

***Derecho y Economía'* en el Sur:
El papel de las Cortes Brasileñas**

Mariana Pargendler* & Bruno Salama^x

Resumen

La sabiduría convencional sugiere que el campo del *Derecho y Economía* es, ya sea embrionario o prácticamente inexistente fuera de los Estados Unidos, particularmente, en materia de jurisdicción cívico-legal. Las explicaciones que existen respecto a la presunta falta de interés por la aplicación del razonamiento económico a los problemas legales, comprenden desde estructuras diferentes en materia de educación legal y en la academia jurídica fuera de Estados Unidos, hasta características particulares de los sistemas legales civiles. Este artículo cuestiona dicha perspectiva, documentando y explicando el incipiente uso del razonamiento económico en las Cortes de Brasil. El argumento es que, dado el cada vez mayor papel de las Cortes en la formulación de políticas públicas, la aplicación de principios y normas legales necesita de una teoría del comportamiento humano (tal como la que brinda la economía) para ayudar a pronosticar las posibles consecuencias de los diferentes regímenes legales. En conformidad con el papel tradicional que ha desempeñado la comunidad académica cívico-legal en brindar una guía para la práctica del derecho, la continua profundización del derecho con la economía en Brasil probablemente estará motivada por la demanda jurídica.

I. Introducción

Es difícil sobreestimar la influencia del movimiento de *derecho y economía* en el derecho norteamericano.³ Sin embargo, a diferencia de las múltiples instancias de imperialismo legal norteamericano durante el siglo veinte⁴ – culminando en lo que en ocasiones se conoce como la “Americanización de la ley”⁵ alrededor del mundo–, la difusión del campo del *derecho y economía* parece haber ocurrido a un paso mucho más lento.⁶ A continuación, mencionamos algunas razones que podrían explicar la renuencia de los países con sistema de derecho civil a la práctica de un análisis económico del derecho: Actitudes divergentes respecto a la ciencia y práctica legal,⁷ la supuesta singularidad de la ideología norteamericana,⁸ la falta de habilidades matemáticas y económicas por parte de los juristas académicos de derecho civil,⁹ barreras en el idioma y en la inercia del movimiento,¹⁰ el poder de las cortes norteamericanas,¹¹ incentivos académicos para profesores de derecho,¹² medidas proteccionistas dentro de la profesión del derecho,¹³ confusiones respecto al método comparativo,¹⁴ supremacía de teorías marxistas en las Facultades de Economía,¹⁵ y diferencias culturales.¹⁶ Basándose en estas razones, la sabiduría convencional argumenta que los jueces fuera de Estados Unidos no toman en cuenta el razonamiento económico al momento de emitir un fallo.¹⁷

En Brasil, sin embargo, la percepción de que existe un aislamiento entre la práctica del análisis económico y el derecho, es simplemente equivocada. A pesar de que la producción académica en materia de *derecho y economía* ha ido ganando terreno,¹⁸ ciertamente permanece lejos de ser dominante. Sorprendentemente, muchas de las iniciativas que buscan integrar el razonamiento económico con el legal, no han sucedido dentro de la Torre de Marfil académica, sino fuera de esta.

Sin que muchos de los más educados observadores lo sepan,¹⁹ algunas cortes han tomado la iniciativa de aplicar principios económicos como guía en la aplicación del derecho. Aquellos que hablan de una resistencia a la aplicación del análisis económico del derecho en las cortes de Brasil, simplemente han estado mirando en los lugares equivocados. Argumentamos que el incipiente uso del razonamiento económico en las cortes de Brasil no es producto de una ciega imitación de modas extranjeras, sino que es el resultado de una transformación profunda en el carácter y operación del sistema legal brasileño.

El presente artículo se organiza de la siguiente manera. La sección II precisa nuestra definición del uso del razonamiento económico en las cortes brasileñas. La sección III documenta y analiza el uso del razonamiento económico en decisiones judiciales paradigmáticas en las cortes superiores de Brasil. La sección IV delimita los factores ideológicos, políticos, y legales que han impulsado la demanda jurídica de un entendimiento económico en el fallo de disputas legales. La sección V concluye sugiriendo las implicaciones de dichos procesos en los ámbitos jurídicos académicos y en la enseñanza del derecho.

II. Razonamiento económico en la Corte.

Antes de continuar con la formulación de nuestro argumento sobre el cada vez mayor uso del razonamiento económico por parte de los jueces en Brasil al emitir sus opiniones, debemos aclarar a qué nos referimos por el uso del razonamiento económico en las cortes de Brasil. Para fines prácticos, comenzaremos esclareciendo todo aquello que no es.

Primero, el uso del razonamiento económico en la corte no se debe confundir con el hecho de que ciertos procesos legales están al menos parcialmente influenciados por consideraciones económicas.²⁰ Ésta debe ser una proposición poco controversial, aún en casos de jurisdicciones de derecho civil. Juristas académicos de gran prominencia han explicado la evolución de algunas instituciones y reglas clave como respuesta práctica ante las cambiantes necesidades económicas.²¹ Al mismo tiempo, no es ningún secreto que numerosas normas legales (tal como la restricción de auto-contratación y auto-transacción dentro del derecho corporativo en Brasil, entre muchas otros) se basan en los supuestos conductuales de que los individuos actúan como sujetos egoístas en busca de la maximización de su propia utilidad (por ejemplo, como *homo economicus*) una tendencia que, en muchos casos, puede contradecir ciertos objetivos sociales. Además, es sabido que ciertos conceptos económicos tales como monopolio, mercados, y competencia, son parte esencial del derecho antimonopolio.²²

Aún así, el hecho de que una norma legal esté inspirada por consideraciones económicas no necesariamente implica el uso del razonamiento económico en las cortes. Cuando un juez aplica el Código Civil de Brasil para anular un contrato de venta no autorizado (contraído entre un mismo abogado para representar a ambas partes), el uso del razonamiento económico probablemente estará ausente al momento de la toma de decisiones²³ – y con justa razón. En la mayoría de los casos en los que las consideraciones económicas están incrustadas en las normas legales, los dogmas del razonamiento legal y su interpretación serán suficientes en su aplicación.

Segundo, es importante hacer la distinción entre el uso del razonamiento económico por parte de las cortes de Brasil y las aspiraciones originales del movimiento del *derecho y economía* de inspiración norteamericana.²⁴ Richard Posner bien lo articula cuando establece “el análisis económico puede orientar, revelar como coherente, y en

algunos casos mejorar [la ley].”²⁵ Dichas ambiciones académicas son tanto de carácter normativo como descriptivo — la idea principal siendo que la economía puede ser utilizada tanto para explicar la lógica detrás de la ley como para evaluar si el actual régimen legal es el ideal desde el punto de vista de la teoría de costo-beneficio. Siguiendo esta línea, el proyecto ha sido sumamente criticado por subordinar el derecho a la economía.²⁶

Por el contrario, el uso del razonamiento económico en las cortes de Brasil es resultado de la apropiación de lecciones y dogmas claves de la economía (especialmente de la microeconomía) como un instrumento para la aplicación de mandatos contenidos en principios o normas legales preexistentes.²⁷ Un entendimiento adecuado de la economía se vuelve particularmente útil cuando los principios legales en cuestión necesitan de un pronóstico de las posibles consecuencias de cierto evento o régimen legal. La economía está entonces, al servicio de la ley y no al revés. Es en este contexto en que el concepto de eficiencia económica carga comparativamente poca importancia.²⁸

Para brindar una sencilla ilustración de este uso, consideremos el caso de la ley establecida por el derecho, en la que la víctima de un acto ilícito puede recuperar las ganancias perdidas (*lucrum cessans*). La ley demanda que los daños monetarios sean remunerados para que la parte agravada pueda encontrarse en la situación en la que hubiera estado originalmente de no haber sido por el acto ilícito.²⁹ La aplicación concreta de la ley, por lo tanto, necesita de un pronóstico respecto a las ganancias que hubiera obtenido el agravado en caso de que el acto ilícito no hubiera sido cometido. Y sin embargo, el derecho no brinda ninguna teoría de comportamiento humano sobre la cual basar dicho pronóstico. Ya sea como una ciencia, un arte o una práctica social, el pensamiento legal es esencialmente normativo en carácter: habla sobre lo que debe ser,

pero tiene relativamente poco que decir respecto a cómo funciona el mundo social — siendo esto precisamente a lo que se dedica la economía, al igual que otras ciencias sociales.

En la Apelación Especial 771,787, en el caso presentado ante el Tribunal Superior de Justicia de Brasil (*Superior Tribunal de Justiça – STJ*)³⁰ se trataba de establecer si el precio máximo impuesto por el gobierno al precio de los derivados de caña de azúcar por debajo del verdadero costo de producción era ilícito y, en caso de que lo fuera, determinar entonces, las medidas adecuadas de remuneración por daños a los productores agravados.³¹ Al lidiar con estos asuntos, la opinión disidente emitida por el Juez Herman Benjamin se basaba directamente en lecciones económicas. Específicamente, la opinión rechazaba la medida de los daños reclamados por los demandantes, la cual había sido calculada únicamente en base a la diferencia entre el precio máximo impuesto por el gobierno y el precio que hubiera resultado de haber utilizado los precios reales de producción.

Citando algunas lecciones básicas de un libro de texto portugués de *derecho y economía* respecto al concepto de la elasticidad de la demanda, el juez concluyó que la fórmula propuesta probablemente exageraría la cantidad de los daños ya que el bajo precio impuesto artificialmente por el gobierno seguramente había incrementado la cantidad de producto vendido.³² Como el juez mismo enfatizó, el uso de ese tipo de entendimiento económico resultó instrumental en la aplicación de la ley. En sus palabras, a pesar de que el análisis “recurrió a herramientas y conceptos [económicos] en su esfuerzo interpretativo”, éste fue de naturaleza “puramente legal.”³³

El ejemplo tan sencillo, casi trivial que acabamos de mencionar ilustra una tendencia mucho más amplia. En este caso, como en muchos otros, el uso de la economía reemplaza explícitamente formas más intuitivas de razonamiento. Un número

importante — y cada vez mayor, como argumentaremos en la sección IV — de normas legales en Brasil, obligan a los jueces a reflexionar sobre las posibles consecuencias de los distintos eventos o regímenes legales. A pesar de que esta tendencia está impulsada en parte por los avances en la teoría económica frente al pasado legal (como en el caso de la aplicación del concepto legal antiguo de ganancia perdida), se ha visto significativamente fortalecida por una transformación en la estructura básica del sistema legal.

En efecto, el Tribunal Supremo Federal (*Supremo Tribunal Federal* – STF) ha declarado expresamente que corregir un “pronóstico equivocado por el legislador” es un fundamento legítimo para una revisión judicial.³⁴ Ahora bien, la empresa de los pronósticos recae fuera del ámbito de la empresa esencialmente normativa del derecho. Para poder desempeñar tal tarea, los jueces se enfrentan al dilema de elegir entre el sentido común y su entendimiento personal de cómo funciona el mundo³⁵ o aplicar conocimientos más sistemáticos generados por ciencias sociales, tal como la economía.

Con estos elementos en mente, procederemos a brindar un panorama general de las diferentes formas en las que el análisis económico del derecho ha sido utilizado en algunas de las decisiones jurídicas en Brasil. Nuestro objetivo no es el de analizar si alguno de los argumentos es convincente desde un punto de vista económico o legal. En muy raras ocasiones la economía, al igual que el derecho, brinda respuestas definitivas o poco controversiales a algún problema.

Tampoco estamos intentando cuantificar sistemáticamente la incidencia de argumentos económicos dentro de las decisiones judiciales en Brasil, aunque el hecho de que las opiniones que aquí describimos vienen de casos muy importantes que se decidieron en las cortes más prominentes de Brasil, sugiere que no son meramente aberraciones o casos aislados. Evidentemente, la mayoría de las opiniones de los

juzgados en Brasil, así como en cualquier otra parte, no recurren a argumentos económicos, y con justa razón. Nuestro objetivo entonces, es demostrar que los jueces de Brasil no están tan opuestos al razonamiento económico como uno podría pensar, y además, ofrecer una descripción de por qué es éste el caso.

III. El uso de la economía en las cortes de Brasil.

A. La aplicación de principios constitucionales.

Un campo particularmente fértil para el uso del razonamiento económico en Brasil ha sido la aplicación de principios constitucionales por el Tribunal Supremo. El fallo del STF en 2003 de la Acción Directa de Inconstitucionalidad (*Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI*) 1,946 es ilustrativo en dicho aspecto.³⁶ Primero, el fallo lidiaba con el raro y delicado caso de una impugnación constitucional que se le hizo a una enmienda del mismo orden. Segundo, la valiente decisión de la corte de restringir el alcance de una interpretación literal de la enmienda estuvo críticamente motivada por el uso del razonamiento económico.

El caso lidiaba con el financiamiento al derecho social de incapacidad por maternidad que brinda la Constitución de Brasil. Previo a la enmienda, los empleadores estaban constitucionalmente y legalmente obligados a otorgar 120 días de incapacidad por maternidad a aquellas mujeres que cumplieran con los requisitos, pero al mismo tiempo tenían el derecho de obtener el reembolso por parte del Sistema de Seguridad Social de Brasil de los salarios pagados durante el periodo de incapacidad. En 1998, la recién promulgada Enmienda Constitucional No. 20 — conocida como la “reforma del seguro social” (*reforma da previdência*) — limitaba todos los pagos del seguro social a la cantidad de R\$1,200 (aproximadamente \$1,000 dólares americanos en ese tiempo). Si el nuevo límite se aplicara a la incapacidad por maternidad, cualquier diferencia entre la

nueva restricción y el salario de una mujer empleada tendría que ser cubierto por el empleador. El Partido Socialista Brasileño (*Partido Socialista Brasileiro – PSB*) presentó una demanda, argumentando que la aplicación del nuevo límite a la incapacidad por maternidad violaba la Constitución, particularmente en la provisión explícita que exigía la “protección del mercado laboral de las mujeres” (Art. VII, XX).

La opinión unánime de la Corte escrita por el Juez Sydney Sanchez, planteaba que el cambio de la carga financiera del pago de incapacidad por maternidad hacia los empleadores “facilitaría y estimularía la preferencia por contratar empleados masculinos, en vez de empleadas mujeres”, así que el resultado del nuevo límite sería precisamente “fomentar la discriminación que la Constitución busca eliminar.”³⁷ El resultado del caso estuvo claramente inducido por el *pronóstico* de la Corte respecto a los efectos en los niveles y formas de participación de las mujeres en la fuerza laboral, que resultarían de una interpretación literal de la enmienda constitucional. El Juez Sanches, además, enfatizó la “aparente falta de idoneidad entre los medios legales (un límite en los pagos del sistema de seguro social y la transferencia de la responsabilidad del pago a los empleadores) y el fin normativo establecido bajo la Constitución para combatir la discriminación de las mujeres en el mercado laboral.”³⁸ A pesar de que el fallo no hace una referencia formal a la teoría económica, su razonamiento se basa, evidentemente, en un elemento fundamental de la teoría de los precios, impulsada por la ley de la oferta y la demanda: concretamente, que el incremento en el precio de un insumo de producción, desencadena una reducción en su demanda.

Es importante notar que la Corte en ningún momento reflexionó sobre la *eficiencia* económica que resultaría de apoyar la participación de las mujeres en la fuerza laboral — un tema respecto al cual las opiniones de los economistas difieren.³⁹ El apoyo a la participación de las mujeres en el mercado laboral es un hecho, es decir, una

elección política previamente establecida en la Constitución. El papel de la economía era ayudar a obtener un objetivo legal brindando una teoría respecto a los efectos concretos de los distintos regímenes legales.

Otro caso paradigmático que involucra derechos sociales lidiaba con el alcance del estatuto brasileño que brinda una exención hacendaria al llamado “hogar de familia” (*bem de familia*), de acuerdo al cual, la residencia personal de un deudor no puede ser incautada.⁴⁰ El mismo estatuto especifica un número de excepciones a ésta exención, incluyendo aquella que autoriza la incautación del hogar del avante de la renta.⁴¹ La constitucionalidad de la exención del avante fue disputada ante el STF en base al argumento de que violaba el derecho constitucional de vivienda (*direito à moradia*) que se incluyó por la Enmienda Constitucional número 26 en el año 2000.

Al afirmar la constitucionalidad de la exención, la opinión de la mayoría que fue emitida por el Juez Cesar Peluso argumentaba que el derecho a la vivienda no era sinónimo de propiedad de vivienda. Por el contrario, el hecho de que “hay muy pocos propietarios en Brasil” justificaba, en su opinión, “los estímulos a las disposiciones de alquiler” que presuntamente habían sido obtenidos gracias a la exención.⁴² La opinión del Juez Peluso concluía que de eliminar la exención se “interrumpiría el equilibrio del mercado, obligando a recurrir a garantías mucho más costosas para la renta de vivienda, afectando así, el derecho constitucional a la vivienda.”⁴³ La opinión no sólo hace alusión a elementos que están evidentemente fuera del campo legal (como el porcentaje de brasileños que no son propietarios de bienes raíces), sino que utiliza implícitamente un modelo estándar de demanda y oferta para inferir una relación de causalidad entre la interpretación de la ley por el Tribunal Superior y la oferta disponible de residencias y sus respectivos precios.

El uso del razonamiento económico en los fallos previamente mencionados — con un enfoque particular en los incentivos que generó la estructura por distintas normas — no fue de ninguna manera excepcional en la jurisprudencia del STF. En su fallo del 2013, *Reclamação* 4,374, el STF revirtió un veredicto previo para declarar inconstitucional la provisión reglamentaria que excluía pagos de prestaciones sociales a los sujetos de avanzada edad cuyos familiares recibieran más de un cuarto del salario mínimo por mes. La opinión de la mayoría, emitida por el Juez Mendes, reconocía que “no era el deber del Tribunal Supremo valorar la ventaja política y económica de las sumas que pueden o deben servir como la base para medir la pobreza.”⁴⁴

Sin embargo, al considerar el umbral existente inconstitucional, el fallo no se refería únicamente a los cambios en las condiciones económicas y legales desde que se emitió el veredicto inicial, sino también, al hecho de que el sistema actual “termina por desmotivar contribuciones al sistema de seguridad social e incrementa la informalidad.”⁴⁵

Un uso aún más explícito de incentivos retóricos se dio en el fallo de la ADI 4,425, en el que el STF calificó como inconstitucionales muchas provisiones de la Enmienda Constitucional Número 62 del 2009, que lidiaban con el sistema de ejecución de juicios monetarios en contra del Estado (*precatório*). Entre algunas de las innovaciones de la enmienda, estaba la posibilidad del gobierno de implementar una subasta a la inversa, la cual permitiría a las entidades privadas escapar las largas filas para recibir pagos si éstas concertaban recibir un recorte. La opinión de la mayoría, emitida por el Juez Luiz Fux establecía que “la existencia de un sistema de subasta a la inversa representaría un *incentivo* para el Estado para no cumplir con sus obligaciones, complicando la falta de liquidez de los juicios e incrementando el descuento (...). En otras palabras: el *sistema de incentivos* generado por el modelo de subasta, promovía

resultados contrarios a aquellos deseados en la Constitución.”⁴⁶ Sobran ejemplos de decisiones similares que aplican el lenguaje de los incentivos para llegar a conclusiones de derecho constitucional, siendo éstos demasiados como para describir cada uno a detalle.

En otros casos, el STF se aventuró tanto como para sacar inferencias específicas respecto a las implicaciones de ciertas instituciones legales en el desarrollo económico de Brasil. En el AgReg 5,206-7, que se decidió en 2001, la cuestión era si la Ley de Arbitraje de 1996 de Brasil — que buscaba regular y obligar a las partes contractuales a presentar sus disputas ante arbitraje — era válida frente a la norma constitucional que establecía “la ley no debe excluir de valoración judicial ninguna violación o amenaza a algún derecho” (Art. 5, XXXV). Concluyendo que la Ley de Arbitraje pasó el filtro constitucional, el Juez Ilmar Galvao, explícitamente razonó que la “avalancha de demandas” en el sistema judicial, combinado con una “lentitud que sobrepasa los límites máximos tolerados” constituían un “serio impedimento a las empresas, precisamente en un momento en el que se esperaba un incremento en la actividad empresarial, especialmente debido a los flujos de capital extranjero que buscan explorar nuevas iniciativas de índole económica.” Dentro de este contexto, el juez argumentó, “el legislador brasileño encontró en el *Tribunal de Arbitraje* una solución alternativa a este serio problema, con el objetivo de asegurar el desarrollo económico del país.”⁴⁷

En esta misma línea, se encuentra la opinión del Juez Joaquim Barbosa en la ADI 1,194, la cual disputaba, *inter alia*, la provisión del Estatuto de la Orden de Abogados de Brasil (*Estatuto da OAB*) que atribuía al abogado de la parte ganadora la ganancia judicial de los honorarios. El juez concluyó que la destinación de la ganancia de los honorarios de los abogados debía de ser asunto de libertad del contrato, una solución que “no sólo libera los canales de acceso al Judicial, sino que también permite los

imperativos esenciales de la racionalidad económica, que son fundamentales para el crecimiento del país, en la aplicación, sin discriminación, a todos los abogados, de la misma manera que se aplicaría a cualquier otra categoría de profesionales.”⁴⁸ De manera similar, en la Apelación Extraordinaria 422,941, el Juez Carlos Velloso afirmaba que la imposición gubernamental de límites de precios por debajo de los costos de producción “constituía un serio obstáculo al ejercicio de la actividad económica, en violación del principio de libre empresa.”⁴⁹ Añadió además, que “el establecimiento de normas bien definidas respecto a la intervención del Estado en la economía y su cumplimiento, es fundamental para la maduración de las instituciones y el mercado brasileño, asegurando de esta manera, la estabilidad económica necesaria que conduce al desarrollo nacional.”⁵⁰ Además, hay fallos en los que diferentes jueces emplean el razonamiento económico para llegar a conclusiones discrepantes. En la ADI 4,167, una de las cuestiones ante la Corte era el alcance de la expresión del “suelo” salarial para los maestros de educación primaria, tal como lo establece un nuevo estatuto federal que se aplica a todos los estados de Brasil. El Juez Joaquim Barbosa argumentó que el término suelo “puede ser interpretado de acuerdo con la intención de fortalecer y mejorar los servicios de educación pública.”⁵¹ Luego argumentó que “la compensación adecuada de los maestros y otros profesionales de la educación es uno de los mecanismos más útiles para el cumplimiento de dicho objetivo.”⁵² En su opinión, “si el suelo incluye la remuneración total del maestro, los pagos adicionales (*gratificação*) pueden ser igual o exceder el mínimo, y de esta manera anular o mitigar los incentivos para el profesional laborioso,”⁵³ resultando así, en la “visible disuasión a los incentivos y a las políticas de responsabilidad que son necesarias para la provisión de servicios educativos de calidad por parte del Estado, basándose en el criterio más relevante: mérito.”⁵⁴

Por el contrario, el Juez Gilmar Mendes contendía que la interpretación de suelo como un sinónimo del salario básico, tal como lo planteaba el Juez Barbosa, podría llevar a la “imposibilidad de la expansión de los servicios de educación,”⁵⁵ esto debido al incremento substancial de las compensaciones a los maestros. Además, afirmaba que una interpretación como esta podría crear un incentivo para los estados de reestructurar los paquetes de compensación ya existentes para que se eliminaran los pagos extras además del salario básico—una conclusión que, en sus palabras se deriva de “teoría de juegos pura.”⁵⁶

B. Interpretación teleológica o propositiva de los estatutos

El STF no es el único en recurrir a lecciones económicas para emitir sus opiniones. El razonamiento económico también es un elemento que prevalece en las decisiones del STJ. El uso de conocimiento económico se puede notar de manera particular cuando la Corte aplica el método teleológico o propositivo de la interpretación de estatutos, un método con importante linaje en la tradición occidental.⁵⁷

Por ejemplo, en los inicios del 2000, el STJ tuvo que determinar el alcance del Art. 6 del estatuto que regulaba la concesión de los servicios públicos.⁵⁸ La norma permitía explícitamente a las concesionarias suspender el suministro de servicios públicos a sus clientes por incumplimiento. La cuestión ante la Corte era si la norma aplicaba al suministro de “servicios esenciales” tales como agua, gas o electricidad, dado que el Art. 22 del Código de Protección al Consumidor de Brasil⁵⁹ exige a las empresas de servicios públicos brindar los servicios esenciales de manera “continua”. La opinión de la mayoría emitida por el Juez Gomes de Barros rechazó la interpretación que impedía que las concesionarias suspendieran la prestación de servicios, ya que esto generaría un “efecto dominó.”⁶⁰ En efecto, el Juez argumentaba que “al darse cuenta que un vecino está recibiendo electricidad gratis, el ciudadano tenderá a concederse a sí

mismo ese beneficio que resulta tan tentador.”⁶¹ El resultado sería que “muy pronto, nadie respetaría la cuenta de electricidad.”⁶²

El STJ también ha recurrido recientemente a razonamiento económico en la interpretación de la ley de protección al consumidor de Brasil, con la finalidad de no perjudicar a aquellos a quienes la ley trata de proteger.⁶³ En la Apelación Especial 1,232,795, el asunto que se presentó ante la Corte era el de si una compañía que operaba un estacionamiento privado debía hacerse responsable por un robo a un cliente dentro de sus instalaciones. La opinión unánime emitida por la Juez Nancy Andrighi estableció que tal responsabilidad era inexistente, entre otras razones, porque al asignar esta responsabilidad a los estacionamientos privados se terminaría por afectar a los consumidores también, porque tendrían que hacerse inversiones que “ciertamente se verían reflejadas en el precio del servicio [de estacionamiento] que ya de por sí, es alto.”⁶⁴

A. Referencias a trabajos académicos

Mientras que la mayoría del razonamiento económico en Brasil es por naturaleza implícito, este no es siempre el caso. En efecto, hay una importante cantidad de fallos de las Cortes — en todos los niveles del sistema judicial — que explícitamente hacen referencia a trabajos académicos de economistas o académicos del campo del *derecho y economía*. Por ejemplo, al establecer en la ADI 2,340 que una ley estatal no puede obligar a los municipios a brindar agua con pipas de agua en caso de que se suspenda el abastecimiento regular del agua, el Juez del STF Gilmar Mendes estableció que “el servicio de sanitación básica es un monopolio natural [...] dejando la competencia entre estados no sólo impráctica, sino también sugiriendo que la consolidación de la demanda de ciudades vecinas puede reducir costos y dar como resultado un servicio más atractivo para las concesionarias privadas.”⁶⁵ La misma opinión depende expresamente en el

concepto del monopolio natural tal como se describe en los libros de *Derecho y Economía* de Robert Cooter y Thomas Ulen, y *Análisis Económico del Derecho* de Richard Posner. En otra ocasión, el Juez Mendes también hizo referencia al libro de Cooter y Ulen al discutir los posibles efectos de regímenes de impuestos discrepantes “en la oferta de productos en el mercado de repuestos, con un impacto importante en el equilibrio del mercado, consumo interno e inflación.”⁶⁶

Al hacer referencia a bibliografía del campo de la economía, el Juez Gilmar Mendes— quien, antes de unirse a la Corte era un distinguido académico jurista con Doctorado en Alemania—no representa un caso aislado. Las lecciones económicas también se han filtrado en los fallos del STF en la ADI 3,510, la muy controversial oposición constitucional a la Ley de Bioseguridad de Brasil, la cual regula la investigación de células madre. Al emitir su opinión disidente sobre la inconstitucionalidad de la investigación de células madre, el Juez Cezar Peluso subrayó lo que en su perspectiva eran fallas en la ejecución de mecanismos delineados por el estatuto. Argumentaba que el mecanismo para nombrar a los miembros del Comité de Ética e Investigación era deficiente porque su composición estaba determinada por la institución de investigación respectiva. En su opinión, “esta norma implica, en el menor de los casos, un riesgo serio de lo que la teoría económica llama un problema de agencia, es decir, un conflicto crítico de intereses que daña la independencia de la entidad que es responsable de asegurarse de la estricta fidelidad a las restricciones legales y constitucionales de la investigación aprobada.” Luego, continua haciendo referencia a una definición del dilema de agencia a partir del libro de Joseph Stiglitz: *La Economía del Sector Público*.⁶⁷

Algunas Cortes estatales también han hecho referencias directas a los textos del *derecho y economía*. En un fallo reciente de la Corte de Apelación del Estado de Sao

Paulo, el asunto era si una tienda tenía el recurso de apelación frente a una compañía de tarjetas de crédito por una compra que fue cancelada debido a un fraude. El caso específico fue que una tienda de electrodomésticos había vendido un sistema de aire acondicionado a un cliente que pagó con una tarjeta de crédito clonada. El verdadero propietario de la tarjeta de crédito solicitó la cancelación de la compra, lo que, acto seguido, realizó la compañía de tarjetas de crédito y de esta manera denegó el pago a la tienda de electrodomésticos. La tienda entonces, demandó a la compañía de tarjetas de crédito por la cantidad debida, argumentando que la cláusula del contrato que exime de responsabilidades a la compañía de tarjetas de crédito era “abusiva” y, por lo tanto, inválida.

Al defender la exención de responsabilidades, y asignar la pérdida a la tienda de electrodomésticos, el Juez Andrade Marques utilizó la erudición del campo del *derecho* y *economía* para aclarar los motivos detrás de la cláusula de contrato. Argumentó que, al menos en el caso de ventas cara a cara, “comparado con la compañía de tarjetas de crédito, el vendedor tiene mayor capacidad de controlar y prevenir el riesgo de engaño por parte de sus clientes. En otras palabras, el vendedor es el *portador superior de riesgo* en esta relación contractual.”⁶⁸ Después de un pequeño desacuerdo respecto al concepto de buena fe en el Código Civil de Brasil, la opinión directamente citó un pasaje del artículo de George Triantis, titulado “Distribución de Riesgo en los Contratos” que se encuentra en la *Enciclopedia del Derecho y Economía*, el cual describe a detalle el concepto del *portador superior de riesgo*. La opinión entonces concluyó, que “la asignación del riesgo al portador superior del riesgo es más eficiente desde un punto de vista económico porque este es el ente que puede evitar y mitigar el riesgo con menores costos.”⁶⁹

En otra de las decisiones relacionadas con un reclamo por daños en contra de una

compañía que había subcontratado sus servicios de transportación, el Juez Marcelo Banacchio de la Corte de Apelación del Estado de Sao Paulo cita el famoso opus de Cooter y Ulen para fundamentar su observación respecto a que en actividades comerciales una compañía “constantemente hace un balance de costos contra recursos para buscar ganancia, un ejemplo de esto es la subcontratación de alguna de sus actividades más importantes, y al hacer esto considera los costos marginales, dentro de los cuales se encuentra el pago por daños, dado por hecho que el nivel óptimo de actividad se dará cuando los costos preventivos sean más bajos que los pagos [esperados] del pago de los daños causados.”⁷⁰ Luego concluye que la compañía “no puede actuar en el mercado como si no existieran terceros, es por esto que debe considerar la posibilidad de daños y su internalización dentro del proceso productivo, es decir que si la actividad de subcontrato tal como la de este caso genera más pérdidas que ganancias, ciertamente [...] será descartada [por la compañía]”.⁷¹ Así mismo, en una opinión contestada que calificó como válido el procedimiento administrativo que invocaba únicamente al representante legal de la compañía (y no a todos sus socios, como requerido por los demandantes), la Juez Beretta da Silveira de la Corte de Apelación del Estado de Sao Paulo, declaró: “vale la pena recordar la doctrina del prominente académico del campo del Derecho y Economía, Richard Posner, la cual establece que uno debe considerar el balance costo/beneficio que involucra la toma de decisiones judiciales.”⁷²

Los jueces brasileños también se han referido expresamente a figuras prominentes del campo del *derecho y economía*. Al emitir el dictamen del valor de los daños que una compañía noticiera debía pagar, la Juez Nancy Andrighi del Tribunal Superior de Justicia, citó a Richard Posner y a Robert Bork para apoyar la premisa de que “al decidir publicar una difamación, [la compañía noticiera] toma en cuenta, por una parte

los daños a pagar que se establecen en la corte, y por otra, la ganancia esperada que tal publicación traerá.”⁷³ La Juez Andrighi luego concluyó que “al establecer los daños, el juez debe tomar en cuenta el ingreso de la compañía noticiera, porque de otra manera terminaría estimulando a aquellos que buscan maximizar sus ganancias a costa del detrimento de la sociedad en general.”⁷⁴ Nada podría ser más cercano a la noción dentro de la literatura del *derecho y economía* en la que el cálculo para la maximización de las ganancias de una compañía se ve influenciada por los pronósticos de sanciones legales y recompensas,⁷⁵ y que un Juez debe ser progresista al calibrar sus decisiones.⁷⁶

El autor Richard Posner es citado en numerosos fallos de otras Cortes. Al encontrar que el requisito de exclusividad impuesto por una cooperativa de doctores era ilegal bajo la ley de competencia de Brasil, el Juez del STJ Humberto Martins, examina el concepto de trabas comerciales al citar un extenso fragmento en inglés del clásico de Richard Posner *Análisis Económico del Derecho*.⁷⁷ Al rechazar el proceso de archivar la “acción rescisoria” (*ação rescisória*),⁷⁸ el Juez Osvaldo Cruz, de la Corte de Apelación del Estado de Rio Grande del Norte, hace referencia al trabajo de Ronald Coase y Richard Posner para argumentar que “el juez debe prestar atención a los incentivos e impedimentos económicos que producen los precedentes de las cortes.”⁷⁹ Los casos anteriores son más ilustrativos que exhaustivos. Es posible encontrar algunos otros fallos de la corte citando a académicos del campo del *derecho y economía* o que contienen referencias al “análisis económico del derecho” o al movimiento del “*derecho y economía*.”⁸⁰

IV. Los motores de la creciente demanda por un razonamiento económico en Brasil.

La sección previa reveló que el razonamiento económico no es algo extraño

para el sistema judicial de Brasil. Esto, sin embargo, no quiere decir que no hay jueces que ignoran por completo el pensamiento económico. Pero los distintos fallos que hemos documentado a lo largo del artículo, que implícitamente o explícitamente dependen de lecciones económicas para resolver problemas legales, son sorprendentes no solo a la luz de la sabiduría convencional, sino también por los obstáculos que se tiene que vencer para que estos argumentos puedan emerger: es decir, la escasa preparación económica a profundidad de la mayoría de los jueces de Brasil,⁸¹ la insuficiente impartición de la teoría del *derecho y economía* en las escuelas de derecho, la relativa escases de producción académica dentro del campo de *derecho y economía* en portugués, y la singularidad de estudios que aplican entendimientos económicos a problemas específicos del derecho en Brasil.

Nuestra hipótesis es que el derecho contemporáneo en Brasil es particularmente flexible ante el razonamiento económico por razones (i) ideológicas, (ii) políticas, y (iii) legales, que se relacionan y refuerzan mutuamente y sobre las cuales hablaremos a continuación.⁸²

A. *El motor ideológico: el surgimiento del progresismo.*

El primer motor es el surgimiento de la ideología progresista como el fundamento del estado moderno de Brasil. El progresismo — aquí entendido como la antítesis al conservadurismo⁸³ — es la ideología del progreso y desarrollo, que se basa en una fuerte creencia en la capacidad del ser humano de efectivamente alterar la realidad y mejorar la condición humana. En Brasil, el triunfo de Getulio Vargas marcó el inicio del progresismo como la ideología estatal dominante, siendo ésta una que recurre al “uso instrumental del derecho” como una herramienta para “la ingeniería social.”⁸⁴ Mientras

que el conservadurismo típicamente presupone la sabiduría inherente de las normas e instituciones existentes, el progresismo constantemente las pone a prueba.⁸⁵

El estado que acepta la misión de activamente ordenar y perfeccionar la sociedad — el estado regulatorio — es la encarnación institucional de la ideología progresista. La Constitución de Brasil de 1988 no es tímida respecto a sus ambiciones progresistas. El Artículo 3 enuncia explícitamente que “asegurar el desarrollo nacional”, “eliminar la pobreza y la marginalización, y reducir las desigualdades regionales y sociales,” así como “promover el bienestar de todos” son “objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil.”

El estado regulatorio de Brasil está significativamente involucrado en la búsqueda de una serie de políticas públicas y objetivos concretos — ya sea erradicar el analfabetismo o la reducción de contaminantes. La formulación e implementación de políticas públicas, en cambio, crean la necesidad de adaptar los instrumentos legales y las soluciones a los objetivos de obtener fines normativos concretos. Para lograr dicha tarea, las técnicas tradicionales del razonamiento legal — basadas exclusivamente en gramática, historia, lógica y coherencia interna — no son suficientes. Una vez que los *fines* legales se dan, el debate legal se torna a la cuestión de los medios apropiados para avanzar tales fines.

La controversia legal que involucra a la Ley 11,340 del 2006 (Lei Maria da Penha”) — un estatuto que, de acuerdo a su preámbulo, fue diseñado para crear “mecanismos para frenar la violencia doméstica y familiar en contra de las mujeres”— es un caso ilustrativo de este tipo de retos. El principal debate legal que se desarrolló en torno al estatuto no recaía en la legitimidad de sus objetivos (que eran bastante entendibles⁸⁶), sino en si los mecanismos que brinda el estatuto eran consistentes con dichos objetivos. En conformidad, el STF tuvo que decidir sobre la constitucionalidad

de la provisión estatutaria que condicionaba la acusación criminal del malhechor a la “representación” (a la demanda) de la víctima.

En un fallo dividido, la Corte decidió al final ceder una interpretación “de acuerdo a la Constitución” con el fin de permitir la acusación criminal de los infractores a pesar de la ausencia de un reclamo por parte de la víctima. La mayoría de la Corte tomó en consideración la común renuencia de las mujeres a presentar cargos en contra de sus esposos, y concluyó que la imposición del tal requisito efectivamente “eliminaría la protección constitucional que se le brinda a las mujeres,”⁸⁷ y así, obstaculizaría el objetivo principal de reducir la violencia doméstica. Contundentemente, el desacuerdo expresado en la opinión del Juez Cesar Peluso abordaba precisamente las presuntas *consecuencias concretas factuales* de mandar o dispensar la voluntad de la víctima — el tipo de inferencia que es común en las ciencias sociales, tales como la economía, pero ajena al razonamiento legal tradicional.⁸⁸ Una teoría del comportamiento — tal como aquella que ofrecen la economía y otras ciencias sociales — respecto a como los actores responden ante diferentes políticas y normas, es sumamente necesaria.

B. *El motor político: la emergencia del sistema judicial*

La creciente demanda por parte de los abogados y jueces de teorías del comportamiento humano es el resultado no sólo de la ocupación generalizada de políticas públicas por parte del estado regulador, sino también, y particularmente, por el creciente papel de las cortes en la formulación e implementación de dichas políticas. Desde 1988 el sistema judicial se trasladó de la periferia al centro del poder político en Brasil.⁸⁹ Siguiendo la redemocratización, el STF tomó el papel de árbitro de los grandes conflictos políticos e institucionales del país, una función que era ejecutada previamente por las fuerzas armadas. Oscar Vilhena Viera hábilmente llamó el régimen actual del

país una “supremocracia.”⁹⁰

La tendencia global a ampliar el poder de la rama judicial tomó una configuración particularmente extrema en Brasil. Los medios para la revisión judicial de la legislación—que se podría decir, es el principal mecanismo de la Corte para interferir en la elaboración de políticas—son excepcionalmente amplios. Mientras que la gran mayoría de las jurisdicciones adoptan modos concentrados o difusos de revisión judicial (esto es, cuando reconocen revisiones judiciales *ex post* en conjunto),⁹¹ el derecho brasileño contempla ambas formas de objeciones constitucionales a la legislación.⁹² Éste sistema híbrido, combinado con una Constitución⁹³ larga, detallada y ambiciosa, permiten un enorme margen para el protagonismo judicial.

Esta reciente prominencia de la rama judicial en la elaboración de políticas públicas no ha pasado inadvertida, sino que ha desencadenado innovaciones relacionadas con el diseño institucional. La ley 9,868 de 1999 que regula el procedimiento de la revisión judicial concentrada, es innovadora por el hecho de que permite que el STF invoque “audiencias públicas” (*audiências públicas*) para escuchar “los testimonios de las personas con experiencia y pericia en la materia.” Al admitir audiencias públicas ante la Corte — una herramienta para la recolección de información y rendición de cuentas, característica de las áreas tradicionales de elaboración de políticas, tales como la legislatura y agencias administrativas — el estatuto enfatiza y fortalece al mismo tiempo el papel de la Corte para moldear políticas públicas.

En efecto, esta función nunca ha sido más explícita. Rompiendo con la separación tradicional de poderes⁹⁴ y con las concepciones arquetípicas del papel de la Corte en jurisdicciones de derecho civil, el STF tiene el poder constitucional de emitir “declaraciones vinculantes” (súmulas vinculantes) que se deben seguir en las Cortes bajas y en otras ramas del gobierno y de elegir casos basándose en lo que podrían ser

sus “repercusiones generales.”⁹⁵ La ley 11,418 del 2006 define “repercusiones generales” como “las preguntas generales desde un punto de vista económico, político, social y legal que trascienden los intereses subjetivos del caso.”⁹⁶ No sorprende que después de que la legislatura explícitamente pidió tomar en cuenta consideraciones económicas al momento de emitir los fallos, el STF accedió.

C. *El motor legal: la estructura cambiante del derecho*

Finalmente, el papel principal del sistema judicial en la creación de políticas, no opera dentro de un vacío legal. Por el contrario, no debe sorprender que dentro de un régimen legal, el fortalecimiento del poder judicial estuvo acompañado de cambios en la estructura de normas legales. Estos cambios, crearon una necesidad de usar el razonamiento económico en dos sentidos: incorporando directamente consecuencias económicas al contenido legal de las normas, y condicionando la aplicación de cierto régimen legal a lo atractivo de sus consecuencias.

En su forma canónica, una norma legal contiene tanto una descripción de un hecho (pasado) y sus consecuencias legales. El artículo 121 del Código Penal de Brasil ofrece un ejemplo representativo: “Matar a alguien. Pena: encarcelamiento de seis a veinte años.” El razonamiento económico puede ser útil al determinar si una norma como esta es deseada *antes* de su aplicación por la legislatura, pero juega, en el mejor de los casos, un papel modesto en la sentencia concreta. Las principales tareas del ejecutivo son de naturaleza interpretativa y evidencial: delinear el significado del uso de palabras en la sentencia (por ejemplo: ¿Cuál es el significado de *matar*? ¿Cuál es el significado de *alguien*?) y determinar si el *hecho* descrito en abstracto a partir de ese momento se ha materializado (esto recurriendo a procedimientos estándares de evidencia). A pesar de que las normas que se adhieren a este tipo de estructura todavía existen — y de hecho deben de seguir existiendo — un gran número de comandos

legales siguen un modelo distinto, mucho más conductivo al pensamiento económico.

Primeramente, hay una mayor incidencia de normas legales que prescriben sanciones que en vez de aplicar invariablemente hechos del pasado, serán aplicables o no dependiendo de las posibles *consecuencias* de los hechos. Esta última técnica se ha convertido en el distintivo de la Ley Antimonopolio, la cual se originó en Estados Unidos y rápidamente se propagó a otras jurisdicciones, incluyendo Brasil. En lugar de las llamadas normas *per se* (que seguían la estructura clásica legal de asignar sanciones a algunas descripciones fácticas predeterminadas), virtualmente todos los conductos que reciben el escrutinio de la ley de competencia ahora están sujetos a lo que en Estados Unidos se conoce como el estándar de “la regla de la razón” y que en Europa se conoce por la categoría más descriptiva del “análisis basado en los efectos.”⁹⁷

El cambio reciente en el tratamiento legal de la práctica comercial del mínimo “mantenimiento del precio de reventa” en la distribución de acuerdos en los Estados Unidos ilustra este punto. Mientras que el acuerdo de práctica solía ser ilegal en cualquier circunstancia, ahora está sujeto a la ley de la razón, lo cual significa que la restricción será permitida o no, dependiendo de un análisis del caso específico respecto a si sus efectos son pro o anticompetitivos.⁹⁸ El análisis económico por lo tanto, se convierte en una herramienta esencial en la aplicación de dichas normas, dado que los métodos tradicionales de interpretación son poco útiles para definir los efectos de cualquier conducta sobre el mercado.

Segundo, y de mayor importancia, los límites y métodos de la aplicación de los principios legales también emanan de la norma canónica. Es un hecho bien sabido que los principios legales, al contrario de las normas legales, han sido incrementalmente importantes en la adjudicación de disputas legales en Brasil y en otras partes.⁹⁹ Pero las normas y los principios legales tienen una estructura marcadamente diferente. Mientras

que las normas legales son reglas que “inmediatamente describen el comportamiento,” los principios legales son reglas que “en vez de describir el comportamiento, establecen un “estado ideal de las cosas” (es decir, un objetivo) de cuya realización implica la adopción de ciertos comportamientos.”¹⁰⁰ Bajo la influyente definición de Robert Alexy, los principios legales son “mandatos de optimización” es decir, reglas que dirigen la realización de un valor u objetivo en su máxima extensión posible dentro de ciertos límites legales y fácticos.¹⁰¹

De acuerdo a la tradición Germánica, la prueba más popular para dirimir conflictos entre principios legales en Brasil es aquella de “proporcionalidad.” La aplicación de la prueba de proporcionalidad, incorpora a la toma legal de decisiones elementos que tradicionalmente se veían como “no legales”, ya que pertenecen a las posibles consecuencias fácticas de diferentes regímenes. En su formulación convencional, la proporcionalidad necesita que el tomador de decisiones analice distintas dimensiones del régimen en cuestión: (i) su *pertinencia* (¿es que los medios promueven los fines?), (ii) *necesidad* (entre todos los medios disponibles igualmente aptos para promover el fin, ¿es que hay otros medios que son menos restrictivos a los derechos fundamentales que se vieron afectados?), y (iii) *proporcionalidad en el sentido estricto* (¿es que las ventajas relacionadas con la promoción del fin tienen mayor importancia que las desventajas que implica la adopción de los medios en cuestión?).¹⁰² En un importante número de casos, dar respuesta a las preguntas de la prueba de proporcionalidad requiere de un estilo de razonamiento que es fundamentalmente diferente de meras tareas interpretativas y deductivas. También, en ocasiones, tiende a recurrir a una teoría del comportamiento humano para pronosticar si es que una medida es adecuada o necesaria para promover los fines.

En suma, la aplicación de una norma legal canónica requiere de la determinación

de si un hecho ha ocurrido o no, dejando generalmente poco espacio para el análisis económico en su adjudicación. Las normas basadas en el efecto, en contraste, condicionan la aplicación de sanciones legales en un veredicto respecto a las consecuencias fácticas más probables de cierto hecho o conducta — una inferencia que hecha desde el razonamiento económico es sumamente útil, si no es que simplemente indispensable. La aplicación de principios legales, entonces, depende de la evaluación de las posibles consecuencias fácticas, no de un hecho, sino de la aplicación de la norma en sí.

Para ponerlo en diferentes palabras, esto significa que la característica distintiva del sistema legal, frente a otros sistemas legales — enfocarse en decidir entre lo que es legal y lo que es ilegal¹⁰³ — ya no puede ser abordado apelando a la interpretación puramente legal o teórica de las normas legales. Juicios probabilísticos respecto a los posibles efectos de los distintos regímenes del derecho se han vuelto cada vez más indispensables. Éstas, en cambio, son preguntas empíricas para las cuales el derecho no brinda ninguna evidencia por sí solo — pero respeto al cual, las ciencias sociales pueden ser de considerable ayuda.

En otras palabras, las presuntas consecuencias de uno u otro régimen legal determinarán finalmente, el peso que se le da a los distintos principios en el caso específico. En este contexto, es particularmente útil recurrir a lecciones de las ciencias sociales — incluyendo, pero no limitándose a la economía — para evaluar los posibles efectos de los diferentes regímenes legales con un mínimo grado de racionalidad.

V. Conclusión

El presente trabajo mostró que la conjetura convencional de que el razonamiento económico está ausente de la práctica del derecho en Brasil, es equivocada. Los jueces

de Brasil comúnmente y abiertamente utilizan conceptos prestados de la economía para pronosticar las posibles consecuencias de algunos eventos o normas, cuando un pronóstico como tal es requerido por las normas legales relevantes. De esta manera, la economía está al servicio del derecho, y no al contrario. Consecuentemente, es imposible aseverar que el Sistema Jurídico de Brasil está sometido al temido proceso de “colonización” intelectual por la economía de ninguna manera significativa.

Ni tampoco, que las Cortes en Brasil se han sometido a un proceso de colonización ideológica. Cualquiera que sean los méritos de la aseveración del que el campo del *derecho y economía* tiene un sesgo conservador, el caso de Brasil resalta el potencial de utilizar la economía para promover objetivos progresistas también. Al menos en el contexto brasileño, la economía trabaja más como un cuchillo (que corta en ambos lados) que como una plataforma retórica inexorablemente vinculada a una agenda política específica.

Ciertamente, no intentamos articular el lugar preciso del razonamiento económico dentro del discurso legal, un tema profundamente filosófico que excede por mucho los objetivos de este trabajo. Y tampoco nos adentramos en la compleja relación entre el uso del razonamiento legal y la calidad resultante de los fallos legales. En cambio, concluimos reflexionando brevemente sobre las implicaciones de nuestros hallazgos en la enseñanza del derecho y la academia jurídica.

Si como sugerimos anteriormente, el uso del razonamiento económico como parte de un análisis legal es una función de la amplia transformación en el carácter y operación del sistema legal de Brasil, nos parece entonces, que la demanda de trabajos académicos en el campo del *derecho y economía* esta aquí para quedarse. Y dado que el papel tradicional de la academia jurídica en países con Derecho Civil es el de explicar y auxiliar en la aplicación de la ley, esperamos ver un incremento correspondiente en la

búsqueda de estudios en el campo del *derecho y economía* por parte de la academia jurídica, tanto en el ámbito de la investigación, como en el de la enseñanza.

Finalmente, no tenemos motivos para creer que los factores ideológicos, políticos y legales que han incrementado la demanda de conocimiento del campo de *derecho y economía* por las cortes son exclusivos al caso de Brasil. Es por ello que podemos especular que no es únicamente en Brasil en donde los analistas han estado buscando en los lugares equivocados al realizar sus aparentemente infructíferas búsquedas de la integración del análisis económico al derecho. Esto sugiere que el futuro del campo de *derecho y economía* en jurisdicciones de derecho civil yace generalmente en el entendimiento de que esta línea de investigación es consistente con la vocación tradicional de los juristas civiles por producir trabajos que sean instrumentales en la aplicación del derecho.

¹ Nota de traducción: Para fines de este artículo se utilizará la traducción directa del concepto *Derecho y Economía*, tal como la que se hizo en la traducción del libro “Derecho y Economía” de Robert Cooter y Thomas Ulen por el Fondo de Cultura Económica, 2008. Se hace referencia a la corriente legal que aplica el instrumental metodológico de la teoría económica, mejor conocida como “*law and economics*”, y que en algunos casos se traduce como “Análisis Económico del Derecho” (AED). Traducción realizada por Marisol Ruiz Celorio.

* Profesora en Derecho, Escuela de Derecho Fundación Getulio Vargas (Direito GV); Profesora Asociada de Derecho, Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York.

^x Profesor en Derecho, Escuela de Derecho Fundación Getulio Vargas (Direito GV).

³ La relevancia del campo del *derecho y economía* en los Estados Unidos ha sido ampliamente reconocida tanto por sus simpatizantes, como por sus críticos. Véase, por ejemplo, ROBERT COOTER Y THOMAS ULEN, *LAW AND ECONOMICS* 2-3 (5ta ed. 2007) (“la economía ha cambiado la naturaleza de la

academia jurídica, el entendimiento común de las reglas e instituciones legales, e incluso la práctica de la ley”); y Anthony T. Kronman, *Remarks at the Second Driker Forum for Excellence in the Law*, 42 WAYNE L. REV. 115, 160 (1995) (“[derecho y economía] continúa siendo la escuela de jurisprudencia más influyente en este país”). La importancia de *derecho y economía* también ha sido documentada cuantitativamente. Véase, por ejemplo, William M. Landes y Richard A. Posner, *The Influence of Economics on Law: A Quantitative Study*, 36 J.L. y ECON. 385 (1993); y Fred R. Shapiro, *The Most-Cited Law Review Articles Revisited*, 71 CHI.-KENT L. REV. 751 (1996).

⁴ Ugo Mattei, *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*, 42 AM. J. COMP. L. (2004).

⁵ El fenómeno es de tal fuerza que los prestigiosos archivos franceses Archives de Philosophie du Droit dedicaron por completo su volumen número 45 a este tema en 2001.

⁶ EJAN MACKAAY, LAW AND ECONOMICS FOR CIVIL LAW SYSTEMS 26 (2013) (“En Europa continental, la recepción [del *derecho y economía*] llegó después, sin duda por las diferencias en el idioma y en el sistema legal”). Para un estudio que reporta el lento desarrollo del *derecho y economía* fuera de los Estados Unidos, ver ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS (Boudewijn Bouckaert y Gerrit DeGeest eds. 2000) [de aquí en adelante “Encyclopedia of Law and Economics”]. Y véase Ben Depoorter y Jef Demot, *The Cross-Atlantic Law and Economics Divide: A Dissent*, 2011 U. ILL. L. REV. 1593 (“la brecha entre los Estados Unidos y Europa respecto al desarrollo del *derecho y economía* ha sido ampliamente exagerada”), Carole M. Billiet, *Formats for Law and Economics in Legal Scholarship: Views and Wishes from Europe*, 2011 U. ILL. L. REV. 1485 (“la cantidad de material europeo internacionalmente visible respecto al campo de *derecho y economía* no es completamente representativo de su producción total”) y Hans-Bernd Schafer, *Law and Economics in Germany*, Eur. Ass’n L. & Econ. (Mayo 30, 2009), <http://ealeorg.blogspot.com/2009/05/third-in-series-on-development-of-law.html> (“los autores escriben en su idioma nacional y publican en revistas de derecho nacionales”).

⁷ Véase Kristoffel Grechenig y Martin Gelter, *The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism*, 31 HASTINGS INT’L & COMP. L. REV. 295 (2008); Juan Javier del Granado y M. C. Mirow, *The Future of the Economic Analysis of Law in Latin America: A Proposal for Model Codes*, 83 CHI.-KENT L. REV. 293 (2008); and Christian Kirchner, *The Difficult Reception of Law and Economics in Germany*, 11 INT’L REV. L. & ECON. 277 (1991).

⁸ Catherine Valcke, *The French Response to the World Bank’s Doing Business Reports*, 60 U. Toronto L. J. 197, 200 (2010).

⁹ Dennis W.K. Khong, *On Training Law and Economics Scholarship in the Legal Academia*, 1 Asian J. L. & Econ. (2010).

¹⁰ Robert Cooter & James Gordley, *Economic Analysis in Civil Law Countries: Past, Present, Future*, 11 Int’l Rev. L. & Econ. 261, 262 (1991).

¹¹ Richard Posner, *The Future of the Law and Economics Movement in Europe* 17 Int’l Rev.L. & Econ. 3 (1997).

¹² Nuno Garoupa y Thomas S. Ulen, *The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and the United States*, 59 ALA. L. REV. 1555 (2008); Oren Gazal-Ayal, *Economic Analysis of Law in North America, Europe and Israel*, 3 REV. L. & ECON. 485, 486-487 (2007); J. Mark Ramseyer, *Law and Economics in Japan*, 2011 U. ILL. L. REV. 1455.

¹³ Nuno Garoupa, *The Law and Economics of Legal Parochialism*, 2011 U. ILL. L. REV. 1517.

¹⁴ Ugo Mattei y Roberto Pardolesi, *Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*, 11 INT’L REV. L. & ECON. 265, 273 (1991). Véase Roberto Pardolesi y Giuseppe Bellantuono, *Italy*, en ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS (“los obstáculos a los que se enfrenta el análisis económico del derecho nacen de una confusión tanto del entendimiento sobre el método económico como del método comparativo”).

¹⁵ J. Mark Ramseyer, *Law and Economics in Japan*, 2011 U. ILL. L. REV. 1455.

¹⁶ Kenneth G. Dau-Schmidt y Carmen L. Brun, *Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe*, 44 COLUM. J. TRANSNAT’L L. 602, 616 (2006).

¹⁷ Id. en 604 (“El impacto del análisis económico del derecho en la legislación Europea y en decisiones de las cortes ha sido insignificante”). Pero véase Keith Kendall, *The Use of Economic Analysis in Court Judgments: A Comparison between the United States, Australia and New Zealand*, 28 UCLA PAC. BASIN L. J. 107 (2011) (“El sistema judicial de Nueva Zelanda ha demostrado una actitud mucho más receptiva...reconocidos miembros han apoyado abiertamente la idea de que las cortes utilicen el razonamiento económico al resolver disputas legales”).

¹⁸ La Asociación Brasileña de Derecho y Economía (ABDE) ya ha presidido seis reuniones anuales. Hay al menos tres libros introductorios en el campo de *derecho y economía*. Existen también, varias traducciones al portugués de literatura relevante al tema, así como numerosos artículos, libros y tesis

académicas que emplean abiertamente razonamientos y principios económicos. Hay una revista jurídica dedicada exclusivamente al campo de *derecho y economía*. Al menos dos Facultades de Derecho ofrecen un curso introductorio obligatorio para estudiantes universitarios en el tema de *derecho y economía*. A su vez, en distintos estados del país existen repartidos grupos de investigación en el campo de *derecho y economía* así como asociaciones en torno al mismo.

¹⁹ Véase, por ejemplo, DECIO ZYLBERSZTAJN y RACHEL SZTAJN, *DIREITO & ECONOMIA* vii (2005), p. vii (“El campo de la Economía del Derecho, cuyo alcance se ha expandido para incluir el campo de organizaciones, se encuentra muy poco desarrollado en Brasil. Excepto por el área de competencia, muchos de los otros temas (...) son prácticamente ignorados”); ARMANDO PINHEIRO y JAIRO SADDI, *DIREITO, ECONOMIA E MERCADOS* xxv (2006) (“el movimiento de *Derecho y Economía*, establecido en Estados Unidos y Europa, se ha enfrentado a una fuerte resistencia en Brasil, especialmente por la falta de un adecuado entendimiento de ciertos paradigmas, y porque se percibe como “algo de los gringos” dado que proviene de un régimen de Derecho Consuetudinario y perpetúa el común error por el cual se asume que sólo los países con este tipo de régimen legal pueden implementar la herramienta del *derecho y economía* en sus procesos”); Luciano Benetti Timm, *Lições do Nobel de Economia para o Direito*, *VALOR ECONÓMICO*, Nov. 27, 2009 (“es bien sabido que nuestros juristas, conocedores del latín y del francés, se rehúsan solemnemente a adoptar sugerencias provenientes del sistema legal anglo-americano (Derecho consuetudinario), así como cualquier teoría económica y legal que se originen en el idioma inglés”).

²⁰ MAX WEBER, *ECONOMY AND SOCIETY* 655-6, 883 (Guenther Roth y Clauss Wittich eds., Ephraim Fischhoff et al. trans., 1978) (“Es posible decir que el factor económico ha tenido una influencia indirecta únicamente”; “las condiciones económicas han jugado [...] en todas partes, un papel muy importante, pero en ningún lugar han sido decisivas por sí solas”).

²¹ Véase, por ejemplo, TULLIO ASCARELLI, *PANORAMA DO DIREITO COMERCIAL* 22 (1947) (explicando la emergencia de un cuerpo separado de ley comercial en respuesta a la insuficiencia del derecho romano-canónico a las exigencias económicas del sistema capitalista).

²² Posner atribuye el desarrollo del *derecho y economía* en los Estados Unidos en gran medida a la “curiosa fascinación norteamericana ante el monopolio.” Richard Posner, *The Future of the Law and Economics Movement in Europe*, 17 *INT’L REV. L. & ECON.* 3, 4 (1997). El campo mismo del Derecho Antimonopolio, sin embargo, fue un fenómeno relativamente tardío en las jurisdicciones del derecho civil.

²³ Código Civil de Brasil, Art. 117 (Excepto si se autoriza por ley o por el principal, el contrato que el abogado, en su interés o en el de quien representa, celebra consigo mismo, es anulable”). La lógica económica detrás de esta provisión es muy simple: la suposición es que un abogado egoísta favorecería sus propios intereses sobre aquellos del principal; como resultado, la ley ofrece por default una norma que presuntamente sería deseada por todas las partes —aquella que prohíbe al abogado actuar en una transacción en conflicto.

²⁴ Esto no es sugerir que el uso del razonamiento económico en las cortes como aquí lo describimos no existe en los Estados Unidos. Ciertamente existe, y de hecho fue el precedente del movimiento de *derecho y economía* (Véase, por ejemplo, los Estados Unidos vs. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947), en donde el Juez Learned Hand presentó la famosa fórmula que utiliza consideraciones de costo para establecer negligencia). Desde el origen del movimiento de *derecho y economía*, el uso de argumentos económicos en la Corte ha florecido, moldeando de manera decisiva el desarrollo de múltiples campos del derecho. Véase, por ejemplo, Posner & Landes, *supra* nota 3, en 386-7 (“el énfasis económico es evidente al momento de calcular daños por agravio, contractuales, de valores e incluso de mitigación en casos de divorcio. (...) los jueces son cada vez más receptivos a los argumentos económicos”); Roberta Romano, *After the Revolution in Corporate Law*, 55 *J. LEGAL EDUC.* 342 (2005) (describe el impacto de la teoría económica y financiera en el desarrollo del Derecho Corporativo y de Valores).

²⁵ RICHARD POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* XIX (6ta ed. 2003).

²⁶ Véase, por ejemplo, Kronman, *supra* nota 3, en 161 (denuncia el “inherente instinto imperial” en el *derecho y economía*, en donde el caso está ahí para servir a la teoría y no al revés”).

²⁷ Uno debe recordar que esta es una definición más amplia en la práctica del *derecho y economía* de aquella que tradicionalmente se utiliza por los académicos que investigan la recepción del *derecho y economía* fuera de los Estados Unidos. Por ejemplo, en un artículo ampliamente citado, Garoupa y Ulen consideran el *derecho y economía* como la aplicación de la economía a áreas del derecho que son obviamente no económicas. Garoupa & Ulen, *supra* nota 12, en 1567-8 (“para propósitos personales, adoptamos la definición que se nos sugirió informalmente por el profesor Louis Kaplow: ‘*derecho y*

economía’ es la aplicación del análisis económico a cualquier área del derecho excepto aquellas en donde la aplicación sería evidente”).

²⁸ Para más respecto a este tema véase Ugo Mattei y Roberto Pardolesi, *Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*, 11 INT’L REV. L. & ECON. 265, 274 (1991) (pronostican correctamente que la eficiencia distributiva no sería necesariamente la “estrella polar” de la práctica y estudio del *derecho y economía* dentro de la tradición del derecho civil).

²⁹ Para la formulación actual de esta ley bajo el Código Civil de Brasil, véase artículos 402, 403 y 927 del Código Civil de Brasil.

³⁰ El S.T.J. es la Corte de última instancia en la interpretación de Ley Federal en Brasil. Junto con la Ley Constitucional, la Ley Federal representa la gran parte del sistema legal de Brasil.

³¹ S.T.J., Resp No. 771.787, Órgão Julgador: 2a. Turma, Relator: Otávio de Noronha, 15.04.2008, S.T.J. (Braz.).

³² El libro que se citó fue VASCO RODRIGUES, *ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO* 24 (2007).

³³ S.T.J., Resp No. 771.787, Órgão Julgador: 2a. Turma, Relator: Otávio de Noronha, 15.04.2008, S.T.J. (Braz.), p. 19.

³⁴ S.T.F., ADI No. 1.194-4, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 20.05.2009, S.T.F.J. (Bras.).

³⁵ *Id.* (como en el caso en el que el Juez Mendes concluyó que el requisito de revisar los documentos constitucionales de una persona legal a manos de un abogado no reducía el número de errores, y que, en su opinión, hacía el mandato inconstitucional).

³⁶ Le agradecemos a Diego Werneck Arguelhes por traer este caso a nuestra atención en uno de los almuerzos SELA en la Ciudad de México. Véase Diego Werneck Arguelhes, *Argumentos consequencialistas e Estado de direito: subsídios para uma compatibilização* (2005) www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Diego%20Werneck%20Arguelhes.pdf (tomamos este ejemplo para mostrar cómo un argumento puede ser simultáneamente consecuencialista y estrictamente legal).

³⁷ S.T.F., ADI No. 1.946, Relator: Ministro Sydney Sanches, 03.04.2003, S.T.F.J. (Bras.).

³⁸ *Id.*

³⁹ Compare Gary Becker, *A Theory of Marriage*, 81 J. POL. ECON. 813 (1973) (quien argumenta que la eficiencia económica depende de la especialización de las mujeres en el trabajo doméstico) con Edward J. McCaffery, *Slouching Towards Equality: Gender Discrimination, Market Efficiency, and Social Change*, 103 YALE L. J. 595 (1993) (apoyando el argumento de la eficiencia a favor de la participación de las mujeres en la fuerza laboral).

⁴⁰ Ley Núm. 8,009 de 1990.

⁴¹ *Id.*, Art. 3.

⁴² S.T.F., RE No. 407.688-8, Relator: Ministro Cezar Peluso, 08.02.2006, S.T.F.J. (Bras.).

⁴³ *Id.*

⁴⁴ S.T.F., Rcl. No. 4.374, Relator: Ministro Gilmar Mendes, 18.04.2013, S.T.F.J. (Bras.).

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ S.T.F., ADI No. 4.425, Relator: Ministro Luiz Fux, 16.03.2013, S.T.F.J. (Bras.).

⁴⁷ S.T.F., AgRg No. 5.206-7 Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 12.12.2001, S.T.F.J. (Bras.).

⁴⁸ S.T.F., ADI No. 1.194-4, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 20.05.2009, S.T.F.J. (Bras.).

⁴⁹ S.T.F., RE No. 422.941, Relator: Carlos Velloso, 06.12.2005, S.T.F.J. (Bras.).

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ S.T.F., ADI No. 4.167, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 27.04.2011, S.T.F.J. (Bras.).

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ José Reinaldo Lima Lopes, *Raciocínio Jurídico e Economia*, 8 REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA – RDPE 137,146-147 (2011).

⁵⁸ Ley Núm. 8,987 of 1995.

⁵⁹ Ley Núm. 8,078 of 1990.

⁶⁰ S.T.J., Resp Núm. 363.943, Órgão Julgador: Primeira Seção, Relator: Humberto Gomes de Barros, 10.12.2003, S.T.J.J. (Bras.).

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

⁶³ Este es un argumento muy conocido dentro de la literatura del *derecho y economía*. Véase, por ejemplo, Richard Craswell, *Passing On the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-*

Seller Relationships, 43 STAN. L. REV. 361 (1990-1991) (para una discusión más sofisticada respecto a este punto).

⁶⁴ S.T.J., Resp No. 1.232.795, Órgão Julgador: 3a. Turma, Relatora: Nancy Andrighi, 02.03.2013, S.T.J.J. (Bras.).

⁶⁵ S.T.F., ADI No. 2.340, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Voto: Gilmar Mendes, 06.03.2013, S.T.F.J. (Bras.).

⁶⁶ S.T.F., RE 405.579, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 01.12.2010, S.T.F.J. (Bras.).

⁶⁷ S.T.F., ADI No. 3.510, Relator: Ministro Cezar Peluso, Voto: Cezar Peluso, 29.05.2008, S.T.F.J. (Bras.) (también argumentando que el “gran riesgo es que los Comités de Ética e Investigación se vean subordinados y se conviertan en agentes de instituciones, en vez de mantener la necesaria autonomía e independencia . La alineación de intereses, en este caso, sería dañina para todo el sistema”).

⁶⁸ T.J.S.P., Ap. Civ. No. 0202965-46.2009.8.26.0100, Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado, Relator: Des. Andrade Marques, 31.01.2013 (Bras.).

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ T.J.S.P., Ap. Civ. No. 954.795-0/3, Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado, Relator: Des. Marcelo Banacchio, 13.02.2007 (Bras.).

⁷¹ *Id.*

⁷² T.J.S.P., Ap. Civ. No. 629.521-4/9-00, Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado, Relator: Des. Beretta da Silveira, 28.04.2009 (Bras.).

⁷³ S.T.J., Resp No. 355.392, Órgão Julgador: 3a. Turma, Relatora: Nancy Andrighi, 26.03.2002, S.T.J.J. (Bras.).

⁷⁴ *Id.* La Juez Andrighi también citó a la Corte Suprema de Estados Unidos al dar su opinión, específicamente el caso de *New York Times Co., v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964).

⁷⁵ Véase por ejemplo, Herbert Hovenkamp, *Rationality in Law & Economics*, 60 GEO. WASH. L. REV. 293 (1992).

⁷⁶ Véase, por ejemplo, RICHARD POSNER, *OVERCOMING LAW* 4 (1995).

⁷⁷ S.T.J., Resp No. 1.172.603, Órgão Julgador: 2a. Turma, Relator: Humberto de Martins, 04.03.2010, S.T.J.J. (Braz.).

⁷⁸ Bajo el derecho brasileño, la “ação rescisória” es una demanda que, en circunstancias excepcionales puede ser archivada para retar un dictamen final inapelable. Véase art. 485 de la Código de Procedimiento Civil de Brasil.

⁷⁹ T.J.R.N. Ag.Rg. No. 2010.008686-7/0001.00, Relator: Des. Osvaldo Cruz, 02.03.2011 (Bras.).

⁸⁰ T.J.P.R., RI No. 2012.0001633-0/0, Órgão Julgador: Turma Recursal, Relator: Des. Gustavo Tinoco de Almeida, 26.07.2012 (Bras.); T.J.S.P., ED. No. 0112359-50.2008.8.26.0053/50000, Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público, Relator: Des. Fermino Magnani Filho, 17.09.2012 (Bras.); y T.J.S.P., Ap. Civ. No. 450.057-4/1-00, Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado, Relator: Des. Elcio Trujillo, 13.09.2006 (Bras.).

⁸¹ Esto se da a pesar de que se imparte de manera obligatoria un curso introductorio en economía en todas las Escuelas de Derecho de Brasil, como lo exige el art. 5, I, de la Resolución Núm. 9/04 que estableció el Consejo Nacional de Educación. De hecho, un curso de economía política ha sido parte del currículo de las escuelas de derecho desde mediados del siglo diecinueve en Brasil, (como lo explica la Opinión CNE/CES No. 211/04). La evidencia anecdótica, sin embargo, sugiere que siempre han existido distintas maneras en las que estos cursos de economía se imparten, desde discusiones bastante estructuradas de la economía política, hasta discusiones muy superficiales cuasi-filosóficas de la relación entre derecho e ideología.

⁸² Desarrollamos una versión temprana de este argumento en Mariana Pargendler y Bruno Salama, *Direito e Consequência no Brasil: Em Busca de um Discurso sobre o Método*, 262 REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO 95 (2013).

⁸³ Para fines de este trabajo, el término “conservadurismo” puede entenderse como una ideología posicional en contra del desmantelamiento de las instituciones existentes (a diferencia del idealismo, que brinda perspectivas específicas respecto a como es que la sociedad debe organizarse.) Véase Samuel P. Huntington, *Conservatism as an Ideology*, 51 AM. POL. SCI. REV. 454, 468 (1957).

⁸⁴ Véase José Reinaldo Lima Lopes, *Regla y Compás, Metodología para un Trabajo Jurídico Sensato*, en ENSAYOS SOBRE METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA 41, 44 (Christian Courtis ed., 2006).

⁸⁵ Es importante notar que en Estados Unidos, el surgimiento del progresismo ha estado caracterizado como antagónico al *derecho y economía*. Véase Herbert Hovenkamp, *Knowledge About Welfare: Legal Realism and the Separation of Law and Economics*, 84 MINN. L. REV. 805, 810 (2000) (“el pensamiento legal progresista de 1925 a 1960 se caracteriza por una separación sin precedentes del derecho y la economía”); y *The Mind and Heart of Progressive Legal Thought*, 81 IOWA L. REV. 149 (1995).

⁸⁶ Las excepciones prueban la regla. Un juez de una corte baja que declaró el estatuto inconstitucional por privar a los hombres de los métodos tradicionales de control a las mujeres—argumentando que “el mundo es, y debe continuar siendo, masculino”—fue sancionado por el Consejo Nacional de Justicia (*Conselho Nacional de Justiça* – CNJ). La convicción fue luego revertida por el STF. S.T.F., MS 30.320, Relator: Ministro Marco Aurélio, 28.02.2011, S.T.F.J. (Bras.).

⁸⁷ S.T.F., ADI No. 4.424, Relator: Ministro Marco Aurélio, 09.02.2012, S.T.F.J. (Bras.), como se resume en la página de internet del STF, <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853&caixaBusca=N>. La versión final del fallo no se había publicado cuando se terminó este artículo.

⁸⁸ *Id.* Notablemente, la opinión disidente del Juez Peluso hacía referencia específicamente a “los estudios de algunas entidades de la sociedad civil y también al Instituto de Investigación de Economía Aplicada (IPEA)” y también a “varios elementos tomados de personas de los campos de la sociología y las relaciones humanas,” incluyendo “audiencias públicas que presentaron datos justificando la [relevante] concepción de la demanda criminal.”

⁸⁹ MATTHEW M. TAYLOR, JUDGING POLICY: COURTS AND POLICY REFORM IN DEMOCRATIC BRAZIL (2008); Marcos Paulo Verissimo, *A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à Brasileira,”* 4 REVISTA DIREITO GV 407 (2008) (la Constitución de 1988 “ha transformado [al Tribunal Supremo de Justicia] en uno de los actores políticos más importantes del país”).

⁹⁰ Oscar Vilhena Vieira, *Supremocracia,* 4 REVISTA DIREITO GV 441 (2008).

⁹¹ TOM GINSBURG, JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES 7-8 (2003).

⁹² Para un repaso en inglés, véase Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira, *Reforming the Brazilian Supreme Court: A Comparative Approach,* 5 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 99 (2006); y Stephen Zamora, *Judicial Review In Latin America, Judicial Review In Latin America,* 7 SW. J. L. & TRADE AM. 227 (2000).

⁹³ Carlos Portugal Gouvêa, *The Managerial Constitution: The Convergence of Constitutional and Corporate Governance Models* (artículo en progreso, 2013), <http://ssrn.com/abstract=2288315>.

⁹⁴ Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers,* 113 HARV. L. REV. 633 (2000).

⁹⁵ Art. 543-A, §3º and §7º del Código de Procedimiento Civil de Brasil.

⁹⁶ Art. 2, que introduce al Art. 543-A al Código de Procedimiento Civil (énfasis propio).

⁹⁷ Damien Geradin & Caio Mario da Silva Pereira Neto, *For a Rigorous “Effects-based” Analysis of Vertical Restraints Adopted by Dominant Firms: A Comparison of EU and Brazilian Competition Law,* 9 COMPETITION POL’Y INT’L 1-16 (2013).

⁹⁸ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.,* 551 U.S. 877 (2007) (abrogando el sólido precedente *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.,* 220 U.S. 373 (1911), de acuerdo al cual las restricciones del precio mínimo vertical eran ilegales per se.)

⁹⁹ Alec Stone Sweet y Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism,* 47 COLUM. J. TRANSNAT’L L. 72, 112 (2008); David S. Law, *Generic Constitutional Law,* 89 MINN. L. REV. 652, 687 (2005); HUMBERTO ÁVILA, *TEORIA DOS PRINCÍPIOS* 15-16 (2005). Véase también Moshe Cohen-Eliya y Iddo Porat, *Proportionality and the Culture of Justification,* 59 AM. J. COMP. L. 463 (en relación al aumento de exámenes de proporcionalidad en el mundo entero como un cambio de la cultura autoritaria hacia la cultura de la justificación).

¹⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, *I TRATADO DE DIREITO PRIVADO* 80 (RT, 2012) (nota incluida por los lectores Judith Martins Costa et al.).

¹⁰¹ ROBERT ALEXY, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS* 44-61 (Julian Rivers trans., Oxford University Press 2002) (1986).

¹⁰² ÁVILA, *supra* nota 99.

¹⁰³ Niklas Luhmann, *Law as a Social System,* 83 NW. U. L. REV. 136, 139 (1989) (“Sólo la ley puede decir lo que es legal y lo que es ilegal, y al decidir esta cuestión siempre debe referirse a los resultados de sus propias operaciones y a las consecuencias de las operaciones futuras del sistema”).