de recursos e insumos<sup>301</sup>. Inobstante as teorias hermenêuticas clássicas, urge reconhecer que, com o domínio de informações relevantes e necessárias, os indivíduos realizam escolhas. Além disso, para se inserir em cenários de ameaças e oportunidades, os indivíduos escolhem ações e/ou omissões conforme o benefício líquido pessoal e os valores monetários de eventuais sanções<sup>302</sup>. Portanto, essa é a defesa que se faz de um novo modelo decisório, de cunho pragmático e de maximização de felicidade, nos dizeres de Posner.

---

<sup>300</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44-45.

<sup>301</sup> GICO, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic: Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, 2009, p. 57.

<sup>302</sup> CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha racional e criminalidade: uma avaliação crítica do modelo. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 22, 2008, p. 94-95.

Sob o viés das ciências criminais não faz sentido, em igual forma, afastar das fases decisórias situações de externalidade, especialmente por ser a decisão penal uma ferramenta dogmáticamente relevante para reparação, prevenção e restauração de paz social. Logo, o teor da decisão penal é repleto de externalidades, muitas das quais devidamente contempladas na legislação vigente.

Pela construção de Robert Cooter e Thomas Ullen, desde a decisão pelo cometimento de determinado crime, os sujeitos agem segundo comportamentos economicistas, mesmo que não planejado, pois respondem imediatamente aos riscos e benefícios. Desde então, o que explica o comportamento dos agentes são modelos econômicos.<sup>303</sup>

Entretanto, outra fase relevante está centrada na decisão judicial, pois é neste momento que, na *práxis*, o Estado tem a possibilidade de fundir primados de racionalidade de modo a resguardar a ordem supostamente rompida pelos fatos e projetar modelos de mitigação de episódios não toleráveis. Deste modo, a extensão das decisões judiciais são tomadas por externalidades. Assim, em sede de decisão judicial renovam-se espaços para o entendimento entre direito e economia.<sup>304</sup>

Por outro lado, a suposta ingerência sobre a autonomia do Direito não se dá apenas pela adoção de critérios e teoremas econômicos. Conforme sinalizam Julie Allard e Antoine Garapon é possível vislumbrar impactos na suposta autonomia

---

<sup>303</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 481.

<sup>304</sup> Para tanto, parece ser razoável partindo das considerações finais de José Casalta Nabais, superar o seu problema de partida: “A (maior) racionalidade do sistema econômico é, porém, uma racionalidade limitada ou parcelada, uma vez que ela renuncia à consideração de outros objetivos – isto é, de objetivos não traduzíveis em dinheiro – no apuramento do sucesso ou do insucesso do sistema social global. O que leva a consideração dos interesses não econômicos, dos interesses públicos, caiba ao estado, que assim fica com as tarefas, por um lado, de controlar e corrigir o próprio processo da atividade econômica, de modo a que o mesmo não ponha em perigo outras atividades (daí a ação do estado traduzida na inspeção empresarial, na proteção ambiental etc) ou fomenta desenvolvimentos culturalmente indesejáveis (daí a ação estadual de planejamento e ordenamento de território, de proteção do patrimônio cultural, etc) e, por outro, de corrigir os resultados de repartição de rendimentos e patrimônios decorrentes do processo econômico quando os mesmos sejam indefensáveis do ponto de vista da justiça (...). É nessa separação fundamental e irreduzível sociedade/estado e dos critérios que presidem a um e ao outro domínio, que reside, a nosso ver, o obstáculo principal ao entendimento do direito através do critério da economia como defendem as teorias ‘análise econômica do direito’, e a economia através do critério do direito (identificando este com a vontade política) como foi (e ainda é) prática nos estados socialistas.” NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos** – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998, p. 197.

do Direito quando da globalização dos fenômenos jurídicos<sup>305</sup>. Quando juízes e cortes nacionais se valem, voluntariamente, de argumentos de contraste e persuasão de tribunais e juízes estrangeiros eles acabam por sacar o império do Direito nacional. Assim, o comércio entre os juízes na mundialização faz com que, para além de novos modelos argumentativos, altere o pacto nacional-democrático do Direito, isto é, sua condição de autonomia.

Logo, o argumento sustentado por Dworkin, Castanheira Neves e Ferrajoli acerca da perda de autonomia do Direito pelas ingerências da Economia é parcialmente prejudicada, visto que, mesmo que afastada a relação Direito e Economia, haveria a mitigação de autonomia em relação aos fluxos de transnacionalismos presenciados.

Diante disso, emerge novo argumento para justificar o ser e o dever-ser de uma hermenêutica jurídica apta à sociedade transnacional de mercado, que consiga equalizar soluções atuais e de vanguarda para os desafios dos nossos tempos.

### **3.4 Crítica hermenêutica da decisão judicial**

Após demonstrar a relação da autonomia do Direito com as externalidades econômicas, faz-se necessário avaliar a pertinência de uma crítica hermenêutica da decisão judicial e, de que como além das questões puramente filosóficas, os argumentos econômicos precisam ser correlacionados em sede de decisão judicial.

Nas palavras de Roberto Lyra Filho, não obstante o decurso de três décadas, desde sua constatação:

Os juristas, duma forma geral, estão atrasados de um século, na teoria e na prática da interpretação e ainda pensam que um texto a

---

<sup>305</sup> ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 72 ss.

interpretar é um documento unívoco, dentro de um sistema autônomo (o ordenamento) jurídico dito pleno e hermético e que só cabe determinar-lhe o sentido exato, seja pelo desentranhamento dos conceitos, seja pela busca de finalidade, isto é, acertando o que diz a norma abordada<sup>306</sup>.

Há que destacar que os episódios correlacionados com Bretton Woods e expansão dos fenômenos da globalização também para a seara do Direito, produziram um duro embate na magistratura sobre a extensão das decisões judiciais a serem produzidas e sua capacidade de intervenção na ordem econômica. Se antes, o embate entre jurídico e econômico estava predominantemente ativo nos Parlamentos<sup>307</sup>, os dias atuais realocam esse cenário para os Tribunais.

Conforme aduz Werneck Vianna, o encolhimento dos Poderes Legislativos, o descrédito com os políticos, a morosidade do legislativo em reconhecer demandas sociais emergentes, associado com os programas de desenvolvimento econômico fez com que inúmeras pretensões sobre políticas públicas e de ordem programáticas recaíssem sobre a magistratura, o que lhe conferiu maior envergadura institucional<sup>308</sup>, para além da noção clássica de autocontenção e instituição contra-majoritária<sup>309</sup>.

Nesta esteira, vale trazer alguns apontamentos de Streck que diz que:

Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, para a qual a compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou pre-sença), em que o *Da* (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma 'propriedade do ser, mas, sim, o próprio ser'. Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser; a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único ente que compreende ser, que é o homem (*Dasein*), o estar-aí, que é

---

<sup>306</sup> LYRA FILHO, Roberto. **Por que estudar Direito, hoje?** Brasília: Nair, 1984, p. 42.

<sup>307</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

<sup>308</sup> VIANNA, Luiz Werneck et. al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>309</sup> MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 35, p. 157-158, dez. 2012. p. 151-155.

o ser-no-mundo, que é cuidado (*Sorge*); cuidado é temporal (*zeitlich*).<sup>310</sup>

Tendo em vista o empoderamento do julgador como agente com função-chave na ordem institucional em curso, ganha emergência a necessidade de fixar padrões mínimos para o desenvolvimento de controle da decisão judicial, sob o ponto de vista da responsabilidade que possui. Não há como se escapar da existência de uma profunda responsabilidade política do intérprete, o que sintetiza a máxima de que o julgador possui profunda responsabilidade política na tomada de decisão. Nas sofisticadas estruturas do transnacionalismo e da relevância de novos atores, novos direitos e novos territórios, a visão arcaica e primitiva acerca do papel e dos poderes da jurisdição deve ser imediatamente afastada<sup>311</sup>.

Ainda que haja uma análise pouco explorada em sede de hermenêutica e transnacionalismo, ambas as searas de investigação já estiveram conectadas na obra de Martin Heidegger. Quando da exposição sobre “des-re-territorialização”, Heidegger, segmenta o homem como um animal *sui generis*, isto é, um animal que constrói seu próprio espaço no “fazer-aparecer” usando de técnica, submetida à Ciência, desde então se vale de dominação específica. Entretanto, toda mudança territorial, ou de *terroir*, como usa Heidegger, alimenta um cenário de incertezas e angústias<sup>312</sup>. O desenraizamento do sujeito pela desterritorialização potencializa as angústias e dúvidas sobre os espaços de liberdades (republicanas, repressivas, corretivas e liberalizantes)<sup>313</sup>.

A autonomia do Direito e, sua elementar vinculação à integridade, exige-se coerência de princípio especialmente horizontal, ao longo do conjunto de normas jurídicas em vigor, como forma de coerência principiológica no sistema normativo. Desse modo, as declarações do Direito são permanentemente construtivas, pois os princípios se ajustam às partes complexas da prática jurídica e a justificam, oferecendo, assim, a estrutura de coerência de princípios que a integridade requer.

<sup>310</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 196.

<sup>311</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 90.

<sup>312</sup> HEIDEGGER, Martin. **Sobre o humanismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995.

<sup>313</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 63.

A preocupação central é, pois, a limitação ao poder discricionário do julgador, ou seja, é impor limites ao ato de interpretar. Dessa forma, coaduna-se com o pensamento dworkiniano no que se refere à necessidade de interpretação a partir de princípios, da coerência do direito e pelo respeito à integridade do direito. Os princípios operam o fechamento interpretativo dos plurais e expansivos sistemas jurídicos das democracias constitucionais ocidentais. No caso do Brasil, com a Constituição Federal, a manutenção da autonomia desse direito democraticamente constituído depende desse respeito à integridade e à coerência.

Ocorre que a noção de integridade do Direito em um ambiente fortemente marcado pela globalização e pela dinâmica de uma sociedade transnacional de mercado resta desterritorializada, o que promove a ampliação das angústias sublinhadas por Martin Heidegger. Não por acaso, o adensamento dos espaços institucionais por fluxos de aparecimentos de institutos não imediatamente aderentes faz com que dois movimentos se produzam, a fuga ou o aproveitamento irrefletido.<sup>314</sup>

Aqui, portanto, merece ratificação sobre a necessidade de expandir os preceitos de integridade e coerência também para envolver responsabilidade da magistratura em aspectos econômicos das respectivas decisões judiciais por estes proferidas. Ao tempo em que a ordem econômica, em sentido amplo, é um bem jurídico relevante na ordem jurídica constitucional<sup>315</sup>, convencional e transnacional, não restam motivos para que o Direito, em sede de exercício da jurisdição não lhe assegure destacado espaço.

Isto é, conforme adverte Roger Cotterrell<sup>316</sup>, o ordenamento jurídico não será funcional a menos que a legislação e seus correlatos sejam capazes de produzir efeitos na sociedade. Efeitos estes que consigam ofertar resultados positivos. Assim, pensar em autonomia do Direito é defender que possua autoridade, mas não como uma incomunicabilidade – um ato de solipsismo.

---

<sup>314</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 64-65.

<sup>315</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>316</sup> COTTERRELL, Roger. **Law, culture and society**. Aldershot: Ashgate, 2006.

### 3.5 Em busca de uma hermenêutica para o direito transnacional

O narrativa discursiva estabelecida até o momento demonstra a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica capaz de associar as bases das decisões judiciais com as razões do mercado transnacional ou de como a negação dessa nova realidade é reducionista e apenas contribui para a defasagem dos institutos jurídicos, tornando-os obsoletos<sup>317</sup>.

As questões de interpretação do Direito não pode desconsiderar os movimentos produzidos em uma sociedade transnacional afetada diretamente pelo Mercado. Por isso, esse movimento passa a adotar, além dos princípios do liberalismo econômico, com seu enfoque de maximização de riquezas, a ideia de que a ciência jurídica possui uma estrutura similar a da ciência econômica e, para tanto, visa transformar o Direito, até então incapaz de atender a nova ordem econômica mundial, especialmente pela flagrante crise do Estado de *welfare*, em uma ciência nacional e positiva através de uma análise que atende aos princípios jurídicos e econômicos com coerência.

Para tanto, há que se superar problema teóricos antigos relacionados com a concepção de hermenêutica mais próxima aos novos rumos relacionadas com a Filosofia e com o Direito, em vias de uma construção hermenêutica-fenomenológica-filosófica. Noutro lado, carece superar os problemas dos modelos associados com a produção, interpretação e aplicação da norma jurídica em uma sociedade de mercado transnacional e seus expedientes de maximização de riquezas e controle de externalidades, tal qual feito, quando da Revolução Francesa, por exemplo.

---

<sup>317</sup> Para tanto, têm-se como exemplo: “O conceito de direito natural foi assim transformado no conceito de um “direito fundado na razão”, e, portanto, quase no oposto do que significara. Esse novo direito natural racionalista, de Grotius e seus sucessores, tinha de fato como ponto comum com seus antagonistas positivistas a concepção de que toda lei era produzida pela razão ou podia, pelo menos, ser por esta plenamente justificada, dela diferindo apenas no pressuposto de que a lei pudesse ser logicamente deduzida de premissas a priori, enquanto o positivismo a considerava uma construção intencional, fundada em conhecimento empírico de suas consequências sobre a realização de objetivos humanos desejáveis.” HAYEK, Friedrich A. **Normas e ordem**. Vol. 1 de Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1983, p. 19.

Partindo do pressuposto de que toda norma jurídica exige interpretação para sua aplicação fática, a hermenêutica, dada sua gênese de revelação e transmissão dos sentidos desde o texto, através da linguagem é condição necessária para a satisfação das premissas normativas, conformando-as para com a realidade prática e nos fluxos das dinâmicas sociais e institucionais. Nesse sentido, interpretar é valer-se da linguagem para atribuição de sentido aos comandos, nesse caso, legal.<sup>318</sup>

Sobre o tema, assevera Eros Grau:

Posso, exemplificativamente, descrevê-lo como sistema de normas que regula – para assegurá-la – a preservação das condições de existência do homem em sociedade. Mas, de outra parte, posso descrevê-lo, exemplificativamente também, desde uma perspectiva crítica, introduzindo, então, a velha questão, do expositor e do censor (crítico) do direito, daquele que explica o direito, tal como o entende, e daquele que indica o que crê deva ser o direito – a separação entre o que é e o que deve ser o direito (Bentham). Afirmaremos, então, que necessitamos mais de censores, críticos do direito, do que de meros expositores dele – no que também a afirmação de que os juristas em regra se limitam a interpretar o direito de diferentes maneiras, mas o que importa é transformá-lo.<sup>319</sup>

Contudo, para os fins almejados por essa pesquisa, há que se destacar a importância do contributo de Heidegger, especialmente para as consubstanciações entre atividade jurisdicional e preceitos econômicos. Não obstante debates anteriores produzidos, é inegável o quão econômica se tornou a existência humana no mundo. Tal qual sinalizou Alain Supiot o homem converteu-se em *homo juridicus*<sup>320</sup>, bem como, *homo economicus*<sup>321</sup>. Parece não existir

<sup>318</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. Hermenêutica e distanciamento: uma narrativa historiográfica. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009, p. 57.

<sup>319</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 107.

<sup>320</sup> SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**. Ensayo sobre la función antropológica del derecho. Tradução de Silvio Mattoni. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

<sup>321</sup> “O axioma fundamental do *homo economicus* – modelo paradigmático da ciência econômica e da análise econômica do Direito – é que os indivíduos são racionais, o que significa dizer que agem por interesse, buscando maximizar o seu bem-estar e, para tanto, reagem a incentivos. E essa ação naturalmente se dá em um mundo onde os recursos são escassos, e uma escolha implica em uma renúncia, em outras palavras, incorre em custo de oportunidade” ROSA, Cristiano Carvalho. **Kafka e**

comportamento humano, comissivo ou omissivo que consiga não produzir impactos e externalidades na convivência econômica e também jurídica.

Ademais, não se pode ignorar o fato de que os indivíduos agem racionalmente, objetivando potencializar ao máximo seus benefícios e suas utilidades. Assim age quando toma decisões e, por regra, as decisões judiciais não escapam deste cenário, desde o momento da propositura de uma ação até, a interposição de recursos ou execuções judiciais.<sup>322</sup>

Justamente essa sincronização entre *ser-no-tempo* e, doutro lado, do Direito e da Economia possibilitam que argumentos de cunho econômico, possam ser introduzidos em níveis qualificados de debate e efetivação do Direito. Não há razão concreta que possa convencer o afastamento dos atributos econômicos dos espaços institucionais jurídicos. Primeiro, por ser a ordem econômica um bem juridicamente a ser tutelado. Depois, se a atividade hermenêutica passa a ser uma experiência existencial do *ser-no-mundo*<sup>323</sup>, o ser no mundo é exatamente o ser no mundo econômico.

A constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de neoconstitucionalismo é, assim, a manifestação desse grau de autonomia do direito, isto é, deve ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral. [...] Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendraram. [...] Autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democracia a todo tempo –

---

**o sistema tributário brasileiro: uma visão pela perspectiva do direito e economia.** In: Latin American and Caribbean Law and Economics Association, 2014. Disponível em: <[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=cristiano\\_carvalho](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context= cristiano_carvalho)>. Acesso em: 28 mar. 2019.

<sup>322</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 3, n. 9, p. 32, jan/mar. 2005.

<sup>323</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente 'estado de exceção'.<sup>324</sup>

Portanto, em que pese o respeito às posições teóricas divergentes, o modelo vigente de sociedade de mercado transnacional, na qual o Direito, como expressão social, está envolto, reclama por uma construção hermenêutica que promova a inclusão de debates de ordem econômica e a análise sobre externalidades no contexto hermenêutico e normativo que objetivarão a defesa de bens jurídicos relevantes e juridicamente tutelados<sup>325</sup>. Não há condição de validade, portanto, de uso da hermenêutica sem debates e argumentações que considerem os impactos econômicos correlacionados<sup>326</sup>.

A existência de uma sociedade transnacional de mercado importa no reconhecimento do Mercado como um novo padrão de autoridade, lastreada em mercadorias e na moeda, que visa constituir novos padrões (paradigmas<sup>327</sup>) acelerados pela tecnologia e pelas redes globais de comunicação. As pautas paradigmáticas, com posições mercadológicas desafia os interesses primeiros e últimos da humanidade.<sup>328</sup>

Importante destacar que tal posição não é absolutamente nova, pois se a hermenêutica filosófica visa inserir o *ser-no-mundo*, em Hayek, por meio de sua teoria de economia em catalaxia (isto é, a ciência que explica a ordem de mercado), a economia de mercado se converte em estrutura, para além da mera aquisição ou troca, incluindo noções de “troca na comunidade”, especialmente por ser:

<sup>324</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 330-331.

<sup>325</sup> PAFFARINI, Jacopo. **Modelli costituzionali e società di mercato**. Lima: EGACAL, 2015.

<sup>326</sup> Com tudo isso, não se pode perder de vistas as consideração de Bruno Salama: “Tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Mas a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples porque as suas metodologias diferem de modo bastante agudo. Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo.” SALAMA, Bruno. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo: v. 5, n. 2, 2008, p. 07.

<sup>327</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 35.

<sup>328</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 197.

(...) necessário lembrar constantemente que a economia produzida pelo mercado não é em realidade como os produtos do desígnio humano deliberado, mas é uma estrutura que, embora em muitos aspectos semelhante a uma economia, em outros, particularmente por não servir a uma hierarquia unitária de fins, difere fundamentalmente de uma verdadeira economia.<sup>329</sup>

Conforme assevera José Casalta Nabais<sup>330</sup>, mesmo que com uma mirada cética, a separação entre os domínios do Direito e da Economia é de difícil sustentação nos tempos hodiernos, visto que, além da indissociabilidade para com os meios de vida comum (em que pese o comum hoje seja globalizado), ambos trazem posições claras de vontade política, de justiça, mas também de eficiência.

Ou, como sustenta Richard Posner, o aspecto mais ambicioso de sua construção teórica, também da Escola de Chicago, aponta para a unificação da teoria econômica com o Direito, para fins de facilitação do livre mercado, da redução dos custos das transações e da adequada regulação por atores jurídicos. Com isso, segundo Posner, exsurgeria no mesmo corpo, aspectos normativos (reformistas) e aspectos descritivos (explicativos).<sup>331</sup>

Na esfera criminal, tal raciocínio precisa ser induzido para direcionar políticas públicas eficazes e eficientes, não apenas em cenários nacionais, mas em territórios transnacionais, de modo que, a partir de uma adequada hermenêutica mudanças substanciais e também procedimentais possam ser introduzidas com mote na redução de crimes ou, com resultados menos danosos<sup>332</sup> ou, com cooperação entre múltiplos atores, fazendo com que a criminalidade transnacional e também local se beneficie de vazios normativos e burocráticos nesses tempos de transição de modelos.

Assim, não se pode supor a continuidade de modelos hermenêuticos edificadas sobre premissas metafísicas e ou meramente exegéticas. A sustentação que deve ser mantida, aponta para a comunhão de aspectos jurídicos e

---

<sup>329</sup> HAYEK, Friedrich. A. **A arrogância fatal**. São Paulo: Ortiz, 1995, p. 151.

<sup>330</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos** – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998, p. 197.

<sup>331</sup> POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XIII/XIV.

<sup>332</sup> OLSSON, Gustavo; TIMM, Luciano. **Análise econômica do crime no Brasil**. BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo. **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 113.

microeconômicos, notadamente de natureza associada aos custos das transações faz com o que a forma de dizer o direito ao caso concreto carece de novas construções, mais próximas da consensualidade e da avaliação dos custos de cada decisão judicial no cenário local-global interdependente.

Imperativo sublinhar o fato de que tal modelo desafia premissas clássicas do Direito, associados ao modelo clássico de Estado que necessita ser implementando como forma de responder às demandas contemporâneas e emergentes. Existem indicativos claros que possibilitam sua implementação, mas que atualmente se encontram desarticulados. Nesse sentido, a proposta de tese é apoiada por argumentos resultantes da junção de transnacionalismo, sociedade de mercado, cooperação judicial, comércio entre juízes, crimes transnacionais e controle sobre os custos de transação.

Logo, a hermenêutica a imperar não pode passar indelével por tais acontecimentos, pressões e demandas. Urge pontuar que a hermenêutica jurídica é absolutamente relacionada com a realidade, pois do contrário, perde sua função, deixando de oferecer respostas e modelos decisórios.

Portanto, o modelo jurídico hermenêutico deve ser ampliado como prática de inteligência transnacional, que assimile preceitos econômicos de custos, riscos e benefícios, sem contudo, perder sua densidade de *rule of law*, mas que mensure consequências e impactos em uma sociedade claramente transnacional e de mercado, vez que promove trocas e intercâmbios constantes e incalculáveis para além das fronteiras nacionais e, em algumas vezes, sem a tutela jurídica de um Estado em específico.

Neste contexto, é preciso as observações de Osvaldo Agripino de Castro Junior, quando afirma que países com economia em transição, como o Brasil, a segurança jurídica é de extrema relevância, verificando se as leis criadas são compatíveis com a Constituição Federal, sem perder de vista os impactos econômico advindos destas.<sup>333</sup>

---

<sup>333</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e desenvolvimento**: estudo comparado para a reforma do sistema judicial. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 600.

E prossegue explicando Osvaldo Agripino de Castro Junior sobre as consequências e externalidades do processo de elaboração das leis:

Assim, a aprovação de leis que possuam grandes incoerências e incertezas e que se preste claramente a abusos, principalmente por parte do Poder Executivo, aumenta ainda mais a insegurança dos agentes econômicos no sistema judicial, já que as economias em transição enfrentam uma constante tensão entre, por um lado, a necessidade de um Estado forte para aplicar a lei e impor a ordem, principalmente, dando segurança aos contratos celebrados e, por outro, a necessidade de limitar o poder do Estado, para dar margem à consolidação dos direitos individuais.<sup>334</sup>

Todavia, isso não significa advogar pela subserviência dos institutos e das instituições jurídicas à cartilha econômica. Também não se faz apologia à ideia de que decisões judiciais devem se restringir ao melhor interesse do Mercado. Entretanto, procedimentos e atos judiciais não podem ignorar as externalidades e os custos de transação que envolvem também a prestação da tutela jurisdicional.

Pelo reverso, estar-se-á habilitando uma ruptura de funcionalidade do Direito, em nome da sua suposta autonomia. Haverá de um lado, um Direito posto e, por outro lado, um Direito pressuposto, de modo que inexistirão ganhos, vantagens e proteções jurídicas, de modo que apenas se alargarão os expedientes de impunidade ou míope atuação jurisdicional, agravando o atual estado d'arte.

Além dos argumentos já expostos, na linha de uma sociedade de mercado transnacional, dos custos das transações e das decisões judiciais, da avaliação sobre externalidades e de uma nova hermenêutica com capacidade de confluência entre Direito e Economia, há que se pontuar a convergência comum entre Economia e Direito para fins de satisfação de demandas empíricas.

Parece ser inquestionável o caminho do Direito que se distancia de postulados essencialmente dogmáticos para, tal qual a Economia, se comportar na empiria, na crítica relacionada com os efeitos e consequências da decisão, na procura por otimização de resultados.

---

<sup>334</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e desenvolvimento**: estudo comparado para a reforma do sistema judicial. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 600.

Eis que:

O ideal de um sistema jurídico supranacional que consiga governar sozinho as relações do comércio internacional deve, por sua vez, ser alimentado num quadro de realismo, pois seria inaceitável um acolhimento de uma ordem jurídica supranacional que não levasse em consideração elementos democráticos.<sup>335</sup>

Para além das consequências inerentes à decisão judicial, como já demonstrado na presente tese, é deveras relevante consubstanciar no espaço de potencialização de eficiência econômica meios de efetividade da tutela jurisdicional. Todavia, não basta que prestação da tutela jurisdicional aconteça por meio do poder soberano de cada Estado, sendo que em muito tal poder soberano é simbólico, quiçá mitológico, nos limites do seu território<sup>336</sup>.

É emergente a necessidade de fazer com que procedimentos jurisdicionais consigam se libertar dos amalgamas da territorialidade do Estado e, em igual medida, consigam de modo dialógico estabelecer meios de comunicação com a pluralidade de atores envolvidos e impactados pela extensão de cada conflito<sup>337</sup>.

Em complemento, para que tal desiderato surta os efeitos pretendidos invoca-se a necessidade de uma hermenêutica, atenta às novas demandas e, para o

<sup>335</sup> TOMAZ, Roberto Epifanio; FERREIRA MONTE, Mario João; DE CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. Nova lex mercatoria: ordenamento jurídico supranacional(?). **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 4, p. 1364-1384, dez. 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6709/3830>>. Acesso em: 28 maio 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v19n4.p1364-1384>.

<sup>336</sup> GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2017, p. 67. Por outro lado, "La crisi dunque dello Stato attuale si può ritenere che sia caratterizzata dalla convergenza di questi due fenomeni, l'uno dei quali aggrava necessariamente l'altro: il progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico, e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato." ROMANO, Santi. Lo Stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. *Scritti minori*. v. I. Milano: Giuffrè, 1950, p. 322-323. Tradução livre: "A crise do Estado atual pode, portanto, ser considerada como caracterizada pela convergência desses dois fenômenos, um dos quais necessariamente agrava o outro: a organização progressista com base em interesses particulares da sociedade que está perdendo cada vez mais seu caráter atomístico. e a deficiência dos meios jurídicos e institucionais que a própria sociedade possui para fazer refletir e validar sua estrutura dentro do Estado."

<sup>337</sup> SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos**. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015, p. 186.

bem do resultado, consiga envolver atores, argumentos e bens de natureza econômica, afinal, é a economia bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Por certo, a dinâmica instalada pela globalização, pela transnacionalidade, pelos fluxos de capitais e pela inovação de meios delitivos globais exige razões hermenêuticas que consigam transcender aos limites da metafísica, da liturgia e das abstrações desacopladas da facticidade. Para além destes preceitos, não há que se converter a hermenêutica voltada à sociedade transnacional de mercado aos balizamentos do método ou da autoridade de quem provém.

Em certa medida, o que se defende é justamente o desenvolvimento de um modelo hermenêutico iluminado pelo realismo e por eixos horizontais, em complementação ao padrão metafísico verticalizado de interpretação. Sem isso, torna-se pouco provável o êxito da proposta apresentada.

Ademais, novamente no contexto das ciências criminais, não se pode perder de vista o fato de que a criminalidade de maior danosidade se comporta tal qual corporações, que visa lucro, que investe nos seus resultados e circula por espaços transnacionais, daí a necessidade *incontinenti* de ser cada vez mais fomentado a justiça consensual com o uso de métodos e institutos capazes de entregar maior eficiência, o que pode ser visto no uso da Colaboração Premiada.

## CAPÍTULO 4

### EM BUSCA DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA COLABORAÇÃO PREMIADA

#### 4.1 O consensualismo como novo modelo jurídico

Propõe-se através do presente item, demonstrar como a intervenção de novos atores e comportamentos juridicamente tutelados pelas instituições induz à passagem da decisão judicial adjudicada para modelos consensuais de resolução de conflitos, cuja dinâmica é acelerada pelo advento do transnacionalismo e da globalização jurídica.

Para a satisfação de tal desiderato, é importante destacar a mudança substancial promovida na raiz do Processo Penal em sede de consolidação de um Estado Democrático de Direito, preterindo modelos inquisitoriais para a posição alargada de práticas democráticas em contraditório e com novos modelos de formalidades legais e institucionais.

Apesar das divergências, sobretudo no uso da Análise Econômica do Direito, importa reconhecer na síntese formulada por Luigi Ferrajoli, um relevante ponto nuclear, haja vista que:

Aqui bastará precisar que por 'pena' se deve entender qualquer medida afliativa imposta juridicamente por meio de processo penal; por 'delito', qualquer fenômeno legalmente previsto como pressuposto de uma pena; por 'lei', qualquer norma emanada do legislador; por 'necessidade', a função de tutela de bens fundamentais que justifica as proibições e as penas; por 'ofensa', a lesão de um ou de vários de tais bens; por 'ação', um comportamento humano exterior, material ou empiricamente manifestável, tanto comissivo quanto omissivo. Por 'culpabilidade', o nexó de imputação de um delito a seu autor, consistente na consciência e vontade deste para com aquele, por 'jurisdição', o procedimento mediante o qual se verifica ou refuta a hipótese de comissão de um delito; por 'acusação', a formulação de tal hipótese por parte de um órgão separado dos julgadores; por 'prova', a verificação do fato tomado

como hipótese pela acusação e qualificado como delito pela lei; por 'defesa', o exercício do direito de contraditar e refutar a acusação.<sup>338</sup>

Para tanto, compreender o processo de concepção, importação e hibridismo do modelo brasileiro de colaboração premiada, como forma de consensualidade e barganha, é condição essencial para a otimização de resultados e mensuração dos bens jurídicos que estão em xeque. Em outras palavras, dadas as circunstâncias peculiares, não há condição de êxito na mera associação do regime brasileiro com as práticas americanas de *plea bargaining* e italiana de *pentitismo*.

Nesse sentido, a expansão de modelos consensuais há que ser assimilada em um contexto de ampliação de liberdades e de práticas democráticas para a condução de atos processuais, até então sustentados sobre regras duras de autoridade e verticalização de condutas<sup>339</sup>. Assim, diferente do que sustenta Luigi Ferrajoli<sup>340</sup>, o uso de práticas consensuais não representa apenas a preterição da esfera do indecível dos Direitos Fundamentais, mas essencialmente na criação de vias de empoderamento dos sujeitos e dos atores processuais.

Parte-se, nesta toada do contributo de Friedrich von Hayek com condição de coerência interna para a tese, a saber:

Isto não significa que se suponha sempre que o indivíduo é o melhor juiz de seus interesses; significa apenas que nunca podemos ter certeza de que outra pessoa os conheça melhor do que o próprio indivíduo, e que desejamos usar plenamente as capacidades de todos que possam contribuir de alguma forma para o esforço comum que pretende fazer nosso ambiente servir a fins humanos.<sup>341</sup>

Desse modo, surgem políticas penais baseadas no consensualismo, sistema onde as partes adquirem papel relevante no processo, tendo em vista que

<sup>338</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 88.

<sup>339</sup> BIN, Roberto. Soft law, no law. SOMMA, Alessandro. **Soft law e hard law nelle società postmoderne**. Torino: Giappichelli, 2009.

<sup>340</sup> FERRAJOLI, Luigi. Jurisdição e consenso. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, a. 4, n. 16, out-dez. 2010, p. 12.

<sup>341</sup> HAYEK, Friedrich A. **Normas e ordem**. Vol. 1 de Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1983, p. 82.

objetiva-se chegar a um meio termo, a dizer, a um consenso. Ainda que o Processo Penal e o Direito Penal material possam ser rotulados como uma das últimas barreiras do Direito nacional face aos procedimentos transnacionais, percebe-se uma progressiva consolidação de modelos e expedientes de consensualidade em sua nova atuação. Assim, conforme já registrou André-Jean Arnaud, a consensualidade advinda de práticas de pluralismo jurídico é manifestação típica de ruptura para com a hegemonia normativa estatal.<sup>342</sup>

Em que pese, tradicionalmente, os principais exemplos de consensualidade em sede de Processo Penal estivessem registradas pelo uso da conciliação, mediação, arbitragem e composição de danos, tipicamente alinhados com o sistema denominado de Justiça Restaurativa, há que se pontuar, na atualidade, um espraiamento desses institutos cumulativamente ao surgimento de novos padrões comportamentais, de cunho negocial, que visa, através do consenso, promover um amplo espaço de colaboração processual<sup>343</sup>.

Conforme Maria Coeli Nobre da Silva, o modelo processual tradicional, predominantemente inquisitorial e centrado na pessoa do Estado-juiz é ressitudo para privilegiar a cultura da dialética, da transformação social e da eficácia dos meios normativos e institucionais face às demandas sociais<sup>344</sup>.

Trata-se efetivamente de procurar atribuir ao processo penal maior responsividade, especialmente quando estiver diante de demandas complexas e de dimensões transnacionais, com impactos difusos e de difícil mensuração<sup>345</sup>. Assim:

- a) a prioridade é do diálogo mediado em vez da função de julgar do juiz; b) os interesses das partes envolvidas superam à aplicação da lei; c) facilitar é mais útil que avaliar; d) encontrar uma solução conciliatória é mais producente do que a ordem emanada do juiz; e)

<sup>342</sup> ARNAUD, André-Jean. O direito contemporâneo entre regulamentação e regulação: o exemplo do pluralismo jurídico. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 45 ss.

<sup>343</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e corrupção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>344</sup> NOBRE DA SILVA, Maria Coeli *et al.* Justiça restaurativa e mediação: consórcio relevante e indivorciável para conduzir o conflito jurídico-penal. **Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa**, 2013.

<sup>345</sup> CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**. Decisione e norma nell'età globale. Roma-Bari: Laterza, 2010.

finalmente, o assentar da controvérsia gera mais efeitos que a decisão do juiz. Isto porque aborda a questão criminal na perspectiva de que o crime é uma violação nas relações entre as pessoas e não apenas um ato típico e antijurídico praticado contra a sociedade representada pelo Estado, e que por causar mal à vítima, à comunidade e ao próprio autor do delito, todos esses protagonistas devem se envolver num processo de restauração de um trauma individual e social<sup>346</sup>.

Em certa medida, a confluência entre expedientes transnacionais e a interação entre Direito e Economia<sup>347</sup> sinalizam para a necessidade de se conceber um sistema de persecução penal que não se limite à formação da culpa em relação a cada tipo penal. No caso de prevalência do Processo Penal sobre limites ortodoxos de territorialidade e culpabilidade, pode-se concluir que, a contra-partida, haveria uma baixa efetividade e carência de responsividade do Processo Penal para crimes que envolvam consequências globais e custos econômicos.

Nesse sentido, a consensualidade representa possibilidade importante para promover maior efetividade à decisão judicial, notadamente em matéria Processual Penal, seja por sua capacidade de envolver com maior dinamismo e eficácia atores transnacionais em espaços nacionais e/ou transnacionais e, por outro lado, ter maior capacidade associativa em relação aos custos das transações econômicas decorrentes da atividade jurisdicional, através de espaços institucionais de dialética qualificada, onde cada ator processual realmente possui habilitações para influenciar a decisão a ser proferida. Não por acaso, no contexto brasileiro, encontre guarida no art. 98, I, da Constituição Federal<sup>348</sup>.

Sociedades extremamente complexas, como as atuais, diversificadas em suas estruturas políticas, institucionais, utópicas, econômicas, tecnológicas, étnicas e jurídicas não conseguem se sustentar através da defesa penal de seus bens jurídicos relevantes usando fórmulas e ritos protomodernos.

---

<sup>346</sup> NOBRE DA SILVA, Maria Coeli *et al.* Justiça restaurativa e mediação: consórcio relevante e indivorciável para conduzir o conflito jurídico-penal. **Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa**, 2013.

<sup>347</sup> VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Tese apresentada para obtenção de livre-docência junto à Universidade de São Paulo. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo, 2012.

<sup>348</sup> LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: DelRey, 2013.

Primeiro, porque, o espectro de normatização estatal é deveras limitado; segundo, pois seus atores burocráticos se movimentam com contingenciamento de atribuições; terceiro, em razão dos riscos serem globais; quarto, em razão da necessidade de envolvimento máximo de atores capazes de colaborarem e ao mesmo tempo serem impactados pelas decisões judiciais<sup>349</sup>. Assim, o atual contexto de mutações transnacionais e interações entre Direito e Economia, reclama a passagem da prestação jurisdicional adjudicada para práticas consensuais.

A defesa da consensualidade que aqui se faz e, no contexto em que está inserida visa oferecer mecanismos jurídicos aptos às demandas contemporâneas. Diferentemente do que expõe Giacomolli e Vasconcellos<sup>350</sup>, o problema não está na morosidade e na rigidez da justiça, mas na debilidade dos sistemas nacionais sustentados sobre territorialidade e soberania para tentar encontrar rumos em uma sociedade transnacional alavancada pelo Mercado e, de outro lado, em entender que o Mercado é um bem jurídico relevante e que carece de proteção.

Noutro lado, há que se observar o contributo da noção de jogos processuais, como meio de superação do estágio arcaico de processo penal, inquisitorial, no estilo do *maleus maleficarum*<sup>351</sup>. Segundo Alexandre Morais da Rosa:

O jogo processual se estrutura em 3 (três) planos paralelos e simultâneos: a) o reconhecimento das normas processuais – princípios e regras – lançados processualmente por seus jogadores e julgadores; b) da teoria da informação probatória e seus fatores de convencimento, ou seja, seus condicionantes internos/externos e, c) da singularidade do processo: julgador e julgadores, as táticas e estratégias. Ao mesmo tempo em que a estrutura é universal (pelo menos normativamente, ainda que se possa discutir a aplicabilidade de algumas disposições em face da CR), a singularidade do caso demanda, no campo penal, a especialidade: cada decisão é uma decisão, artesanal, não podendo julgar em ‘bloco’ no crime. Os três planos funcionam paralelamente e vão se articulando no decorrer do jogo processual de maneira contingente.<sup>352</sup>

<sup>349</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e corrupção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>350</sup> GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 20, n. 03, dez. 2015, p. 1122.

<sup>351</sup> KRAEMER, Heinrich. **O martelo das feitiças**. São Paulo: Rosa dos Tempos, 1993.

<sup>352</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**.

Portanto, aqui reside a defesa da consensualidade e a utilização de seus expedientes em um contexto em que custos econômicos e externalidades não sejam preteridos, mas sim, analisados com cuidado idêntico aos preceitos jurídicos de cada caso.

#### **4.2 Decisão adjudicada e as externalidades negativas dessa imprevisibilidade**

No presente item objetiva-se demonstrar a relativa incapacidade da decisão judicial adjudicada em estabelecer a pacificação dos conflitos e, especialmente, não produzir uma onerosidade excessiva aos litigantes, desestabilizando as relações econômicas e, concomitantemente, não assegurando previsibilidade e satisfatoriedade às decisões judiciais.

Permanecendo no caminho até agora rastreado, não é contestado que o primeiro objeto de investigação, para o juiz ou operador legal exigido para o caso específico, é o ato linguístico (a provisão) pelo qual o legislador pretendia estabelecer um quadro regulamentar para um tipo de caso considerado de forma abstrata.

Assumir uma linguagem legislativa unitária e coerente, e buscar a disposição a ser aplicada não deve dar origem a resultados incertos<sup>353</sup>, portanto, será rastreável de acordo com as "indicações" oferecidas pelas declarações da autoridade reguladora.

Na prática legal, no entanto, é possível registrar duas situações alternativas: em alguns casos, aos olhos do órgão de execução, o regulamento "fornece" de forma clara e inequívoca a regra de conduta relacionada ao caso específico, em outros, em vez disso, permanecem elementos de incerteza.

Observou-se que, em geral, esta segunda circunstância pode ocorrer por

---

2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 21.

<sup>353</sup> BOBBIO, Norberto. **Scienza giuridica e analisi del linguaggio**. Torino: G. Giappicchielli, 1948 p. 350.

três razões: em primeiro lugar, pode ser que nenhuma disposição possa ser feita a partir das disposições referentes ao caso (*gap* regulatório). Em segundo lugar, é possível que existam duas ou mais normas no sistema jurídico que podem ser rastreadas até a situação concreta, mas que manifestam soluções contrastantes (contradição normativa). Por fim, existe uma norma aplicável ao caso concreto, mas o subsídio parece ser impraticável devido à indeterminação dos conceitos utilizados pelo legislador na descrição do caso abstrato (lacuna de reconhecimento)<sup>354</sup>.

Em cada uma dessas hipóteses, a intervenção do juiz resulta em uma "inovação" da lei: no caso em que ele encontra uma lacuna regulatória, ele será forçado a "adicionar" uma (nova) norma relativa ao caso específico (obtido por analogia de casos semelhante ou por disposições de princípio ou de outra forma).

No caso de um conflito entre duas regras, o juiz terá que "escolher" aplicar uma, excluindo as restantes; na última hipótese, finalmente, o juiz, decidindo se deve ou não trazer o caso concreto no resumo previsto por meios legislativos, amplia ou restringe a "descrição" deste último.

O que faço quando decido uma causa? A que fontes de informação recorro em busca de uma orientação? Até que ponto permito que contribuam para o resultado? Até que ponto devem contribuir? (...) Com frequência, é graças a essas forças subconscientes que os juízes mantêm a coerência consigo mesmo e a incoerência entre si. Numa notável passagem de suas preleções sobre o pragmatismo, William James, nos lembra que cada um de nós mesmo os que desconhecem ou execram os nomes e as ideias da filosofia, tem, na verdade, uma filosofia de vida subjacente. Há, em cada um de nós, uma corrente de tendências – que dá coerência e direção ao pensamento e à ação. Os juízes, como todos os mortais, que não conseguem reconhecer nem identificar – instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas; o resultado é uma perspectiva de vida, uma concepção das necessidades sociais, um sentido. (...) Nessa configuração mental, cada problema encontra seu contexto. Podemos tentar ver as coisas com o máximo de objetividade. Mesmo assim, jamais poderemos vê-las com outros olhos que não os nossos.<sup>355</sup>

A pesquisa, nesses casos, envolve uma atividade real de "manipulação":

<sup>354</sup> BULYGIN, Eugenio. **II Positivismo giuridico**. Roma: Giuffrè, 2007. p. 64.

<sup>355</sup> CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 1-3.

a ausência de disposições normativas, ou pelo menos a linguagem equívoca do legislador, exige uma análise "crítica" do sistema legal que, de todos os modos, não pode deixar de partir das próprias disposições normativas e chegar à formulação de uma norma não expressada.

Analisando em detalhes as várias implicações que o discurso jurídico pode tomar, o primeiro caso que foi imaginado é aquele em que a compreensão das disposições é "imediate", pois suas leituras mostram claramente o que o juiz deve fazer: acredita-se, nesta hipótese, que nenhuma interpretação é necessária (na interpretação *claris non fit*). Se o conteúdo de uma disposição regulamentar não for ambíguo (por exemplo, é proibido fumar nos edifícios da administração pública), a distinção entre provisão e norma permanece apenas em um nível ideal, já que todos os destinatários da mensagem entendem inequivocamente o que significa que deve ser expresso.

Então, chega-se às outras hipóteses, a partir daquela em que a resposta a uma pergunta específica não é possível porque o juiz não encontra no sistema legal um padrão aplicável ao caso: neste caso, como já dito, fala-se sobre "gap regulatório". O processo de comunicação é complicado, a compreensão da lei objetiva não é mais "imediate", mas exige um raciocínio mais ou menos complexo e articulado que leva à identificação de uma regra de comportamento "não expressado".

A menos que o juiz deseje criar a disciplina do caso específico de forma completamente arbitrária, ele usará normalmente o "argumento analógico". Portanto, se começa por identificar outras preposições normativas que, de acordo com o intérprete ou a opinião dos juristas, possuem uma relação compatível com o caso em questão. Normalmente, se referem aos principais aspectos do caso abstrato governado por estas regras: se redescobrir um perfil relevante ou essencial, a mesma disciplina se estende, introduzindo no sistema jurídico um novo padrão com o mesmo conteúdo, mas uma premissa "factual" diferente.<sup>356</sup>

A abordagem de um caso "legal" ou outro, de qualquer modo, é o resultado dos argumentos desenvolvidos pelo intérprete na motivação, alguns dos

---

<sup>356</sup> GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto**. Milano: Giuffrè, 2010. p. 351.

quais serão favoráveis, enquanto outros se opõem à analogia.<sup>357</sup> É claro, e mais tarde se voltará ao ponto, o papel instrumental que no campo interpretativo tem "a argumentação" em relação ao "discurso legal" e, portanto, à escolha das "premissas normativas" que justificam a medida tomada em concreto.

Finalmente, podem haver casos em que o raciocínio do juiz, mesmo tendo como objeto declarações normativas, não é empregado em suas decisões qualquer esquema lógico, sendo muitas vezes tomadas conclusões que possam ser recusadas (sem contradição), aceitando as premissas regulatórias. Estas são técnicas argumentativas aceitas na esfera da ciência jurídica e às vezes, como no caso da analogia, também pela lei, mas que, no entanto, não garantem o rigor das conclusões. Por exemplo, uma das condições para aplicar a analogia é a possibilidade de estender o *ratio legis* de uma provisão para o caso que é levado em consideração.

O argumento que tenderá a demonstrar a existência dos fatos concretos no princípio geral subjacente à disposição tomada em consideração é um argumento válido no campo jurídico, mas não em outros tipos de linguagem científica. "Que o gosto seja regulado com o mesmo" não é um princípio lógico, mas "é uma convenção de linguagem legal"<sup>358</sup>.

O mesmo pode ser concluído em relação aos vários casos em que os juristas operam interpretações "restritivas", "adaptativas", "evolutivas", etc<sup>359</sup>. Estar-se-á lidando com assuntos convencionalmente aceitos na linguagem normativa, através da qual as preposições normativas são "manipuladas" para derivar a premissa normativa adequada ao caso concreto, mas não ao raciocínio auto-evidente cujas conclusões não podem ser questionadas.

Se a regra do comportamento pontual e concreto contida na parte operativa da sentença é logicamente deduzível das disposições normativas indicadas na motivação "na lei", bem como da descrição dos fatos, como resulta dos documentos processuais, então, se poderia argumentar que é dado lugar a "criação"

---

<sup>357</sup> ABRAMS, David, Putting the trial penalty on trial. *Duquesne Law Review*, v. 51, 2013, p. 788.

<sup>358</sup> BOBBIO, Norberto. *Scienza giuridica e analisi del linguaggio*. Torino: G. Giappicchielli, 1948. p. 358.

<sup>359</sup> BOBBIO, Norberto. *Scienza giuridica e analisi del linguaggio*. Torino: G. Giappicchielli, 1948. p. 358-359.

ou à "manipulação". Em outros casos, no entanto, dependendo do que se julgue apropriado, dará lugar à "criação", desde o início das proposições normativas ou à sua "reescrita" que, a partir das originais, exclui partes ou as substitui.

Todavia, ambas as construções sinalizam para a ausência de preocupações sobre um bem jurídico tutelado, especificamente, a preservação do equilíbrio nas relações econômicas. Tal constatação deriva não apenas de questões ideológicas, mas principalmente da preocupação exagerada com a ideia de autonomia do Direito e das condições de produção, interpretação e aplicação da norma, na maioria das vezes, condicionadas a um contexto em que a economia não encontra espaço para ponderação frente aos casos em via de tutela jurisdicional.

Nesse sentido, a confluência dos argumentos consignados aduz para a utilização defasada da atividade jurisdicional no contexto atual. O cenário atual de uma sociedade transnacional de mercado prescinde de um modelo de jurisdição capaz de superar a ideia clássica do Estado como substituto das partes incumbindo de resolver os conflitos segundo padrões de autoridade e estabilidade<sup>360</sup>, preocupado essencialmente com a coisa julgada em detrimento dos impactos externos que produz, dos custos que socializa e da condição de retroalimentação de conflitos em razão da precipitação em decidir a "qualquer custo".

Portanto, a solução adjudicada, em que pese seu contributo, mostra-se impotente frente às novas demandas. Enquanto os conflitos se transnacionalizam, a jurisdição segue seu itinerário marcado pela soberania territorial; enquanto os custos das demandas tornam-se difusos, os efeitos das decisões seguem avaliados em expedientes individuais; enquanto a sociedade gravita em torno de bens econômicos, a prestação jurisdicional segue atrelada ao dizer o direito ao caso concreto a partir de meras subsunções do fato à norma, muitas vezes inexistente ou inadequada ao caso em concreto.

Em sede de decisão adjudicada o que se vislumbra é justamente uma clara preterição aos espaços que a Análise Econômica do Direito pode orientar o ato decisório diante de externalidades e de custos econômicos. Parte significativa das

---

<sup>360</sup> DIAS, João Paulo; PEDROSO, João. As profissões jurídicas entre a crise e a renovação: o impacto do processo de desjudicialização em Portugal. In: **Oficina do CES**, n. 181. Coimbra: Colégio de S. Jerônimo, 2002.

decisões judiciais ignora a premissa que os agentes são racionais e projetam seus comportamentos para o futuro. Tais atores, diante de um cenário claro de uma sociedade transnacional de mercado, ao agirem, ativa ou passivamente, levam em consideração seus custos e benefícios privados<sup>361</sup>.

Nesta quadra, há que se introduzir as lições de William Landes, de forma bastante objetiva para registrar o quão relevante são os comportamentos das Cortes em sede de majoração ou redução de custos e resultados. Em síntese, para fins dos atores processuais envolvidos entre acusação e defesa, há clara pré-disposição para utilização de modos consensuais, especialmente quando envolve atores transnacionais de fluída atuação e grandes fortunas, como é o caso de corporações e seus diretores.<sup>362</sup>

Ainda que Landes não tenha se debruçado sobre crimes transnacionais e/ou praticados por atores transnacionais, em uma sociedade transnacional de mercado, é fato que o teorema de William Landes apresenta insumos para vaticinar que a insistência no uso de sentenças adjudicadas não se mostra como circunstância de melhor custo-benefício e menores externalidades. Quando Landes não se preocupa com o juízo de inocência/culpabilidade, até mesmo sentenças que declarem a absolvição são de baixa relevância, as possibilidades que se abrem versam sobre os meios de colaboração e negociação entre acusação e defesa.<sup>363</sup> Para Landes, os custos das Cortes decorrem da via pela qual se discutem questões incidentais e não uma barganha.

Tal qual sinalizou Ronald Coase, nada obsta que o ato de decidir possa ser associado com o ato de produzir. Ambos podem ser compreendidos por meio de uma “regra de ouro” segundo a qual o ato de produzir está fundado na comparação entre benefícios e custos adicionais, os quais demandam a equalização para que se encontre o ponto de equilíbrio<sup>364</sup>. Nesse sentido, ao tempo em que a metodologia adjudicada de decisão judicial não se debruça sobre os custos marginais, poucos

---

<sup>361</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 100 ss.

<sup>362</sup> LANDES, William. **An economics analysis of the courts**. Chicago: NBER, 1974, p. 173. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>, Acesso em: 24 fev. 2019.

<sup>363</sup> LANDES, William. **An economics analysis of the courts**. Chicago: NBER, 1974, p. 170-173. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>, Acesso em: 24 fev. 2019.

<sup>364</sup> COASE, Ronald H. Economics and contiguous disciplines. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 7, n. 2, p. 201-211, jun. 1978, p. 202-203.

benefícios geram, exatamente pela sua baixa compatibilidade com as demandas atuais, o que justifica o incremento de soluções consensuais, inclusive em matéria penal.

### **4.3 Custos das decisões judiciais na economia de mercado transnacional**

A partir dos argumentos reunidos torna-se possível, de forma clara, prescrever a carência de cuidados em sede de decisões judiciais de mecanismos adequados para o enfrentamento de externalidades e custos demasiados advindos da intervenção judicial em uma sociedade cada vez mais centrada no Mercado transnacional e, menos orientada pela hegemonia soberana dos Estados.

Na essência, Ronald Coase, coloca a eficiência como indicador de negociações com maiores ou menores custos, de modo que quanto menor o custo envolvido, maior será o grau de satisfação da eficiência. Para tanto, conforme o Teorema de Coase, é absolutamente importante que os direitos estejam claramente dispostos, pois uma vez estando predeterminados e conhecidos, as partes conseguirão envolver na resolução do negócio, as possibilidades de custo, tentando minimizá-los até próximo de zero – que justifica assim sua proposta.

Porém Ronald Coase, não apenas apresenta indicadores de custos sobre as transações, mas, introduz no pensamento econômico político a noção de que, diante de uma análise de externalidades, as pessoas e as instituições agem por incentivos para a maximização dos resultados, inaugurando uma nova racionalidade.<sup>365</sup>

Materializa-se tais postulados na tríplice ocorrência dos custos das transações, conforme anteriormente exposto, isto é, a decorrência de custos das transações originárias dos custos pela busca de informações, dos custos da barganha e dos custos do policiamento. Assim, obter informações sobre determinado produto ou serviço, bem como, elevar a melhor relação de preços é

---

<sup>365</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 23.

variável que não pode ser ignorada. Por outro lado, de forma solidária, o custo da negociação entre vendedor e comprador para chegada ao preço definitivo, por si, mostra-se indispensável. Todavia, há que se auferir os prováveis custos derivados do inadimplemento das obrigações (sinalagmáticas) e do ônus sendo necessária a execução forçada da obrigação<sup>366</sup>.

É com essa confluência de ideias que ganha relevo a proposta de Ronald Coase, visto transcender ao mero cenário do preço envolvido na negociação para incluir eventos possíveis que impactaram necessariamente no conjunto de custos de qualquer transação, fazendo com que o Ótimo de Pareto torne-se mais concreto e menos sujeito às surpresas e externalidades não contabilizadas.

Em síntese apertada, Ronald Coase introduz a avaliação sobre custos das transações nas fases de negociação, celebração e execução das obrigações jurídicas, ao tratar dos custos econômicos das transações. Para tanto, determina que cada “momento” de aferição de custos aprecie: o número de fornecedores, segundo padrões de proximidade com monopólio; a especificidade dos ativos envolvidos, de modo que quanto mais específico e próximo da exclusividade, maior será seu preço; o grau de incerteza, ou seja, quanto menor as perturbações e ameaças, menor o custo da transação e; a frequência das transações, sendo sua reiteração condição de elevação dos custos.<sup>367</sup>

Por tais razões o pensamento de Ronald Coase conflui para propiciar um novo modo de aferição dos impactos advindos das decisões judiciais. Coase ao centrar seu teorema de custos em uma lógica microeconômica lança instrumentos frutíferos para avaliação não somente de leis e de políticas públicas, mas, igualmente de decisões judiciais, dado o seu caráter interventivo<sup>368</sup>. Em qualquer um dos casos, todos os agentes atuam preocupados em obter vantagens das suas interações econômicas, em um contexto de trocas, o que promove inúmeros custos de transação, dos quais os custos legais são destacados<sup>369</sup>.

---

<sup>366</sup> COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

<sup>367</sup> COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 48-60.

<sup>368</sup> COASE, Ronald H. Economics and contiguous disciplines. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 7, n. 2, p. 201-211, jun. 1978, p. 202-203.

<sup>369</sup> POSNER, Richard. **A economia da justiça**. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2010, p. 55.

Não há como negligenciar em relação ao equilíbrio econômico e eventual teoria da justiça<sup>370</sup> o espaço a ser ocupado pelos custos advindos das transações que, nos casos de restar abaixo do necessário, representará a ineficiência da ordem econômica e gastos desnecessários, o que se agrava em um contexto de dispersão local-global das relações em meio a globalização.

Dessa forma, elevar os indicadores de segurança e bem-estar, usando de métricas de eficiência e justiça são requisitos elementares da atividade legislativa, da satisfação de políticas públicas e de prestação da tutela jurisdicional. Desse modo, a previsibilidade e a mitigação de eventuais custos de transação são requisitos que não podem ser preteridos, sob pena, não apenas de comprometer a ordem local, mas o emaranhado de articulações transnacionais, isto porque, conforme Alain Touraine, as dimensões transnacionais tomaram o lugar do social clássico.<sup>371</sup>

No caso brasileiro, especificamente merece referência a leitura produzida por Gilson Dipp:

A lei incluiu nesse regime também o crime de caráter transnacional, independente da pena imponible, fazendo-o suscetível de caracterização como daqueles que são abrangidos pelo conceito de organização criminosa, de tal modo que esta poderá ser identificada penalmente quando se dedica a essa modalidade de crime. A lei não o define, mas resulta lógico de sua designação e compreensão que seja realizado ou consumado em mais de um país, ou valendo-se lá fora de modo lícito ou ilícito de facilidades oferecidas por diferentes sistemas financeiros ou políticos, em prejuízo dos interesses nacionais do Brasil ou com resultados no país.<sup>372</sup>

Como consequência, há que se pontuar que o atual modelo decisório avança para mecanismos de solução de controvérsias com olhar ampliado, através de práticas consensuais e, especialmente, sustentado pela passagem de princípios

<sup>370</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

<sup>371</sup> TOURAINE, Alain. **Após a crise**. A decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 160 ss.

<sup>372</sup> DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei**. Brasília: IDP, 2015, p. 13.

como fundamento para a validação experimentada empiricamente<sup>373</sup>. Não se trata apenas da defesa do lucro como eixo gravitacional, mas da eficiência como requisito indissociável da efetivação do direito em uma sociedade transnacional de mercado.

Diante disso, a questão que emerge é como assegurar em sede de prestação de tutela jurisdicional mecanismos de incentivo que propiciem “equilíbrios bons”? De acordo com a teoria do Ponto Focal da Conformidade Legal (*Focal Point Theory of Legal Compliance*) as normas possuem instrumentos para serem usadas para coordenar expectativas em um equilíbrio benéfico para a sociedade<sup>374</sup>.

O Estado de Direito deve ser compreendido como uma ferramenta para induzir a cooperação entre os indivíduos de uma sociedade, notadamente em uma sociedade transnacional de mercado. O modo como cada norma é aplicado em sede de Poder Judiciário altera a estrutura de custos centrais e custos marginais, tal qual previu Ronald Coase<sup>375</sup>, habilitando os agentes em espaços de consenso que sejam ótimos no sentido de Pareto.

Portanto, a teorização sobre o ponto focal, proposta por MacAdams autoriza mecanismos de aferição de custos e externalidades, bem como, oferece maior probabilidade de otimização quando da consensualidade que exige em relação às expectativas de resultado, em conformidade com a lei<sup>376</sup>. Assim, a lei não valida sua cogência através do poder de império, da força de um Estado-juiz, mas pela sua capacidade de criar onerosidade excessiva em uma sociedade de mercado transnacional.

#### 4.4 Custos das transações e colaboração premiada

---

<sup>373</sup> TOURAINE, Alain. **Após a crise**. A decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 160.

<sup>374</sup> MCADAMS, Richard H. A focal point theory of expressive law. **Virgin. Law Rev.** 86, 1649-1729, 2000.

<sup>375</sup> COASE, Ronald H. Economics and contiguous disciplines. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 7, n. 2, p. 201-211, jun. 1978, COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica**, v. 04, n. 16, p. 387-407, nov. 1937. COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

<sup>376</sup> MCADAMS, Richard H. A focal point theory of expressive law. **Virgin. Law Rev.** 86, 1649-1729, 2000, p. 1726.

Uma vez mais, o desafio do Direito à separação do sistema positivista, é a passagem para a adoção de um novo papel para a norma jurídica, a qual passa a coexistir com o conteúdo material jurisdicional. Nesse sentido, a concretização material do Direito torna-se imperiosa para a efetivação do *rule of law* em uma sociedade transnacional de Mercado e toda a sua dinâmica altamente complexa.

Não obstante, o Direito Penal se vê emaranhado em uma indefinição material de possibilidades de intercâmbio entre aquilo que se entende como Direito Penal Clássico e as demandas originárias do enfraquecimento dos Estados, da homogeneização dos modelos econômicos, da consolidação da globalização e da mobilidade de pessoas, bens, serviços e porque não também da criminalidade<sup>377</sup>.

Desde muito, o Direito inglês, o Direito norte-americano e o Direito italiano possuem figuras em seus respectivos ordenamentos jurídicos que muito inspiram o restante do mundo na adoção desse novo método de solução de conflitos. São eles o *guilty plea* (inglês), o *plea bargaining* (norte-americano), característicos do sistema anglo-saxão e o *nolo contendere* (italiano).

Ainda que com nomes distintos, no caso brasileiro, a preocupação penal com delitos que tenham impactos na ordem econômica, há mais de 30 anos ressignificou o exercício da jurisdição penal<sup>378</sup>, não tendo logrado maior êxito justamente por embates dogmáticos que repudiam por completo institutos necessários e/ou, tentam criar uma composição de institutos heterógenos. Fato imediato é a evolução da figura da confissão espontânea (artigo 65, III, d do Código Penal), para premiar o coautor que colabore com o *Law Enforcement*.

Para evitar interpretações pejorativas e depreciativas, a Lei nº 12.850, de 2013, substituiu o termo “delação premiada”, pela nomenclatura “colaboração premiada”. Através desse expediente, objetivou-se tornar mais precisa a destinação

---

<sup>377</sup> SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos**. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015, p. 292.

<sup>378</sup> Ver Leis 7.492, de 16 de junho de 1986 (Lei do Colarinho Branco ou dos crimes contra o Sistema Financeiro, art. 25), 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos, art. 8º 12), 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, art. 16), 9.034, 3 de maio de 1995 (Lei do combate ao Crime Organizado, art. 6º), 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei dos crimes de Lavagem de dinheiro, art. 1º, § 5º), 9.807, de 13 de julho de 1999 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas, art. 13), 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Tóxicos, art. 41), 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei Antitruste, art. 86), 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção, art. 16).

do instituto sem levantar especulações sobre traições e inconfidências<sup>379</sup>. Noutro lado valorizou-se também o próprio exercício da jurisdição consensual, pois pressupõe a existência de um acordo de cooperação, inclusive com a presença do réu, na figura do colaborador. Segundo Sérgio Moro:

Sobre a delação premiada, não se está traindo a pátria ou alguma espécie de resistência francesa. Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenado nesse caso o silêncio<sup>380</sup>.

Por tal razão, a delação premiada/colaboração premiada é considerada como um instituto da denominada justiça colaborativa. Ao assumir parcela de culpa em determinado ato ilícito e delatar os demais partícipes, a delação premiada caracteriza a justiça colaborativa no seu mais fidedigno conceito, pois cuida de premiar o criminoso por haver colaborado com a justiça criminal. Cumpre salientar, ainda nessa mesma esteira, que a Justiça Colaborativa é espécie da Justiça Consensuada, que corresponde ao gênero.

Todavia, não obstante as distinções com o modelo originário da Grã-Bretanha ou dos Estados Unidos da América, a modulação da colaboração premiada e sua raiz no "*plea bargain*" consubstancia a preocupação com vantagens mútuas, conforme bem sintetiza Richard Aldestein<sup>381</sup>.

Assim, através da ampliação e adaptação constante do instituto da colaboração premiada, busca-se, desse modo, estabelecer uma relação entre a ocorrência de delitos com teorias econômicas, com ênfase na Análise Econômica do Direito. Considera, ainda, a teoria economicista dos delitos e das penas como uma das mais modernas e elaboradas teorias da criminalidade, a qual, a partir de

---

<sup>379</sup> FONSECA, C. B. G. *et. al.* A Colaboração Premiada Compensa? **Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado**. Brasília, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em: 31 janeiro 2018.

<sup>380</sup> MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**. Brasília, n. 26, jul./set. 2004, p. 58-59.

<sup>381</sup> ADELSTEIN, Richard. "Economics of Plea Bargaining" (2007). Division II Faculty Publications. Paper 94. Disponível em: <http://wescholar.wesleyan.edu/div2facpubs/94>. Acesso em: 10 out. 2018.

postulados econômicos, tenta explicar as causas do crime e o melhor meio (mais barato) de se opor a tais comportamentos.

O fato de ter existido um percurso de sofisticação do instituto, iniciado por crimes rotulados como crimes econômicos, demonstra o quão importante é, em sede de análise de custos e externalidades, o instituto da colaboração premiada e, principalmente, sua gênese indissociável das questões macro e microeconômicas. Assim, justifica-se a presente tese, na medida em que aplicar o instituto da colaboração premiada é, via de regra, analisar os efeitos econômicos de tal decisão e suas consequências, visando a eficiência e redução dos custos de transação.

Ademais, a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, Decreto-lei nº 4657/42 (alterada neste ponto pela Lei nº 13.655/18), disciplina em seus artigos 20 e 21 a necessidade de se levar em consideração, quando da prolação de uma decisão – administrativa, controladora ou judicial – as “consequências práticas” desta, em especial visando a eficiência na aplicação do Direito.<sup>382</sup>

Pelos postulados de Ronald Coase, em relação aos acordos de colaboração premiada há que imperar a avaliação concreta das variáveis manifestas no número de fornecedores potenciais de informações relevantes à elucidação de comportamentos delitivos, o grau de especificação das informações, provas e pessoas relacionadas com os comportamentos delitivos. Sendo que quanto mais exclusivos, tais acordos de maior vantagem serão para os órgãos de investigação e julgamento; a redução das incertezas sobre provas, informações e pessoas envolvidas, visto que, maior a densidade de dúvidas pior será a substância do acordo de colaboração para o processo penal e; por fim, a frequência. De modo que

---

<sup>382</sup> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm) Acesso em: 08 jul. 2019.

a reiteração de acordos de colaboração premiada apresentará em modelos estatísticos normais de criminalidade, a baixa eficiência daquelas já celebradas, pois municiaram-se de incertezas.

De todo modo, devem ser sopesados os custos destas transações em três fases distintas, mas complementares dos acordos de colaboração/delação premiada, pois como um contrato, para a concretização de colaboração/delação premiada há a fase de busca de informações; fase de barganha e fase de policiamento, na linguagem apropriada da teoria de Ronald Coase.

Para todas essas fases, deve imperar a condição de eficiência sobre as transações. Informações sem qualidade, sem apresentação de fatos, provas e agentes novos são irrelevantes. Barganha na qual as vantagens sejam desproporcionais às informações prestadas são sendas para a impunidade e para o seletivismo penal. Procedimentos de policiamento que, por exemplo, levem ao Judiciário a discussão sobre o mérito do acordo de colaboração/delação premiada são custos que não devem ser suportados e que desqualificam o próprio acordo.

De outro lado, cada manifestação tópica desta deve servir de insumo motivador de outros comportamentos, demonstrando a relação de ganhos, de modo que se não houver clareza sobre tais vantagens, o instituto será irrelevante do ponto de vista jurídico e da economia política também.

Diante disso, propõe-se nesta tese o seguinte esquema de otimização dos custos em sede de acordo de colaboração/delação premiada, o qual deve ser preenchido diante de cada proposta de barganha, segundo teorema de Ronald Coase:

#### **Quadro I – Otimização dos custos em colaboração/delação premiada**

	<b>CUSTO DE BUSCA PELA INFORMAÇÃO</b>	<b>CUSTO DA BARGANHA</b>	<b>CUSTO DO POLICIAMENTO</b>

<b>FORNECEDORES DE INFORMAÇÃO</b>	elevado ( )	elevado ( )	elevado ( )
	baixo ( )	baixo ( )	baixo ( )
<b>ESPECIFICIDADE DE ATIVOS</b>	elevado ( )	elevado ( )	elevado ( )
	baixo ( )	baixo ( )	baixo ( )
<b>INCERTEZA</b>	elevado ( )	elevado ( )	elevado ( )
	baixo ( )	baixo ( )	baixo ( )
<b>FREQUÊNCIA</b>	elevado ( )	elevado ( )	elevado ( )
	baixo ( )	baixo ( )	baixo ( )

Portanto, a condição de otimização dos acordos de colaboração/delação premiada perpassa o menor número de fornecedores de informação combinado com o menor custo da informação (dados que não demandem investigações complementares), acrescido de ativos exclusivos (o colaborador é o único detentor dessas informações), somado ao fato de haverem baixíssimas incertezas em relação ao fornecedor e frequência de transações dessa natureza que não sejam reiteradas, assim, o menor custo é obtido em o menor número de acordos de colaboração.

Na ocorrência de tais pressupostos, em fase de custos de barganha, estar-se-á diante de vantagens superiores que devem ser fornecidas ao prestador de informações, sob pena de excesso de bonificação ou irrelevância dos benefícios. Também há que ser criado um escalonamento de fatores, sendo a especificidade de ativos condição de maior valor e a incerteza em demasia como item de redução do preço da barganha.

No que tange aos custos de policiamento, importa reconhecer que quanto mais críticos os fatores de incerteza, de frequência, mais ordinárias forem as informações e menos específicos os ativos, o desfecho aponta para a elevação do custo de policiamento, seja pela possibilidade de não homologação dos acordos de colaboração/delação premiada, seja pela possibilidade de obtenção destas

informações pelos meios inquisitoriais, ou ainda, seja pela discussão do mérito do acordo celebrado.

A partir disso, pode-se correlacionar a chamada Teoria dos Jogos com o Direito Penal. Tal teoria, dos jogos, é um ramo da matemática desenvolvido no século XX, tendo como seu principal objetivo o estudo do conflito, que ocorre quando atividades incompatíveis acontecem através de pessoas, grupos ou nações. Para a teoria dos jogos o conflito é entendido como a situação na qual dois atores têm que desenvolver estratégias para maximizar seus ganhos, em consonância com certas regras preestabelecidas<sup>383</sup>.

Com isso passa-se a analisar a conduta do criminoso em termos de escolhas e decisões. Encontra-se aqui, então, o principal ponto de convergência entre a teoria dos jogos e a Análise Econômica do Direito: tomada de decisão e escolha racional. Assim, o criminoso, antes de cometer determinado delito, pensaria na relação de custos e benefícios de sua futura conduta, tais como o tipo do crime, o lucro a ser obtido, a pena cominada e a possibilidade de ser preso<sup>384</sup>. Quando todos esses aspectos são levados em conta há a sensação de que o jogo está em curso o tempo inteiro<sup>385</sup>.

---

<sup>383</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2031, p. 15 ss.

<sup>384</sup> BECKER, Gary Stanley. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Journal Of Political Economy**, v. 76, n. 2, Mar.-Apr., 1968, p. 169-217.

<sup>385</sup> “A teoria dos jogos para fins desse escrito será utilizada exclusivamente a partir da noção de *jogos dinâmicos* e de *informação incompleta*. Dentre diversas classificações, acolhe-se a que se dá em 4 (quatro) modelos: a - *jogos estáticos e de informação incompleta*: analisada todas as possibilidades e informações, a decisão se dará pelo *equilíbrio de Nash*, uma vez que jogadores racionais fariam a melhor opção pessoal. Entretanto, tal situação é confrontada pelo Dilema do Prisioneiro, já que não seria um *ótimo de Pareto*, a saber, a melhor racionalidade individual significa resultado prejudicial para todos; b - *jogos dinâmicos e de informação completa*: ao contrário de uma jogada, a sucessão de estágios faz com que cada etapa – subjogo – exija constante avaliação das possibilidades e antecipações de sentido, mas acabam, em cada subjogo, reiterando a opção individual do equilíbrio de Nash, ou seja estratégias não-cooperativas; c - *jogos estáticos de informação incompleta*: ainda que em apenas um estágio de jogo, não se sabe a avaliação dos demais jogadores, por exemplo, como acontece nos leilões onde não se sabe o valor que os demais jogadores darão ao bem leiloado. Prevalece a lógica de Thomas Bayes, a saber, depende da crença nas probabilidades pessoais e morais, então subjetivas, não exclusivamente racionais/objetivas, e d - *jogos dinâmicos de informação incompleta*: é o modelo que se pretende aplicar ao processo penal, pelo qual se precisa entender que tipo de jogador se está enfrentando e qual o julgador a quem se dirige a informação representado pelo processo penal, é importante (saber) antecipar as motivações (objetivas, subjetivas e inconscientes) dos jogadores e dos julgadores, especialmente no tipo de informação apresentada e nas surpresas (trunfos) ainda não informados. O resultado depende da sucessão de subjogos e da informação-prova validamente trazida ao contexto do jogo.” ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 26.

Nessa esteira, denota-se a grande importância do instituto da colaboração premiada para a solução e combate de diversos delitos, eis que reduz consideravelmente o lapso temporal necessário para desvendá-los, otimizando tempo e ganhando em eficiência – indiscutível redução de custos. É, assim, um campo de direito de realização da teoria dos jogos. De qualquer modo, é inegável a mudança de paradigma que será imposta à justiça criminal brasileira, a qual passa a sair do modelo conflito e entra na ideia de um modelo de consenso, isso em todos os crimes. Essa guinada seria possível através da combinação da Lei nº 12.850/13, da organização criminosa, com a Lei nº 9.807/99, de proteção às vítimas e testemunhas.

Se o Judiciário brasileiro sistematicamente enfrenta crises de morosidade e efetividade, os modos de resolução de conflitos, pautados por critérios de consensualidade e, no campo penal, cumulados com instrumentos de colaboração premiada propicia alternativas válidas para tornar a tutela jurisdicional mais rápida e efetiva, impactando em menor medida com externalidades e custos desnecessários de cada transação.

A imposição de condições ao autor do fato e a aplicação de penalidades de cunho pecuniário demonstram o mesmo caráter inibitório de qualquer outra medida penalizadora, ao passo que também se revelam, ao bem da verdade, em um “processo de resultados”<sup>386</sup>. Assim, a composição civil, a transação penal, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e até mesmo as teorias de cunho econômico refletem tal concepção.

O problema do fenômeno penal econômico é de delicada complexidade. Os meios oferecidos pelo Direito Penal clássico – para combater-se a criminalidade moderna – demonstram um estado de hipertrofia, o que acarreta preocupação aos agentes operacionais do Direito Penal. Então, surge uma visão acerca do Direito Penal Econômico no campo da realidade estatal econômica do mundo globalizado, residindo na autonomia e nas possibilidades de conversações entre os ramos do Direito. De algum modo, a teoria econômica aplicada ao Direito tenta racionalizar as políticas públicas existentes, tornar mais eficientes as normas penais, determinar

---

<sup>386</sup> FONSECA, C. B. G. *et. al.* A Colaboração Premiada Compensa? **Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado**. Brasília, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em: 31 jan. 2018.

quais condutas deveriam ser punidas e o melhor meio de punição, além de maximizar os resultados desejados pela sociedade, no caso, a segurança.

A partir desse contexto, passa-se a associar os instrumentos microeconômicos com o comportamento humano na prática do crime. Citando os ensinamentos de Gary Becker, os indivíduos, em determinadas situações, fazem escolhas racionais para cometerem, ou não, crimes. Tal escolha, portanto, se basearia na ideia de custos e benefícios. A Teoria Econômica classifica o criminoso, nesses moldes, como alguém racional<sup>387</sup>, alguém que precifica sua ação/omissão e estuda previamente as vantagens relacionadas com ela<sup>388</sup>.

Com isso, o que se supera é a tentativa típica do Direito Penal de tentar fazer dosimetria da pena, sob premissas intangíveis. Em igual medida, não se pode "fazer a punição se encaixar no crime"<sup>389</sup> fixando punições em cada caso para refletir apenas os custos econômicos e morais impostos pela ofensa em questão, sem escalar punições para refletir a incerteza da convicção, como a eficiência sistêmica exigiria. Por tal razão a consensualidade passa a ser a "pedra de toque" do modelo proposto.

Por outro lado, certos crimes serão cometidos não importando quão severas forem as punições previstas para esses casos. Tais casos são caracterizados pela ação em momentos de profunda emoção, irracionalidade, desconhecimento e até mesmo descuido, assim, como sendo tais atos desprovidos de racionalidade, ou com razão extremamente reduzida, não são alvos dessa análise economicista.

O cerne da teoria econômica do direito está na maximização do lucro, que configura o critério do custo-benefício a orientar a decisão judicial. A novidade trazida pelo movimento da *Law and Economics* consiste em insistir que juízes, ao decidirem, exerçam sua função com escopo de produzirem resultados eficientes, ou seja, resultados que evitem o desperdício social. Demonstra-se, assim, que o Direito

---

<sup>387</sup> BECKER, Gary Stanley. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Journal Of Political Economy**, v. 76, n. 2, Mar.-Apr., 1968, p. 169-217.

<sup>388</sup> COVEY, Russell. Plea bargaining and price theory. **The George Washington Law Review**, v, 84, p. 922.

<sup>389</sup> ADELSTEIN, Richard. "Economics of Plea Bargaining" (2007). Division II Faculty Publications. Paper 94. Disponível em :<http://wescholar.wesleyan.edu/div2facpubs/94>. Acesso em 10 out. 2018. Para Adelstein vale a expressão "*make the punishment fit the crime*".

Penal e o Processo Penal precisam ser mais eficientes e, especialmente, econômicos no dispêndio de tempo e de dinheiro, no intuito de atingir a eficácia necessária à proteção jurídica de bens socialmente importantes<sup>390</sup>, em sede de uma sociedade Transnacional de Mercado.

Nesse sentido, há uma clara confluência dos argumentos expostos até então para registrar a imperiosa necessidade de utilização de argumentos de microeconomia para fins de se compreender o fenômeno criminal contemporâneo e sua processualidade, em que pese a complexidade das conjecturas. A posição microeconômica de Ronald Coase permite avaliar as expectativas comportamentais de cada sujeito e suas escolhas racionais diante de possibilidades entre alternativas e a escassez de recursos<sup>391</sup>.

Ganha envergadura nesse contexto, a estratégia que cada ator no processo penal orientado pela consensualidade usará. Uma estratégia “é um plano de ação que responde às reações de outras pessoas”<sup>392</sup>, sendo assim, propostas de colaboração premiada são, dentre outras, atitudes que partem prioritariamente de uma racionalidade econômica. Sendo que tal racionalidade é, em síntese, o equacionamento entre custos e oportunidades.

Desde um ponto de apreciação eficientista, os acordos de colaboração premiada serão vantajosos tanto para o Judiciário, quanto para a sociedade e para o investigado, conforme a intensidade de incentivos ofertados e a eficácia do sistema normativo. Se para o agente investigado, pesa o receio de constrição de liberdade imediata e por período duradouro, para a sociedade, vale o aspecto de recuperação de ativos, patrimônio advindo das práticas delituosas e, sobretudo, o caráter dissuasivo.

Ademais, é de ser notado que a extensão dos benefícios da colaboração premiada está diretamente ligada ao sucesso dos resultados obtidos, de modo que, quanto mais informações o delator/colaborador apresentar às autoridades, maior a

---

<sup>390</sup> ABRAMS, David, Putting the trial penalty on trial. *Duquesne Law Review*, v. 51, 2013, p. 780 ss.

<sup>391</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 56-58.

<sup>392</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 56.

chance de dismantelar a organização criminosa e, por conseguinte, maior a extensão da benesse.<sup>393</sup>

Nesse sentido, o que deve prevalecer é a circunstância segundo a qual a colaboração premiada é contrato pactuado entre quem pode prestar informações e noutro lado aquele que necessita delas para formação de culpa. A vontade se manifesta no intuito de adesão consensuada aos interesses do Judiciário, condicionada por um terceiro que avalia a decisão e seus impactos: o juiz. Assim, o consenso, passa a ser a pedra de toque que permite às partes o consenso sobre a forma que o interessado colaborará com a Justiça<sup>394</sup>.

Todavia, em uma sociedade transnacional de Mercado, os acordos conducentes à colaboração premiada precisam ganhar funções e elementos diversos, sob pena de restarem fadados aos limites do nacionalismo de cada medida. O aspecto transnacional de cada medida é ponto pelo qual, as autoridades judiciárias, devem compulsoriamente observar, sob a lente do jurídico bem como sob a lente do econômico.

A partir do cenário brasileiro, casos de colaboração premiada concretizados no âmbito de empresas como Petrobras, JBS, Odebrecht, Alstom, Siemens e outras demonstram os riscos relacionados unicamente com a aferição de critérios jurídicos. Exemplificativamente, no caso da JBS, quando do início dos rumores de eventuais revisões pelo Judiciário, a Bolsa de Valores de São Paulo teve seu pregão suspenso, com queda no índice Bovespa atingindo 10,47% e perdas bilionárias aos acionistas e dependentes.

Assim, imperioso ressaltar que, em atendimento ao ideário neoliberal, onde tem na eficiência seu maior trunfo, as mais diversas legislações, bem como as próprias ações judiciais devem atender ao máximo possível para a eficiência, e esta deve ser entendida como maximização de riquezas/diminuição de custos.

---

<sup>393</sup> JORGE, Frederico Wellington. Delação, premiada ou eficiente? ROSA, Alexandre Moraes; GUASQUE, Barbará. **Análise econômica do direito**. Desafios da leitura da economia no Brasil. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 123.

<sup>394</sup> TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. **Revista CEJ**. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, trad. de Sérgio Fernando Moro, v. 11, nº 37, abri/jun. 2007, p. 88.

Portanto, as questões determinantes para celebração de acordos de colaboração premiada, carecem transcender os confins do sistema processual penal, para de modo efetivo, contemplar as imbricações de uma sociedade transnacional de mercado e de uma nova hermenêutica que assuma contextos distintos e correlatos à norma e sua subsunção.

Como desfecho, há que se pontuar que: o fortalecimento da Justiça consensual, por meio do uso da Colaboração Premiada, pode ser um caminho mais efetivo para a redução dos custos de transação e o conseqüente redução das externalidades negativas em uma sociedade transnacional de Mercado. Afinal conforme pontua Cass Sunstein, há uma necessidade premente de reforma de condenações precipitadas e extremamente caras em matéria de ilicitude lucrativa<sup>395</sup>.

Com isso, além do fortalecimento teórico das ciências criminais e da mitigação de danos/custos desnecessários aos comportamentos econômicos, o manejo adequado dos acordos de colaboração premiada, no âmbito de uma sociedade transnacional de mercado, possibilita no caso brasileiro, escapar das contradições derivadas do uso controvertido do dano moral coletivo como meio de condenar empresas e corporações por seus erros e evitar a reiteração futura de práticas idênticas ou equivalentes.

Se corporações violam direitos em favor de lucros é por conta de incentivos econômicos associados com o sentimento de impunidade que repousa sobre as pessoas jurídicas. Os desencontros, por exemplo, entre a Primeira (REsp 971844/RS) e a Segunda Turma (REsp 1057274) do Superior Tribunal de Justiça sobre o cabimento de condenação em danos morais coletivos por transgressões coletivas poderiam ser sanados por outros meios, evitando, inclusive que, os custos sejam alocados ao consumidor final.

Em síntese, mesmo que se considere a variável econômica, com a aplicação imperfeita do Direito e seus respectivos custos, o ordenamento jurídico cria incentivos e promoções econômicas às empresas, de modo que, violar a lei e gerar externalidades deixa um rastro de custos para a sociedade, dispersado transnacionalmente.

---

<sup>395</sup> SUNSTEIN, Cass R. **Punitive damages**: how juries decide. Chicago: Chicago Press, 2002.

Logo, não fazer sentido a negativa sobre a possibilidade de utilização de acordos de colaboração premiada, no seio de uma sociedade transnacional de mercado, como meio de reduzir os riscos e externalidades e de consequências provenientes de decisões judiciais erráticas, seja por excesso na punição, seja por uma proteção deficiente, como normalmente acontece por ausência de suporte qualificado para este novo paradigma de Direito.

Negar a sua validade é potencializar custos que, proporcionalmente, não são compensados por eventuais vantagens, jurídicas ou econômicas. Pelo atual estado d'arte, o uso privilegiado de sentenças adjudicadas para crimes de múltiplas dimensões e impactos restritos ou difusos transnacionalmente, não se mostra a via adequada para ninguém.

Diante disso, é necessário deixar para trás o maniqueísmo instalado há muito, seja por conservadorismo atrelado a modelos jurídicos ineficientes, seja por opções particulares que não se coadunam com os desafios contemporâneos transnacionais. Não avançar por vias consensuais consolida um sistema de custos desnecessários e de baixa eficiência, especialmente em sociedades transnacionais de mercado, onde a procura por sentenças adjudicadas se traduz em gastos inócuos e ineficientes, na contramão do cenário econômico transnacional contemporâneo.

## CONCLUSÕES

A presente tese de doutoramento que se encerra teve como objetivo geral fortalecer a Justiça consensual, por meio do uso da Colaboração Premiada, porque se trata de caminho mais efetivo para a redução dos custos de transação e consequente redução das externalidades negativas em uma sociedade transnacional de Mercado, visando habilitar um modelo condizente com as demandas emergentes.

Partindo da noção de justiça consensual como o modelo resolutivo de conflitos pautado pela construção cooperativa entre todos os atores do processo (penal) com o propósito de conferir maior legitimidade à decisão judicial, não mais sustentada apenas como ato de poder/dever, manifestada através de soluções adjudicadas, projetou-se tais comportamentos para a sociedade transnacional de mercado que reclama por soluções específicas para delitos que ganham novas dimensões.

Por outro lado, a cultura jurídica de transgressões futuras condicionadas a incentivos econômicos para delinquir, demanda um novo enfrentamento, no qual incentivos econômicos sejam avaliados com eficiência. O fato do crime ser economicamente lucrativo em muitas oportunidades decorre da processualidade penal destinada à formação da culpa. Assim, a aplicação imperfeita do Direito induz à criminalidade.

Em relação à colaboração premiada, assevera-se a necessidade inafastável de que seus expedientes, pelos quais envolvidos em práticas delitivas e, sujeitos à incriminação, oferecem aos órgãos responsáveis pela persecução penal e formação da culpa, provas adequadas à investigação, que dificilmente seriam obtidas por outros meios e/ou informações relevantes, ainda não possuídas, em troca de benefícios processuais e penais, vedada sua estipulação em favor dos responsáveis originários do delito/crime. Em complemento, considera o grau de eficiência e o tempo das informações prestadas com o desiderato de barganha penal.

A aversão aos riscos e às imprevisibilidades de sofrer danos punitivos não mensurados faz com que a normalidade econômica da atividade seja abalada. Questões como publicidade depreciativa, possíveis condenações e gastos com a atuação judicial desperta uma nova lógica para o processo penal. Com isso, pagar por poucas condenações ao invés de prevenir determinados atos delitivos é consequência que escapa da moldura de Pareto, notadamente em uma sociedade transnacional de mercado.

Ademais, no caso de corporações, a atuação rotineiramente ilícita cria, para além da erosão do Estado de Direito, a transferência de custos para os acionistas, depreciando a margem de lucro, ou para a sociedade, com a sobrelevação dos custos.

Assim, tais atributos associam-se em confluência com a noção de Análise Econômica do Direito, no viés do processo penal, segundo a qual, métodos econômicos (notadamente da microeconomia) devem pautar espaços de produção, interpretação e aplicação do Direito, por meio de instrumentos teóricos e empíricos, seja por estatísticas, índices econométricos até custos das transações, especialmente dos delitos e suas externalidades.

O objetivo geral alcançado pela tese sustentou a relevância da apreciação de preceitos da Análise Econômica do Direito, especialmente em relação à teoria dos custos, em sede de acordos de colaboração premiada, por entender que a relação entre Direito e Economia é perenizada no seio de sociedades transnacionais de mercado. Nesse cenário, negar a incidência da Análise Econômica do Direito resulta na baixa efetividade das decisões judiciais e na instabilidade extra processual.

Para tanto, para obtenção dos resultados almejados, no primeiro capítulo, a tese fez um percurso sobre o processo de formação da noção política e jurídica de Estado, centrado enquanto projeto da Modernidade, seus atributos clássicos e os atos conducentes às suas crises, expostas de modo claro com a globalização e com o surgimento de novos atores políticos e institucionais que atingem a até então hegemonia estatal.

Por sua vez, o segundo capítulo, partindo de um modelo institucional inaugurado com os acordos de Bretton Woods, estabelece as relações consolidadas entre Direito e Economia, apreciando postulados de convergência e divergência, cada qual com seus primados, para ao final extrair dos teoremas de Coase e Landes, premissas hábeis para justificar uma análise cuidadosa sobre os custos das transações operadas em sede de Poder Judiciário.

Ao longo do capítulo três, a tese enfrenta uma das decorrências da aproximação entre Direito e Economia, materializada na Análise Econômica do Direito, isto é, a necessidade de alinhamento axiológico e pragmático entre o Direito e a Hermenêutica Jurídica, de modo que indispensável é a adequação dos atos decisórios de acordo com padrões não divergentes ao regime econômico, afinal, é a economia bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Diante dos argumentos amealhados, o quarto capítulo da presente tese pondera pela inclusão de padrões da microeconomia, notadamente os teoremas de Coase e Landes quando da celebração de acordos de colaboração premiada e de consensualidade em sede de Poder Judiciário, cotejando impactos nacionais com consequências transnacionais, haja vista a fluência de uma sociedade transnacional de mercado, no qual o global e o local se fundem.

Sem ignorar as discussões, convergentes e/ou colidentes sobre a Análise Econômica do Direito, a pesquisa considerou um fator até então pouco explorado nessa díade, a saber: a Economia como bem jurídico constitucionalmente tutelado e, portanto, em patamar que a escolha por critérios econômicos não pode ser tomado sobre o viés de discricionariedades por parte dos agentes.

Ciente das simbioses entre ambas as áreas, que constroem constantes mutações e sinergias entre diversas áreas do conhecimento, postula-se que em sociedades marcadas pelo fenômeno do transnacionalismo e com uma ressignificação da atividade jurisdicional, que passa a ser mais próxima dos atributos da consensualidade, os atos conducentes aos acordos de colaboração premiada demandam cuidado especial com os custos econômicos que podem gerar. Seja para onerosidade excessiva ou com a baixa eficiência, de modo que uma nova hermenêutica precisa ser ajustada às novas demandas.

Para tanto, as teorias de Ronald Coase, Richard Posner, William Landes, Karl Polanyi e Alexandre Morais da Rosa, os quais são trabalhados no plano teórico, bem como avaliados sobre premissas empíricas, confrontando os pressupostos teóricos com a dinâmica jurídica de casos contemporâneos e seus impactos microeconômicos, merecem aproximações para assegurar uma nova hermenêutica jurídica em sociedades transnacionais de mercado, nas quais, promover a pacificação social não pode valer-se apenas por modelos processuais inquisitoriais.

Como consequência, o Direito e a Economia se relacionam de modo constante e ininterrupto. Negar tal estado d'arte é solapar as responsabilidades de cada campo do saber e, principalmente, perder a análise do cotidiano social e institucional, pois, parece pouco provável alguém sobreviver à margem do econômico e do jurídico. Com isso, se dá a necessária sinergia entre o *homo juridicus* com o *homo economicus*.

Entretanto, ao tempo em que as demandas se tornam globais, as soluções em igual medida não podem ser sintetizadas em territórios restritos e exclusivos. Por essa razão o Estado, fruto da Modernidade, sucumbe parcialmente em suas funções, pois não controla soberanamente todas as ocorrências e externalidades da vida social. A própria atividade jurisdicional é testada a todo momento em sua capacidade de se fazer efetiva e eficiente.

O ato complexo de dizer o Direito ao caso concreto apenas pela exegese da lei está superado. O modo de exercer a jurisdição cambia para atributos mais inclusivos, deliberativos, participativos, democráticos e consensuais. E nesse sentido, é louvável que tal giro se proceda, especialmente para que o Direito enquanto *sententia ferenda* possa ser mais próximo das demandas latentes e emergentes.

Entretanto, em uma sociedade transnacional de mercado, o ato de dizer o Direito de modo consensual precisa avaliar, de modo constante, não apenas a legalidade e a normatividade dos atos, mas, em igual medida, a eficiência e a externalidade econômica. Mais do que nunca, Direito e Economia se condicionam, complementam-se e se aprimoram. Afastar tal relação, no atual cenário apenas

possibilita o fracasso do Direito, pois seguirá sem efetividade e, noutro lado, incluirá custos desnecessários às transações, piorando as condições sociais.

Desse contexto, não escapam as tratativas em sede de acordo de colaboração premiada. Em relações altamente complexas, territorialmente difusas e politicamente dinâmicas, preterir, na fase da celebração do acordo, a discussão sobre os custos econômicos do ato final, apenas depreciará o modelo econômico e a integridade do Direito.

Como exemplo, há que ser visto o caso envolvendo os acordos de colaboração premiada entre os gestores do Grupo J&F e a Procuradoria Geral da República e seus desdobramentos nacionais e transnacionais, com alta do câmbio e oscilações em bolsas de valores e de mercado futuro, quando se observou o a queda do índice Bovespa em 10,47% e as negociações suspensas por 30 minutos, enquanto que o dólar também fora afetado com a maior alta em 14 anos.

Nesse sentido, o estudo do sentido e da estrutura do Estado em tempos de globalização e transnacionalismo, bem como da intervenção da pauta econômica de forma transcendental pressionam a atividade jurisdicional para novos rumos, a saber: a consensualidade, a economicidade e o transnacionalismo. Logo, não basta que o julgador suplante a figura do “juiz boca da lei”, é necessário que, simultaneamente seja agente do seu tempo, conciliando o dizer ao Direito ao contexto de uma sociedade transnacional de mercado, mensurando riscos e benefícios de cada decisão.

Pela mesma via de argumentação, importante sublinhar que a inclusão de meios consensuais em um cenário marcado fortemente pela transnacionalização e pela atuação do mercado, não obstante todas as peculiaridades já destacadas, há que se pontuar a relevância da concorrência e da competitividade entre os mercados e as corporações, visto que, a baixa competitividade propicia uma zona maior de conforto econômico e, vantagens para cometimento de ilícitos, o que se traduz em menos benefícios na negociação de colaboração premiada.

Em síntese, a imperatividade de mecanismos de colaboração premiada e consensualidade em sede de processo penal, não apenas visam resguardar a efetividade da norma e sua autoridade, mas de modo muito mais significativo, induzir

no âmbito da sociedade transnacional de mercado, parâmetros de sanções com efetividade para o equilíbrio entre custos e benefícios de cada comportamento, superando as visões reducionistas que no afã de proibir/sancionar, deslocam o problema para outro espaço ou geram ônus excessivos e de impacto difuso.

A tese de doutoramento ao defender a necessidade de apreciação de preceitos da Análise Econômica do Direito, especialmente em relação à teoria dos custos, em sede de acordos de colaboração premiada, por entender que a relação Direito e Economia é perenizada no seio de sociedades transnacionais de mercado estabelece o marco central para o problema de pesquisa.

A hipótese é que a avaliação dos custos em sede de colaboração premiada, efetivamente analisada à luz da Análise Econômica do Direito, possibilita mecanismos jurídicos aptos aos desafios produzidos pela sociedade transnacional de mercado, de modo a fortalecer o Direito e mitigar riscos à Economia, garantindo, ao mesmo tempo, a pacificação social, dando vazão ao modelo consensual de jurisdição, restou confirmada.

A sustentação da tese de doutoramento procede a partir do enfrentamento da necessidade de uma nova hermenêutica para as sociedades transnacionais de mercado, em sede de acordos de colaboração premiada, orientada pela Análise Econômica do Direito, especificamente desde o pensamento de Ronald Coase.

É sabido que elementos da Análise Econômica do Direito e do Transnacionalismo são altamente recorrentes nas pesquisas conduzidas no âmbito da ciência jurídica. Entretanto, ao enfrentar o problema consignado, objetiva-se percorrer um caminho distinto, seja pela defesa da Economia com bem jurídico constitucionalmente assegurado; seja pela introdução do pensamento e dos teoremas de Ronald Coase no contexto da jurisdição consensuada, especialmente nas práticas de colaboração premiada.

Nesse sentido, defende-se de modo enfático a necessidade de avaliações de ordem econômica, de cunho transnacional, quando da celebração de acordos de colaboração premiada e que pontuem com destaque para a consideração dos custos das transações, no intuito de tornar mais efetiva, eficiente e democrática a jurisdição nos eixos do local e do global.

Ademais, ao tempo em que se pereniza a relação de dependência entre o Direito e a Economia, igualmente se solidifica a necessidade de respostas jurídicas para problemas locais/globais, vez que o ponto de divisão é, deveras, ilusório e imensurável.

Em síntese, a confluência dos argumentos consignados aponta para a necessidade inafastável de que, na fase de celebração dos acordos de colaboração premiada, seus atores, especialmente aqueles relacionados com a tutela jurisdicional, ao lado dos requisitos colaborativos, ponderem e avaliem os custos econômicos relacionados com a deliberação, tanto no contexto estatal, como suas projeções e impactos transnacionais. Não se pode, sob risco das variações econômicas em sede de sociedades transnacionais de mercado, que o ato de colaboração premiada seja consumado apenas sobre o afã inquisitorial advindo da jurisdição.

O afã inquisitorial da jurisdição, manifesto por sentenças adjudicadas, é sabidamente demorado no aspecto cronológico, custoso no aspecto econômico, burocrático no sentido de repetição de formalidades, centrado em uma racionalidade lastreada em presunções e míope no sentido do território jurisdicional que atende. Logo, a via das sentenças é uma via de maiores custos que, pelas lições de William Landes parcas vantagens distribui.

O tempo e ou a burocracia demasiada ou geram prescrições ou geram gastos econômicos com o processo. As validações de presunções, sem ponderações, produz incertezas. As limitações territoriais da jurisdição faz com que o transnacional seja marginal ao Estado de Direito.

Na construção de William Landes, o ponto de conversão da sentença para a transação se dá quando há incertezas no acusador sobre a formação de culpa suficientemente sólida para uma condenação rigorosa. Em relação ao acusado, este opta pela transação quando o histórico de condenações e restrições desponta de absolvições, prescrições e outros benefícios.

Acordos de Colaboração Premiada que não lancem questões sobre o funcionamento do mercado e seus impactos sociais e institucionais, não pacificam sociedade alguma. Pelo reverso, transferem para cada ator econômico custos

desnecessários e, na mesma potência, descalcificam a integridade do Direito. Como consequência, as Bolsas entram em sinal de alerta, moedas se desvalorizam, capitais mudam de local, desempregos e ônus são alavancados e, pelo Direito, as normas não restaram efetivas.

Assim, sustenta-se que o fortalecimento da Justiça consensual, por meio do uso da Colaboração Premiada, passa a ser um caminho mais efetivo para a redução dos custos de transação e a consequente redução das externalidades negativas em uma sociedade transnacional de Mercado, está compreendida, na lição de Karl Polanyi, como o lugar onde quase tudo pode ser posto à venda, sujeitando-se ao comércio, às relações microeconômicas.

Através deste percurso narrativo, defende a presente tese que, o instituto de colaboração premiada, desde seu nascedouro institucional no Brasil, fruto de hibridismos entre experiências estrangeiras, não pode ser compreendido apenas como ato de reconhecimento de culpa e meio para abrandamento de suas responsabilidades penais.

Caso assim se faça, estar-se-á restaurando a cultura inquisitorial prevista nas Ordenações coloniais, incompatível com a ordem constitucional vigente, com os fluxos da sociedade transnacional de mercado e com a Lei n.12.850/2013. Sustenta-se que sem uma mudança de paradigma processual penal, subsistiram mazelas estruturais na utilização eficiente da colaboração premiada.

No termo de linhas alhures já preenchidas, o atual estado d'arte demanda pela sedimentação e maturação da ideia de colaboração premiada como negócio jurídico processual, no qual instrumentalizam-se expedientes de investigação criminal para a produção de provas, em que o delator e/ou colaborador fornece as informações exigidas por lei, de difícil coleta pelos órgãos estatais, obtendo do Estado um prêmio, ante a opção tomada – voluntariamente – em contribuir com o sucesso da persecução criminal.

Reconhecer o *status* jurídico da colaboração premiada como negócio jurídico processual ressignifica o modo com o exercício da autoridade jurisdicional opera, aberta para além da simbologia, mas a incluir novos atores. Cambia-se também os expedientes de hermenêutica utilizados, potencializando aspectos de

maior concretude e, habilita a prestação da tutela de bem jurídicos relevantes para além da miopia que embaraça a visão de mundo para além das normas hipotéticas.

Em verdade, o núcleo da *questio iuris* residente no rebaixamento da noção de culpa e na sublimação dos indícios de provas e das provas mais adequadas para subsidiar órgãos de investigação, processamento e julgamento em matéria penal. Negar a presente constatação importa em refutar o contributo do instituto. O mundo económico não pode tangenciar o mundo jurídico e vice versa, por outro lado, em sede de delitos de impacto económico transnacional, os atos condenatórios não devem operar apenas sob o lastro da territorialidade da jurisdição adjudicada nacional.

Há que ser avaliado como metodologia correta para satisfação da eficiência em sede de colaboração premiada condições de externalidades, custos e benefícios no que tange ao papel de cada ator (*player*) envolvido nos acordos de colaboração, a relevância das informações prestadas e os impactos extrajurídicos das medidas sancionatórias a serem executadas.

Valendo-se do teorema construído por Ronald Coase, em relação aos acordos de colaboração premiada, há que imperar a avaliação concreta das variáveis manifestas no número de fornecedores potenciais de informações relevantes à elucidação de comportamentos delitivos, o grau de especificação das informações, provas e pessoas relacionadas com os comportamentos delitivos, sendo que quanto mais exclusivos, de maior vantagem serão para os órgãos de investigação e julgamento.

E ainda, é mister a redução das incertezas sobre provas, informações e pessoas envolvidas, visto que, quanto maior a densidade de dúvidas pior será a substância do acordo de colaboração para o processo penal e; por fim, a frequência, de modo que a reiteração de acordos de colaboração premiadas apresentará em modelos estatísticos normais de criminalidade, a baixa eficiência daqueles já celebrados, pois municiaram-se de incertezas.

Logo, para maior eficiência, em núcleos de sociedades transnacionais de mercado, é relevante que o acesso à informação exija a entrega não apenas dos procedimentos delitivos, mas, que comungue, seja por parte dos sindicatos, seja por

parte de órgãos especializados, informações de cunho estratégico em matéria econômica, de relações internacionais e sociais. Isto é, ainda que a qualidade da informação sobre comportamentos delitivos seja alargada, não será de todo hábil se omitir dados comportamentais e especulativos do mercado transnacional.

Assim, a hipótese levantada segundo a qual a avaliação dos custos em sede de Colaboração Premiada, efetivamente analisada à luz da Análise Econômica do Direito, possibilita mecanismos jurídicos aptos aos desafios produzidos pela sociedade transnacional de Mercado, de modo a fortalecer o Direito e mitigar riscos à Economia, garantindo, ao mesmo tempo, a pacificação social, dando vazão ao modelo consensual de jurisdição, restou confirmada na sua integralidade.

Diante disso, a presente tese, inclui em sua defesa a maximização de acesso às informações operacionais, sob pena de reduzida eficiência penal e, no mesmo sentido, uso de acordos de colaboração premiada como prática para uso indevido de informação privilegiada e manipulação do mercado, configurando *insider trading*.

Igualmente não basta a entrega de informações em ato único, sem maiores complementações e apurações. Há que ser sopesado os custos destas transações em três fases distintas, mas complementares dos acordos de colaboração/delação premiada, pois como um contrato, para a concretização de colaboração/delação premiada há uma fase de busca de informações; fase de barganha e fase de policiamento, na linguagem apropriada da teoria de Ronald Coase. Ambas as fases objetivam averiguar a solidez das informações e seu impacto em sede de persecução penal.

Para todas essas fases, deve imperar a condição de eficiência sobre as transações. Informações sem qualidade, sem apresentação de fatos, provas e agentes novos são irrelevantes. Barganha na qual as vantagens sejam desproporcionais às informações prestadas são sendas para a impunidade e para o seletivismo penal. Procedimentos de policiamento que, por exemplo, levem ao Judiciário a discussão sobre o mérito do acordo de colaboração/delação premiada são custos que não devem ser suportados e que desqualificam o próprio acordo.

De outro lado, cada manifestação tópica desta deve servir de insumo motivador de outros comportamentos, demonstrando a relação de ganhos, de modo que se não houver clareza sobre tais vantagens, o instituto será irrelevante do ponto de vista jurídico e da economia política também.

Nesse campo, para fins de ganhos e eficiência sob o viés jurídico e econômico (político), deve ser avaliado e sopesado os fluxos que envolvem cenários transnacionais. Sem tal cautela, de um lado se habilitaria modelos fractais para cada Estado soberano de baixíssimo contributo. Doutra lado, propiciará espaços para uso de informações estratégicas para desenvolvimento de práticas deliberadas de *insider trading*, em ordenamentos jurídicos de maior debilidade.

Em síntese, o cenário que se desenha desde o descuido para com os comportamentos de atores mercadológicos transnacionais tornaria possível barganhar acordos de colaboração premiada em determinado Estado e sacar vantagens econômicas em outros Estados. Deste modo, em nada agregaria a colaboração premiada como meio de redução de ilícitos e otimização de resultados. Por outro aspecto, mal executada, as tratativas de colaboração premiada criariam dois tipos de paraísos: um fiscal/especulativo; outro, penal/delitivo.

Portanto, a condição de otimização dos acordos de colaboração/delação premiada perpassa o menor número de fornecedores de informação combinado com o menor custo da informação (dados que não demandem investigações complementares), acrescido de ativos exclusivos (o colaborador é o único detentor dessas informações), somado ao fato de haverem baixíssimas incertezas em relação ao fornecedor e frequência de transações dessa natureza que não sejam reiteradas, portanto, o menor custo é obtido em o menor número de acordos de colaboração.

Na ocorrência de tais pressupostos, em fase de custos de barganha, estar-se-á diante de vantagens superiores que devem ser fornecidas ao prestador de informações, sob pena de excesso de bonificação ou irrelevância dos benefícios. Também há que ser criado um escalonamento de fatores, sendo a especificidade de ativos condição de maior valor e a incerteza em demasia como item de redução do preço da barganha.

No que tange aos custos de policiamento, importa reconhecer que quanto mais críticos os fatores de incerteza, de frequência, mais ordinárias forem as informações e menos específicos os ativos, o desfecho aponta para a elevação do custo de policiamento, seja pela, possibilidade de não homologação dos acordos de colaboração/delação premiada, seja pela possibilidade de obtenção destas informações pelos meios inquisitoriais, seja pela discussão do mérito do acordo celebrado.

Ante o exposto, a presente tese responde ao problema de pesquisa eleito, partindo da defesa que faz sobre a impotência dos procedimentos clássicos de pacificação social nos albores de uma sociedade transnacional de mercado em expansão. Na sequência, consegue estabelecer padrões científicos e práticos a demonstrar tanto a necessidade de superação do problema, como, em complemento, oportunidades e fraquezas da Análise Econômica do Direito são destacadas para dar conta do tema dos acordos de colaboração premiada e seus reflexos nas relações jurídicas e econômicas transnacionais.

Por fim, diante dos argumentos consignados, um modelo de sociedade transnacional de mercado se ressentem em relação aos custos das transações judiciais ante a pré-disposição de utilização de modelos de decisão judicial adjudicada, por força dos custos e das incertezas que comporta em seu bojo. Diante disso, uma vez mais, se defende a necessidade de utilização de modelos de consensualismo e barganha para punição de delitos com projeção em uma sociedade transnacional de mercado.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRAMS, David, Putting the trial penalty on trial. **Duquesne Law Review**, v. 51, 2013.

ADELSTEIN, Richard. "Economics of Plea Bargaining" (2007). Division II Faculty Publications. Paper 94. Disponível em: <http://wescholar.wesleyan.edu/div2facpubs/94>. Acesso em: 10 out. 2018.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. O Brasil e o FMI desde Bretton Woods: 70 anos de história. **Revista Direito GV**, v. 10, n. 2, p. 469-496, jul. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/48690/47074>>. Acesso em: 23 Nov. 2017.

ALSCHULER, Albert. Plea Bargaining and its History. In: **Columbia Law Review/Faculty Series**, New York, 79 Columbia Law Review 1, pp. 1-43, 1979.

ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

ARAS, Vladimir. Técnicas Especiais de Investigação. In: DE CARLI, Carla Verissimo (org). **Lavagem de Dinheiro**: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

ARNAUD, André-Jean. O direito contemporâneo entre regulamentação e regulação: o exemplo do pluralismo jurídico. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ASSIS, Machado de. Suje-se gordo. In. ASSIS, Machado de. **Obra completa**. 6. Impr. v. 2 conto e teatro. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1986.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**; tradução Marcus Penchel. — Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BARTOLE, Sabino. Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale. **Quadreni Costituzionale**. Bologna, Il Molino, v 04, dec. 2009.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. O declínio de Bretton Woods e a emergência dos mercados "globalizados". **Economia e Sociedade**, v. 4, n. 1, p. 11-20, fev. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/ecos/article/view/8643205/10754>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BECK, Ulrich. **What is globalization?** Cambridge: Polity Press, 2000. Disponível em < [http://www.ls2.soziologie.uni-muenchen.de/personen/professoren/beck\\_ulrich/veroeffent/publik/was\\_ist\\_global/englisch.pdf](http://www.ls2.soziologie.uni-muenchen.de/personen/professoren/beck_ulrich/veroeffent/publik/was_ist_global/englisch.pdf). Acesso em 05 nov. 2016.

BECKER, Gary. **A treatise on the Family**. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

BECKER, Gary Stanley. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Journal Of Political Economy**, v. 76, n. 2, Mar.-Apr., 1968.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Trad. Luiz João Baraúna. Coleção Os Pensadores v. XXXIV. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

BIN, Roberto. Soft law, no law. SOMMA, Alessandro. **Soft law e hard law nelle società postmoderne**. Torino: Giappichelli, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Scienza giuridica e analisi del linguaggio**. Torino: G. Giapicchielli, 1948.

BODIN, Jean. Abregé de La République: Livre Premier, 1815.

BOURDIEU, Pierre. O campo econômico. **Revista Política e Sociedade**. Florianópolis, v. 4, n. 6, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 127.483. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, Diário da Justiça nº 181, de 14 de Setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.aspdataPublicacaoDj=5&incidente=4747946&codCapitulo=2&numMateria=26&codMateria=4>>. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 127.483. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, Diário da Justiça nº 181, de 14 de Setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.aspdataPublicacaoDj=5&incidente=4747946&codCapitulo=2&numMateria=26&codMateria=4>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 90.962. Relator Paulo Gallotti. Diário da Justiça, Brasília-DF, 22 de Junho de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1063105&num\\_registro=200702217309&data=20110622&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1063105&num_registro=200702217309&data=20110622&formato=PDF)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº. 5.700. Requerente: Ministério Público Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%285700%2ENUME%2E+OU+5700%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/zudf82f>>. Acesso em: 20 março 2019.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. SIMCO. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/procuradoria-geral-da-republica-cria-sistema-para-monitorar-acordos-de-colaboracao-premiada>. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. Processo 5019414-37.2016.4.04.7000. Acesso em: 01 junho 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da macroeconomia clássica à keynesiana**. Apostila, São Paulo, 1976. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1968/68-98DaMacroclassicaAKeynesiana.apostila.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2018.

BULYGIN, Eugenio. **II Positivismo giuridico**. Roma: Giuffrè, 2007.

CALLEGARI, André Luis; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração Premiada**: lições práticas e teóricas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha racional e criminalidade: uma avaliação crítica do modelo. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 22, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino; PAUL, Cristhyane. Breves considerações sobre a importância do Direito Comparado e Direito e Desenvolvimento para a proteção dos Direitos Humanos. **Revista de Direito (CESUSC)**, v. 1, n. 2, p. 60-90, 2006.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e desenvolvimento**: estudo comparado para a reforma do sistema judicial. Brasília: OAB Editora, 2004.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Tradução de Roneide Venancio Majer. Volume I. 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CASTEX, Paulo Henrique. Os blocos econômicos como sociedade transnacional: a questão da soberania. BORBA, Paulo Casella. **MERCOSUL**: integração regional e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Trad. MOREIRA, Ilse Paschoal; ORTALE, Fernanda Lancucci. São Paulo: Saberes, 2010.

CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**. Decisione e norma nell'età globale. Roma-Bari: Laterza, 2010.

COASE, Ronald H. Economics and contiguous disciplines. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 7, n. 2, p. 201-211, jun. 1978.

COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COASE, Ronald. The nature of the firm. **Economica**, v. 04, n. 16, p. 387-407, nov. 1937.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.). **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y economía**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COTTERRELL, Roger. **Law, culture and society**. Aldershot: Ashgate, 2006.

COPETTI NETO, Alfredo. A filosofia política utilitarista de Jeremy Bentham e o movimento law and economics difundido na University of Chicago: algumas considerações elementares. In ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Barbará. **Análise econômica do direito: desafios da leitura da economia no Brasil**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 30, p. 164-165, 2004.

COVEY, Russell. Plea bargaining and price theory. **The George Washington Law Review**, v, 84.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: Democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali, 2014.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Marcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2ª edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.

DELFIN NETO, Antonio. A criação de alternativas. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 21 nov. 1999.

DIAS, João Paulo; PEDROSO, João. As profissões jurídicas entre a crise e a renovação: o impacto do processo de desjudicialização em Portugal. In: **Oficina do CES**, n. 181. Coimbra: Colégio de S. Jerônimo, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei**. Brasília: IDP, 2015.

ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer**, São Paulo, v. XVIII, n. 1, 2017.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1ª edição, 4ª tiragem. Malheiros Editores Ltda. São Paulo, 2004.

FARIA, José Eduardo. Globalização econômica e reforma constitucional. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 9, p. 23-33, 1996.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 3, n. 9, p. 32, jan/mar. 2005.

FERREIRA NETTO. **O direito no mundo globalizado: reflexos na atividade empresarial**. p. 31-32. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp040862.pdf> Acesso em: 19 nov. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. 2. Teoria de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Luiz Flávio Gomes et.al. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Jurisdição e consenso. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, a. 4, n. 16, out-dez. 2010.

FONSECA, C. B. G. *et. al.* A Colaboração Premiada Compensa? **Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado**. Brasília, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em: 31 janeiro 2018.

- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- FRIEDMAN, Milton. La metodología de la economía positiva. **R.E.P.** v. IX, p. 355-397, mai./dez. 1958.
- GHIGONE, Luciano Taques. O fato gerador da norma jurídica à luz da análise econômica do direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Coimbra, a. 2, n. 5, 2013.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.
- GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Márcia Luisa. A importância da disciplina de análise econômica do direito para o desenvolvimento da interdisciplinaridade indispensável aos cursos de direito no Brasil. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Florianópolis (SC), v 2, n 2, 2016.
- GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. Tese defendida perante o Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, 1997.
- GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 20, n. 03, dez. 2015.
- GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**; tradução de Raul Fiker. – São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. – 6ª ed. – Rio de Janeiro: Record, 2007.
- GUASTINI, Riccardo. **Le fonti del diritto**. Milano: Giuffrè, 2010.
- GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Nação, Nacionalismo, Estado**. Estudos Avançados 22, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2017.

GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. Roma-Bari: Laterza, 2017.

GICO, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic: Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A miragem da justiça social. Tradução de Maria Luiza Borges. São Paulo: Visão, 1985.

HAYEK, Friedrich August von. The Errors of Constructivism. **News studies in philosophy, politics, economics and history of the ideas**. London: Routledge, 1978.

HAYEK, Friedrich A. **Normas e ordem**. Vol. 1 de Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1983.

HAYEK, Friedrich. A. **A arrogância fatal**. São Paulo: Ortiz, 1995.

HEINEN, Luana R. **Performatividade**: o Direito transformado em dispositivo pela análise econômica do Direito. Tese defendida perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre o humanismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HEDLUND, Alexandre Nicoletti. **Estado democrático de direito hoje: a metamorfose do Direito e do Estado e sua re-significação diante da racionalidade econômica global**. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Alexandre\\_Nicoletti\\_Hedlund.pdf](http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Alexandre_Nicoletti_Hedlund.pdf)>. Acesso em: 04 nov. 2016.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. Report for selected countries and subjects 2017. Disponível em [www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2017/01](http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2017/01). Acesso em: 18 jun. 2019.

IRTI, Norberto. **L'ordine giuridico del mercato**. Roma: Laterza, 2003.

JACOBSEN, Gilson. Juizados especiais federais e jurisdição de equidade no cenário atual. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 57-66, set./dez. 2016. Disponível em: [www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/2167/2074](http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/2167/2074) Acesso em: 12 nov. 2017.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 27.

JESSUP, Philip. **Transnational law**. New Haven: Yale University Press, 1956.

JORGE, Frederico Wellington. Delação, premiada ou eficiente? ROSA, Alexandre Moraes; GUASQUE, Barbará. **Análise econômica do direito**. Desafios da leitura da economia no Brasil. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

JUNIOR, Luiz Magno Pinto Bastos. Rever ou romper com Vestfália? por uma releitura da por uma releitura da efetiva contribuição dos acordos de paz de 1648 à construção do modelo vestfaliano de Estados. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 357-376.

KEYNES, John N. **The scope and method of political economy**. Kitchner: Batoche Books, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRAEMER, Heinrich. **O martelo das feiticeiras**. São Paulo: Rosa dos Tempos, 1993.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LAFER, Celso. **Os dilemas da soberania**. In: \_\_\_\_\_. *Paradoxos e possibilidades: estudos sobre a ordem mundial e sobre a política exterior do Brasil num Sistema Internacional em Transformação*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982. p. 69-70.

LAMPREIA, Everaldo. Derechos fundamentales y consecuencias económicas. **Revista de Economia Institucional**, Bogotá, v. 8, n. 14, 2006.

LANDES, William. **An economics analysis of the courts**. Chicago: NBER, 1974, p. 166-168. Disponível em: <https://www.nber.org/chapters/c3629.pdf> Acesso em: 22 fev. 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: DelRey, 2013.

LIMA, Márcio Barra. A Colaboração Premiada como Instrumento Constitucionalmente Legítimo de Auxílio à Atividade Estatal de Persecução Criminal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs). **Garantismo Penal Integral: Questões Penais e Processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

LYRA FILHO, Roberto. **Por que estudar Direito, hoje?** Brasília: Nair, 1984.

MCADAMS, Richard H. A focal point theory of expressive law. **Virgin. Law Rev.** 86, 1649-1729, 2000.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência**

**administrativa:** (des)encontros entre Economia e Direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

MATTEI, Ugo. La proprietà. **Trattato di diritto civile**, I diritti reali, vol. I. Milano: Utet, 2015.

MATTEUCCI, Nicola. **Lo stato**. Bologna: Il Molino, 2009.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. Ed. rev. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MORAIS, Fausto Santos de; TRINDADE, André Karam. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 35, p. 157-158, dez. 2012.

MORCILLO, Francisco Monción; BEKER, Victor Alberto. **Economía, principios y aplicaciones**. 4. ed. Ciudad de México: McGraw Hill, 1999.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**. Brasília, n. 26, jul./set. 2004.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2000.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and Beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos** – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998.

NEVES, António Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia** – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra, 2003.

NEVES, António Castanheira. **Curso de Metodologia jurídica**. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1994.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Humano, demasiadamente humano**. Um livro para espíritos livres. São Paulo: Cia de Bolso, 1992.

NIRO, Roberto. Commento all'art.41. In R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (Org). **Commentario alla Costituzione**, vol. I, Torino, 2006.

NOBRE DA SILVA, Maria Coeli et al. **Justiça restaurativa e mediação: consórcio relevante e indivorciável para conduzir o conflito jurídico-penal**. Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa, 2013.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Trad. Ruy Julgmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

OSIANDER, Andreas. Sovereignty, international relations, and the Westphalian myth. **International Organization, Cambridge Journals**, v. 2, n. 55, p. 251-287, Spring, 2001.

OLIVIERO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Le costituzioni del Maghreb. Con traduzione dei testi vigente, prefazione di Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

OLSSON, Gustavo; TIMM, Luciano. Análise econômica do crime no Brasil. BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo. **Direito penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho**. una reconstrucción teórica. Colección El Derecho y la Justicia. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1994.

PAGLIARINI, Alexandre; CLETO, Vinícius. Um Balanço sobre Colaboração Premiada. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 12, n. 39, p. 313-335, 26 mar. 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **A função social do Estado**. 2. Ed. Itajaí: UNIVALI, 2016.

PAFFARINI, Jacopo. **Modelli costituzionali e società di mercato**. Lima: EGACAL, 2015.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. Trad. João Guilherme Vargas Neto. Coleção Os Economistas. São Paulo : Abril Cultural, 1984.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La diacronia del fundamento y del concepto de los derechos: el tiempo de la historia. *In: \_\_\_\_\_*. **Curso de derechos fundamentales**. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

POLANYI, Karl. **La grande trasformazione**. Le origini economiche e politiche della nostra época. Torino: Einaudi, 1977.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8. ed. Chicago: Aspen, 2010.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

- POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- POSNER, Richard A. The Present Situation in Legal Scholarship. **The Vale Law Journal**, v. 90, 1981.
- POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014.
- POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- RANIERI, Nina Stocco. **Teoria do Estado: do Estado do Direito ao Estado Democrático do Direito**. Manole, 01/2013.
- REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REPOSO, Antonio. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico*.
- RISCAL, Sandra Aparecida. **O conceito de soberania em Jean Bodin: um estudo do desenvolvimento das idéias de Administração Pública, Governo e Estado no século XVI**. Campinas: [s.n.], 2001. Disponível em <<http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000225862>> Acesso em 02 mai. 2016.
- ROMANO, Santi. **Lo Stato moderno e la sua crisi**. Milano, 1969.
- ROMANO, Santi. **Scritti minori**. Volume I. Milano: Giuffrè, 1950, p. 311-325.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Tradução: Pietro Nassetti.3.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- ROSA, Alexandre Morais da; Sant'ana, Raquel Mazzuco. **Delação premiada como negócio jurídico: a ausência de coação como requisito de validade**. Florianópolis: Emais, 2019
- ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Barbará. **Análise econômica do direito: desafios da leitura da economia no Brasil**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- ROSA, Alexandre Morais da. O Judiciário entre garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a "resposta correta" com Lênio Streck. **RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** , v. 1, p. 01-08, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

ROSA, Cristiano Carvalho. **Kafka e o sistema tributário brasileiro: uma visão pela perspectiva do direito e economia**. In: Latin American and Caribbean Law and Economics Association, 2014. Disponível em: <[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=cristiano\\_carvalho](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=cristiano_carvalho)>. Acesso em: 28 mar. 2019.

SALAMA, Bruno. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo: v. 5, n. 2, 2008.

SALOMI, Maíra Veauchamp. **Colaboração premiada: principais questões acerca da competência para homologação**. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 151-184.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Hermenêutica e distanciamento: uma narrativa historiográfica. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Constituição e processo**. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009.

SANTOS, Bruno Carvalho Marques dos. **O viés econômico da delação premiada**. Curitiba: Appris, 2018.

SARTORI, Giovanni. **Mala costituzione e altri malanni**. Roma-Bari: Laterza, 2006.

SARTO, Vitor Hugo; ALMEIDA, Luciana Togeiro. A teoria de custos de transação: uma análise a partir das críticas evolucionistas. **Revista Iniciativa Econômica**, v. 2, n. 1. Jan-jun. 2015.

SASSEN, Saskia. **Sociologia da Globalização**; tradução Ronaldo Cataldo Costa; revisão técnica Guilherme G. de E. Xavier Sobrinho – Porto Alegre: Artmed, 2010.

SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos**. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Rio de Janeiro: Editora Schwarcz; 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e processo penal**. Barueri: Manole, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e corrupção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigações sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Winston Fritsch. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SOUZA FILHO, Jayme José de. Investigação criminal à luz da Lei 9.034/95: a atuação de agentes infiltrados e suas repercussões penais. **Revista de Direito Público**. Londrina, v. 1, n. 2, p. 85, maio/ago, 2006. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11569/10264>> Acesso em: 10 jul. 2017.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Legislar por indicadores: a iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores transnacionais. **Revista de Informação Legislativa**: Brasília, v. 56, n. 221, p. 169-193, mar. 2019. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril\\_v56\\_n221\\_p169](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p169) Acesso em: 20 dez. 2018.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolsan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. Ed. ver. E atual. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**. Ensayo sobre la función antropológica del derecho. Tradução de Silvio Mattoni. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. **Punitive damages**: how juries decide. Chicago: Chicago Press, 2002.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

TEUBNER, Günther. Global bukowina. In: TEUBNER, Günther (ed.). **Global law without a state**. Brookfield: Dartmouth, 1997.

TOMAZ, Roberto Epifanio; FERREIRA MONTE, Mario João; DE CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. Nova lex mercatoria: ordenamento jurídico supranacional(?). **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 4, p. 1364-1384, dez. 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6709/3830>>. Acesso em: 28 maio 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v19n4.p1364-1384>.

TOURAINÉ, Alain. **Após a crise**. A decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais. Petrópolis: Vozes, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: RT, 1993.

TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. **Revista CEJ**. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, trad. de Sérgio Fernando Moro, v. 11, nº 37, abri/jun. 2007.

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro**. São Paulo: Ibecrim, 2015.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013.

VARELLA, Marcelo D. **Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Tese apresentada para obtenção de livre-docência junto à Universidade de São Paulo. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo, 2012.

VARIAN, Hal. **Microeconomia intermedia**. Barcelona: Bosch, 1998.

VIANNA, Luiz Werneck et. al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo global: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Weber, Max. **Ciência e política, duas vocações**; tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 14. Ed. São Paulo: Editora Cultrix: 2007.

WILSON, Edward O. **Da natureza humana**. São Paulo: T. A. Queiroz Editor e Editora da Universidade de São Paulo, 1981.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Corti Costituzionali e diritti universali, **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, 2006.

ZOLO, Danilo. Globalização: **Um Mapa dos Problemas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.