



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

PEDRO HENRIQUE PEIXOTO FERNANDES BRANDÃO

**O PODER JUDICIÁRIO E AS ESCOLHAS TRÁGICAS:
ENFRENTAMENTOS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO
DIREITO**

Salvador
2018

PEDRO HENRIQUE PEIXOTO FERNANDES BRANDÃO

**O PODER JUDICIÁRIO E AS ESCOLHAS TRÁGICAS:
ENFRENTAMENTOS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO
DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Saulo José Casali
Bahia

Salvador
2018

CIP – Catalogação na Publicação

Peixoto Fernandes Brandão, Pedro Henrique,
O Poder Judiciário e as Escolhas Trágicas: enfrentamentos à luz da análise econômica do direito/
Pedro Henrique Peixoto Fernandes Brandão. --
Salvador, 2018.
112 f.

Orientador: Doutor Saulo José Casali Bahia.
Dissertação (Mestrado – Programa de Pós Graduação em Direito) --
Universidade Federal da Bahia,
Universidade Federal da Bahia, 2018.

1. Direito e Economia. 2. Escolhas Trágicas. 3. Políticas Públicas. 4. Poder Judiciário. Análise Econômica do Direito. . I. José Casali Bahia, Saulo.
II. Título

**Elaborado pelo Sistema de Geração Automática com os dados
fornecidos pelo (a) autor (a)**

PEDRO HENRIQUE PEIXOTO FERNANDES BRANDÃO

**O PODER JUDICIÁRIO E AS ESCOLHAS TRÁGICAS:
ENFRENTAMENTOS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO
DIREITO**

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Banca Examinadora

Nome: **Saulo José Casali Bahia**

Titulação e instituição: Doutor – PUC/SP

Nome: **Mario Jorge Philocreon de Castro Lima**

Titulação e instituição: Doutor – UFPE

Nome: **Ihering Guedes Alcoforado**

Titulação e instituição: Doutor – UFBA

Salvador, 03/08/2018

Em memória de Epiphânio José
Fernandes.

AGRADECIMENTOS

O processo de confecção de trabalho acadêmico da relevância de uma Dissertação é árduo e solitário, porém, longe de ser desassistido. Muitas são as pessoas e instituições que efetivamente contribuíram para esse alcance, cabendo-me o prazer e o privilégio de nomeá-las. Apesar de fatalmente cometer a perdoável falha do esquecimento, saibam que a gratidão pelo apoio é eterna. Inicio agradecendo a Deus pelas bênçãos dirigidas em minha vida, dando-me saúde, lucidez e serenidade para os enfrentamentos da vida. Aos meus pais, Marília e Nivaldo, com todo o amor do mundo, agradeço pelo apoio e torcida incondicional. À Monique e Catherine – queridas irmãs – deixo meu muito obrigado pelo carinho e cumplicidade de sempre. Para minha amada companheira Raquel, deixo meu agradecimento por todo o suporte e ajuda, especialmente nos momentos mais difíceis. Com eterna gratidão, deixo meu “muito obrigado” aos meus avós Pifa (I. M.), Marilena, Vanilda e Walfredo (I.M). Estendo meus votos de apreço e gratidão aos meus familiares, cabendo reforçar o relevante papel que meu tio Luciano Fernandes teve na minha mudança de Salvador para Boa Vista, do qual jamais esquecerei. Aos amigos do ISBA, da Unifacs e do escritório de advocacia Menezes, Garcia, Montenegro, Nova e Figueiredo, faltam palavras para descrever toda consideração, estima e afeição que tenho por vocês. Sem desmerecimento daqueles que não foram citados especificadamente (caberia uma dissertação para agradecer a cada um deles), temporalmente personifico os votos nos amigos Adriano Figueiredo, ele fundamental para meu ingresso no Mestrado, e Victor Brasileiro, fiel amigo no apoio ao processo de conclusão do Programa de Pós Graduação. Ao Tribunal de Justiça do Estado de Roraima fica o agradecimento pelo acolhimento e ensinamentos, sendo uma casa de construção do conhecimento e, principalmente, de realização da Justiça. Aos colegas e professores do PPGD da UFBA, agradeço pelo aprendizado e auxílio durante todo esse processo, sendo-me cabível realizar votos especiais ao Mestre Antônio Lago Junior e ao meu orientador, Doutor Saulo José Casali Bahia, personagem fundamental para construção desse trabalho, contribuindo relevantemente na minha formação acadêmica e profissional. É um privilégio desfrutar um pouco do seu vasto conhecimento. Como sempre gosto de dizer: ninguém vence sozinho. Muito obrigado.

“Investir em conhecimento rende sempre os melhores juros.”

Benjamin Franklin

RESUMO

O presente trabalho tem como proposta avaliar, mediante a utilização das técnicas da Análise Econômica do Direito, a intervenção realizada pelo Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas. O foco central do estudo são as escolhas trágicas, conceito econômico bastante desenvolvido e relevante para o tema. Entre as várias fontes teóricas utilizadas, a Teoria dos Custos dos Direitos é aquela que substancialmente contribui para o desenvolvimento da pesquisa, especialmente pela sua capacidade de reformular a atual classificação dos direitos fundamentais. As premissas adotadas neste trabalho possuem forte embasamento econômico, por acreditar na formação multidisciplinar no estudo do objeto científico. O estudo também propõe análise de casos práticos (normativos e jurisprudenciais) e indica caminhos a serem adotados na busca por provimentos judiciais eficientes, por reconhecer a grave crise epistemológica e estrutural existente no Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE:

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. ESCOLHAS TRÁGICAS. CUSTOS DOS DIREITOS. ESCOLHAS PÚBLICAS. POLÍTICAS PÚBLICAS.

ABSTRACT

The present work aims to evaluate, through the use of the techniques of the Economic Analysis of Law, the intervention carried out by the Judiciary in the scope of public policies. The central focus of this study is the tradeoffs, a very developed and relevant economic concept for the theme. Among the various theoretical sources used, the Cost of Rights Theory is one that substantially contributes to the development of research, especially for its ability to reformulate the current classification of fundamental rights. The premises adopted in this work have a strong economic base, because they believe in the multidisciplinary formation in the study of the scientific object. The study also proposes analysis of practical cases (normative and jurisprudential) and indicates ways to be adopted in the search for efficient judicial procedures, to recognize the serious epistemological and structural crisis in the Judiciary.

KEY WORDS

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW. TRADEOFFS. COST OF RIGHTS. PUBLIC CHOICE. PUBLIC POLICY.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABDE	Associação Brasileira de Direito e Economia
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
Art.	Artigo
CPDE	Centro de Pesquisa em Direito e Economia
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
Dr.	Doutor
FGV	Fundação Getúlio Vargas
FMI	Fundo Monetário Internacional
Inc.	Inciso
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IPRI	Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
Nº	Número
OMS	Organização Mundial da Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
UFBA	Universidade Federal da Bahia

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	12
2.	A APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA: O SURGIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	16
2.1	BREVE ESCORÇO HISTÓRICO	18
2.2	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: VERTENTES E CONCEITOS	24
2.3	DESENVOLVENDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	29
2.3.1	A epistemologia da Análise Econômica do Direito	29
2.3.2	A interação da comunidade brasileira com a Análise Econômica do Direito	35
2.3.3	Eficiência e justiça: aspectos positivos e negativo	38
2.4	IMPLICAÇÕES DA <i>CIVIL LAW</i> NO PROCESSO NORMATIVO E AS CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	42
3	O PODER JUDICIÁRIO E AS ESCOLHAS TRÁGICAS	49
3.1	PROVIMENTOS JUDICIAIS E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO	52
3.2	ATIVISMO JUDICIAL: JUSTIÇA A QUALQUER CUSTO?	57
3.2.1	Intervenções do Judiciário e a microjustiça	62
3.3	ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O NOVO CPC E SUA CONTRIBUIÇÃO NA REGULAÇÃO DE CONDUTAS SOCIAIS	68
3.4	A TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS NO PROCESSO DECISÓRIO	73
4	A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E AS ESCOLHAS TRÁGICAS: ENFRENTAMENTOS NECESSÁRIOS	77
4.1	REFLEXÕES ANALÍTICAS NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFETIVAÇÃO	78
4.2	A INTERPRETAÇÃO MEDIANTE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	81
4.2.1	A eficiência judicial na realização das políticas públicas	83
4.2.2	Contribuições na judicialização da saúde	87
4.2.3	Contribuições no controle concentrado de constitucionalidade	92
4.3	A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO INSTRUMENTO PARA UMA TEORIA INTERPRETATIVA PRAGMÁTICA E EFICIENTE	97
5	CONCLUSÃO	100
6	REFERÊNCIA	105

1. INTRODUÇÃO

Qualquer trabalho científico que se limite, minimamente, à seriedade, é firmado no compromisso de elucidar suas crenças e dificuldades no aperfeiçoamento da pesquisa, alcançando o leitor na apresentação incontestada dos elementos que compõem o estudo.

Por muitos é defendido que o século XXI é o século do Judiciário, sendo este capaz de promover as modificações e controles necessários na efetivação de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

No Brasil, desde a criação da Constituição Federal de 1988 há um fortalecimento das instituições públicas, notadamente o Ministério Público e o Poder Judiciário. O desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito, o processo de redemocratização e o fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais ao cidadão foram peças fundamentais na valoração social do sistema judicial e no robustecimento da Jurisdição Constitucional.

A sobreposição do Judiciário alargou seu espaço de atuação de maneira a intervir fortemente nas relações intersubjetivas, na economia e nas políticas públicas. Mais do que a relevante intervenção na economia, na política, ou na obtenção de valoração social, a intervenção judicial no âmbito das políticas públicas afeta de maneira avassaladora o bem mais precioso do cidadão: a vida.

É com esse interesse na atuação interventiva que o presente trabalho foi elaborado, pois atento às novas dinâmicas sociais, estuda e avalia o papel exercido institucionalmente pelo poder judicial na concretização de direitos fundamentais.

Como referencial teórico para estudo do objeto proposto, restou escolhida a abordagem mediante a Análise Econômica do Direito, modelo científico que utiliza técnicas e conceitos da Economia na avaliação e análise do Direito.

Desenvolvida nos Estados Unidos, com grande expansão a partir da década de quarenta do século passado, a Análise Econômica do Direito vem se apresentado como técnica bastante satisfatória no estudo dos mais diversos campos jurídicos, oxigenando institutos, alterando perspectivas e contribuindo de maneira eficiente para a construção de pensamentos científicos mais bem aprofundados.

O presente estudo é desenvolvido em duas partes, sendo subdividido em três capítulos.

A primeira delas, que compreende um dos capítulos do trabalho, busca apresentar os principais conceitos, institutos e teorias que compõem o marco adotado para elucidação da pesquisa, sendo realizada singela, mas consistente revisitação aos principais pensamentos componentes da Análise Econômica do Direito.

A familiarização com a ideia de eficiência, custos, transação, escassez, entre outros, nos moldes do quanto trabalhado por essa corrente, é imprescindível para melhor percepção do estudo apresentado. Sendo muitos dos conceitos oriundos da Economia, não são todos os juristas que possuem prévio conhecimento acerca da matéria.

Dentre os conceitos a serem analisados, definitivamente o de eficiência é o que mais atrai a atenção dos estudiosos da Análise Econômica do Direito, sendo corriqueira a adoção do Ótimo de Pareto e do critério de Kaldor-Hicks na classificação eficiente de uma relação econômica. Tais medidas serão aproximadas do Direito e do ideal de justiça, bússola a direcionar o aplicador do direito contemporâneo.

Considerando que os bens são escassos e os desejos humanos inesgotáveis, para a realização estatal de determinada política pública haverá o direcionamento de recursos estatais em sua satisfação, implicando assim na inutilização dessa verba para proposta outra também desejada socialmente. Essa situação fática tão corriqueira na dinâmica da administração pública restou compreendida como *tradeoffs*, expressão econômica estadunidense traduzida como escolha trágica.

No âmbito do Judiciário também se realizam escolhas trágicas, mas essas por muitas vezes não são visualizadas ou compreendidas com a sensibilidade e seriedade necessária para o problema. O estudo desse tipo de escolha, com as ponderações estruturais e críticas a serem apresentadas é que compõem a segunda parte deste estudo.

No capítulo intermediário será apresentado como as decisões judiciais impactam socialmente a comunidade, refletindo efeitos para além das partes litigantes, e o relevante papel institucional do Judiciário dentro de uma Constituição democrática, rígida e concretista. A perspectiva adotada considerará, ainda, os impactos mercadológicos reflexivos dos provimentos jurisdicionais, especialmente por ser o Brasil um país que adota modelo econômico capitalista e neoliberal.

O segundo capítulo ainda enfrenta o tema do ativismo judicial, modelo de intervenção judicial que divide opiniões sobre a sua legalidade e eficiência. O enfoque principal será no âmbito da judicialização da saúde, sem prejuízos de reflexões e críticas abstratas e gerais ao modelo proposto.

Além da análise dos fundamentos materiais do discurso utilizado pelos ativistas, demonstrar-se-á como a estruturação organizacional do Judiciário dificulta a realização eficiente das políticas públicas, bem como quais opções podem ser adotadas internamente para uma maior consciência institucional (com destaque ao Novo Código de Processo Civil e à implantação definitiva da Teoria dos Precedentes Judiciais).

A apresentação da Teoria dos Custos dos Direitos se mostrará relevante para melhor entendimento acerca da efetivação das pretensões positivas, a correlata interação entre direitos, deveres e responsabilidade, bem como para reformulação da tradicional doutrina acerca dos direitos fundamentais.

Ao derradeiro capítulo caberá a análise acerca da estrutura analítica dos direitos fundamentais e a possibilidade de sua efetivação, apresentando críticas combativas ao atual modelo de realização da justiça, sem prejuízo de confrontação com as bases epistemológicas da Teoria dos Custos dos Direitos.

O capítulo seguirá demonstrando que a recente alteração na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro busca estabelecer um novo modelo decisório, pautado na realidade pragmática apresentada ao julgador, vedando assim decisões abstratas e distantes de concretização.

Em caráter colaborativo e propositivo, apresentar-se-á considerações para a construção de um modelo interpretativo e decisório eficiente, o que invariavelmente passa pela imediata implantação das contribuições que a Análise Econômica do Direito e demais áreas das ciências sociais possui para visualização do fenômeno jurídico.

Todo o trabalho é preenchido com exemplos práticos jurisprudenciais e normativos (especialmente na última parte do terceiro capítulo), na tentativa de assim sedimentar as técnicas e críticas apontadas neste trabalho, evitando a construção de uma pesquisa voltada apenas na desconstrução.

Resta o adendo que ao presente estudo será importada uma das premissas mais pertinentes da Economia, herança direta do pensamento científico: a inexistência de verdades absolutas ou de caminhos obrigatórios.

Consciente da inexistência de verdade absoluta, a preocupação deve ser constante na formulação de hipóteses que tentem satisfatoriamente entender o objeto estudado, traçando sugestões e caminhos para o aperfeiçoamento do saber. Essas são as diretrizes do presente trabalho

2. A APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA: O SURGIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Desde os primórdios do homem há uma imperiosa tentativa de alcance das verdades do mundo, cabendo à ciência o protagonismo metodológico capaz de superar o receio oriundo das superstições e misticismos.

Fundada em paradigmas, o desenvolvimento científico se estabelece na vacilante tentativa de conhecimento e compreensão do objeto e do controle da natureza.

No que pertine à formação do conhecimento, merece destaque que o seu ponto de partida não se dá através de meras percepções ou observações, mas sim diante do enfrentamento de problemas teóricos e práticos, numa incessante busca por respostas¹.

O estabelecimento de método e premissa epistemológica constitui mola propulsora para o alcance do progresso, comprometendo o cientista de sobremaneira.

Como resultado prático, há, indubitavelmente, em processos epistemológicos, o aperfeiçoamento do estudo e do objeto. Porém, por diversas vezes, o fanatismo ao método ou a cega crença nos paradigmas estabelecidos resultam em desorientação do cientista e supressão de novidades fundamentais ao conhecimento².

Apesar das críticas naturais e necessárias na formulação do pensar, a Revolução Científica ocorrida no século XVI constituiu verdadeiro marco histórico, sendo modelo de racionalidade ainda vigente³.

Anteriormente voltada, precipuamente, às ciências naturais, a partir do século XIX há aproximação com as denominadas ciências sociais⁴, sendo da finalidade do cientista social a descoberta por conhecimento capaz de regular e melhorar a vida em comunidade, aprimorando as relações interpessoais.

¹ POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 14.

² KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 24.

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2008, pp.21-22.

⁴ *Ibidem*, p 22.

As experimentações de soluções teóricas para problemas práticos, inerentes às ciências sociais, embasam o método científico aplicado pelo pesquisador, em formato similar ao quanto utilizado pelas ciências naturais⁵.

Na linha do desenvolvimento das ciências sociais, o Direito e a Economia, cada uma à sua maneira e com suas técnicas peculiares, debate e propõe políticas públicas que visam à obtenção do bem-estar social.

Sobre a ciência do Direito, essa pode ser compreendida como a “institucionalização estável do discurso prático sob a condição de existência de um ordenamento jurídico”⁶, ao passo que a Economia é compreendida como “a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências.”⁷.

Considerando que o objetivo da Economia é determinar o comportamento humano diante da necessidade de escolha, escolha essa muitas vezes pautada na consciência da escassez dos recursos, é de fundamental importância para a Economia a análise da interferência das regras jurídicas na tomada de decisão do sujeito.

Outrossim, a importação, para o estudo jurídico, dos conhecimentos e técnicas utilizadas pelas “ciências auxiliares” (aqui com ênfase na ciência econômica) contribui para a formação de um entendimento melhor aprofundado para o operador do direito, ampliando o horizonte de debate e afastando a discussão do aspecto meramente hermenêutico.

Por excelência, o Direito é verbal, interpretativo, dialético e pautado na ideia de justiça e legalidade, enquanto que a Economia é matemática, empírica, comportamental e voltada para o custo operacional, razão pela qual seu diálogo com o Direito se pauta, em regra e desde sempre, de maneira turbulenta⁸.

Dessa interação conturbada surgiu um ramo muito próprio da ciência, conhecida como “Direito e Economia” ou “Análise Econômica do Direito”⁹, sendo

⁵ POPPER, op cit., p. 16.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 282.

⁷ GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito, em *Economic Analysis of Law Review*. Brasília: Universa, n. 1, jan-jun., 2010, p. 8.

⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito GV*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 2, março 2008, v. 5, p. 5.

⁹ Bruno Salama e Flávio Galdino remetem a utilização dessa nomenclatura em decorrência da conhecida obra *Economic Analysis of Law* de Richard Allen Posner. Vide SALAMA, Bruno. O que é Pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito GV*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 2,

compreendida como área de estudo social que utiliza técnicas da Economia que possibilitem uma análise de custo-benefício das condutas regulamentadas através da lei¹⁰. Trata-se de uma visão multidisciplinar dos problemas enfrentados pelo Direito, importando conceitos e institutos da Economia na solução destes problemas.

Em que pese a propagação dos estudos sobre a matéria ter se intensificado com o desenvolvimento da escola de Chicago – Estados Unidos, a partir da década de quarenta do século XX, aproximadamente, a relação entre Direito e Economia possui profundas raízes históricas, podendo ser experimentada, por exemplo, já nos escritos de Hobbes sobre as discussões que permeiam o direito de propriedade, no século XVII¹¹.

Apesar de não ser tema inédito, indiscutivelmente que através de estudiosos como Ronald Coase, Richard Posner e Guido Calabresi a Análise Econômica do Direito se robusteceu, tomou forma e se espalhou por vários países, inclusive aqueles que não possuem a tradição anglo-saxônica da *Common Law*.

Compreendida a AED¹² como uma corrente filosófica, de cunho supra-jurídico, de grande difusão e importância para os países anglo-saxônicos, onde há agregação de técnicas das ciências jurídicas e econômicas para analisar o comportamento social dos indivíduos quando submetidos a determinado incentivo, seja frente aos seus pares ou ao Estado, mister se faz apresentar, sucintamente, como esse pensamento se desenvolveu, seus principais conceitos e como ele pode servir de premissa para o enfrentamento do objeto a ser pesquisado neste estudo: o problema das escolhas trágicas no âmbito do Poder Judiciário.

2.1. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

Sem qualquer pretensão exauriente, cumpre ao presente trabalho fazer breve estudo histórico acerca da Análise Econômica do Direito, permitindo assim uma maior familiarização com sua história e desenvolvimento até os formatos comumente aplicados e estudados.

março 2008, v. 5, p. 17 e GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos* – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 240.

¹⁰ POSNER, Richard Allen. *A Economia da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XIV.

¹¹ Idem, *Values and Consequences: an introduction to economic analysis of law*. Coase-Sandor Institute for Law & Economics. Working Paper No. 53, 1998, p. 1. Disponível <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>> acesso em 13 de janeiro de 2018.

¹² Neste trabalho será utilizada a sigla AED em referência à Análise Econômica do Direito. Em outras oportunidades também se utilizarão as nomenclaturas Direito e Economia e Análise jus-econômica.

Para tanto, serão apresentados alguns nomes e ideias que contribuíram fortemente para o robustecimento do Direito e Economia, especialmente no seu campo mais fértil: as universidades norte americanas (com especial destaque à Escola de Chicago).

A relevância da AED para o sistema norte americano é inquestionável e incalculável, sendo considerado, inclusive, o modelo de pensamento jurídico mais importante nos Estados Unidos desde o realismo jurídico¹³.

Em que pese não existir um consenso acerca do primeiro autor responsável por essa visão plúrima dos fatos sociais, pensadores como Thomas Hobbes, Nicolau Maquiavel, Adam Smith e Jeremy Bentham são sempre referenciados nessa análise.

No caso específico de Adam Smith, a ele é creditado como o precursor da Economia moderna, feito alcançado com a publicação do seu livro “A Riqueza das Nações”, bem como através do desenvolvimento do movimento conhecido como Iluminação Escocesa¹⁴.

Estudos históricos realizados apontam para a existência, inclusive, de escritos anteriores aos citados autores, onde já se desenvolvia a análise do comportamento humano como resultado de escolhas racionais, em uma clara aceção da dualidade custo-benefício¹⁵.

Ao estabelecer seu estudo cronológico da Análise Econômica do Direito, Heath Pearson aponta para um primeiro grande movimento que reuniu o interesse de juristas e economistas: o estudo acerca do desenvolvimento do direito de propriedade em diferentes nações e tempos; o que os estudiosos fizeram na tentativa de, através desse objeto, definir uma ciência que fosse explicativa do Direito¹⁶.

Já a AED no formato atualmente concebido é fruto do crescimento e desenvolvimento dos Estados Unidos como nação, e das universidades norte americanas, fatos que culminaram na migração do eixo político econômico do

¹³ POSNER, Richard Allen. *Values and Consequences: an introduction to economic analysis of law*. Disponível <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>, p. 2, acesso em 13 de janeiro de 2018.

¹⁴ MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics, in *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishers, 2000, p. 68.

¹⁵ Ibidem, p. 68.

¹⁶ PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics: the economist's new science of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 33.

continente europeu para a América, implicando em criação e estabelecimento de novos paradigmas.

Remete-se à indicação de Aaron Director, na década de quarenta, para a Escola de Direito de Chicago, o surgimento do primeiro programa em Análise Econômica do Direito, esse voltado, precipuamente, a projeto de pesquisas antitrustes, tendo em vista os trabalhos produzidos por muitos dos seus estudantes¹⁷.

Com a chegada de Director, um economista, na Escola de Direito de Chicago, bem como com a criação do *Journal of Law and Economics*, onde Director atuou como primeiro editor, houve um crescimento exponencial das pesquisas que correlacionavam aspectos jurídicos e econômicos nos estudos empíricos, especialmente no que dizia respeito à regulação de mercado¹⁸.

Após o primeiro movimento convergente oriundo dos estudos realizados na Escola de Chicago, juristas e economistas de outras academias passaram a produzir trabalhos que mesclavam Direito e Economia, existindo dois trabalhos bastante destacados já na década de sessenta: o de Guido Calabresi e o de Ronald Coase.

O trabalho de Calabresi intitulado “*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*” se debruçou em analisar, economicamente, a responsabilidade civil proveniente dos danos a terceiros, tendo o feito com base em estudo jurisprudencial¹⁹.

Nas palavras de Cento Veljanovisk “a qualidade especial da contribuição de Calabresi consistiu em mostrar o poder de alguns simples princípios de economia para racionalizar toda uma lei, e desenvolver uma base coerente para o seu aperfeiçoamento”²⁰.

O segundo trabalho que merece atenção é o de Ronald Coase, através do seu artigo “O Problema do Custo Social”, obra que inovou na forma como as relações intersubjetivas deveriam ser interpretadas quando submetidas à regulação estatal.

¹⁷ Por todos, VELJANOVSKY, Cento. *A Economia do Direito e da Lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

¹⁸ MACKAAY, op. cit., p. 72.

¹⁹ CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts*. New Haven: The Yale Law Journal. n.4, v. 70, março de 1961.

²⁰ Op. cit., p. 30.

Abordando casos reais e similares, o autor buscou demonstrar que as decisões jurídicas que concediam ou denegavam direitos fundavam-se em análises incompletas dos litígios, pois se distanciavam do aspecto econômico existente em cada um dos casos ou se pautavam em elementos indiferentes a essa ciência. Por esse motivo, “as razões utilizadas pelos tribunais na determinação dos direitos vão, frequentemente, parecer estranhas para um economista, porque muitos dos aspectos nos quais as decisões se baseiam são, do ponto de vista econômico, irrelevantes.”²¹.

A obra de Coase também aponta para importante crítica aos economistas e suas análises acerca da regulação de mercado. Isso porque a grande maioria das opiniões dos economistas baseava-se sempre através da concepção de falha de mercado e na crença que eventuais desvios constituíam significativa razão para uma intervenção governamental, como se o Estado fosse uma força corretiva isenta de falhas e custos²².

Estudando os custos sociais, Coase alerta para o fato de que a máquina estatal é incapaz de funcionar sem custos (em determinadas situações os custos para eventual intervenção são elevados), que o aparato governamental é falível e suscetível de pressão por grupos que exerçam força política, concluindo seu raciocínio de que a atuação estatal não visa alcançar, necessariamente, o aumento da eficiência desejada pelo sistema econômico²³.

Com o reconhecimento da relevância das obras de Coase e Calabresi, passou a Análise Econômica a ganhar importante espaço nas universidades norte americanas, se tornando conteúdo obrigatório nas melhores universidades do país, transformando-se numa corrente de pensamento de grande importância, servindo como principal fonte de renovação da teoria geral do direito²⁴.

No processo de afirmação da Análise Econômica do Direito, outro grande expoente da AED sedimentou seu espaço intelectualmente: Richard Posner.

Possivelmente o maior defensor e pesquisador do Direito e Economia, Richard Posner, que até o mês de setembro de 2017 era Juiz Federal do Sétimo

²¹ COASE, Ronald. O Problema do Custo Social. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*. v.3, 2008. p. 12.

²² VELJANOVISK, op. cit., p. 31.

²³ COASE, op. cit., p. 14.

²⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11.

Circuito dos Estados Unidos, vem, ao longo de mais de quarenta e cinco anos de estudos, contribuindo para o aperfeiçoamento e expansão da AED.

Através de seus pensamentos pragmáticos e de grande qualidade retórica, Posner foi capaz de demonstrar a aplicabilidade de conceitos simples da Economia às mais diversas áreas do Direito, sendo ele a personificação do apogeu alcançado pelo Direito e Economia²⁵.

Também é referenciado a Posner a aplicação de conceitos da Economia para fora das interações mercadológicas do agente, defendendo que o comportamento humano (em sua racionalidade) é pautado sempre na ideia de maximização de riqueza, de busca por aumento de bem estar social.

Substanciado nos trabalhos encabeçados por Gary Becker acerca da “redefinição da economia como o estudo da deliberação racional, não restrita ao mercado”²⁶, Posner pôde desenvolver suas ideias acerca da economia comportamental para temas como justiça, direito primitivo, direito à privacidade e a regulamentação constitucional em combate à discriminação racional, entre tantos outros²⁷.

Em sua caminhada como pesquisador, coleciona fervorosos debates com filósofos jurídicos, economistas e colegas de AED, dedicando milhares de páginas para explicar, defender e reformular seus estudos que correlacionam eficiência, justiça e maximização de riqueza. Apesar de boa parte dos seus escritos terem sido criticados, o gabarito e ímpeto daqueles que se apresentaram como opositores ao pensamento de Posner são importantes credenciais da relevância desse pensador no circuito acadêmico internacional.

Em verdade, da leitura das obras que tratam da historicidade da Análise Econômica do Direito fica evidenciado que sua criação visava “suprir uma suposta falha do direito, qual seja, a ausência de métodos científicos para avaliar, prever e, até mesmo, guiar a decisão de um juiz ou agente público.”²⁸. Como asseveram Robert Cooter e Thomas Ulen, questionamentos do tipo “como uma sanção afeta o comportamento do indivíduo?” são respondidos pelos juristas da mesma maneira a

²⁵ VELJANOVISK, op. cit., p. 34.

²⁶ POSNER, *A Economia da Justiça*, p. 6.

²⁷ *Ibidem*, p. 6.

²⁸ JASPER, Eric Hadmann. A filosofia da análise econômica do direito em *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 92, mai. – jun., 2010, p.105.

mais de dois mil anos – através de suas intuições a quaisquer fatos que entendam pertinentes²⁹.

A partir dos escritos de Posner, Coase e Calabresi, Direito e Economia alcançou uma relevância intelectual e jurídica que contribuiu diretamente na reformulação dos cursos de direito e do corpo docente (com a inclusão, nas grandes universidades de direito norte americana, de pelo menos um economista em seu programa) e na realização de reformas políticas e jurídicas nos Estados Unidos (como a reforma criminal de 1984), o que aponta a sua credibilidade³⁰.

Aos supracitados autores é reconhecido o papel de criação do que acabou ficando conhecida como a primeira geração da Análise Econômica do Direito, tendo como grandes características o combate à ideia de autonomia do Direito, alcance de decisões objetivas e seguras, utilização de critérios científicos na análise das relações jurídicas e a busca pela impessoalidade no Direito³¹.

Com o aprofundamento dos estudos na área de Direito e Economia, bem como após o enfrentamento de consideráveis críticas à visão reducionista do Direito e da justiça existente na primeira geração da AED, passou esse pensamento por pertinentes reformulações, tendo surgido novos pensadores e escolas que, ainda através da interdisciplinaridade em Economia e Direito, estudam as interações sociais particulares e as estabelecidas com o Estado. Nessa linha, ganhou destaque a escola de New Haven, o Movimento da *Legal Process School* e a Teoria das Escolhas Públicas, entre outros³².

Para além dos Estados Unidos, a Análise Econômica do Direito se expandiu para o Canadá, Europa e América Latina, alcançando tanto países de tradição anglo-saxônica (de *Common Law*) como também países de formação romano-germânica (de *Civil Law*), sendo importante demonstrativo da sua aderência intelectual.

O curso cronológico desse movimento demonstra que a utilização de técnicas empíricas para estudos jurídicos legais e comportamentais é uma realidade posta ao operador do direito contemporâneo. O jurista que se opor às ferramentas ofertadas pela Análise Econômica tende a se prender no tempo, ficando para trás

²⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6 ed. Berkeley: Berkeley Law Book, 2016, p.3.

³⁰ Ibidem, p. 3.

³¹ LEAL, Rogério Gesta. *Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010.

³² Ibidem, pp. 26-27.

em comparação a uma forma dinâmica e versátil de interpretação do fenômeno jurídico.

2.2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: VERTENTES E CONCEITOS

Na linha do desenvolvimento científico, bem como ainda em caráter propedêutico, imperioso se faz conhecer algumas das vertentes da AED e dos conceitos econômicos imprescindíveis para o estudo da matéria, especialmente diante da reincidência com a qual serão abordados nesta pesquisa.

Dessa maneira, recordando o crescimento exponencial da Análise Econômica do Direito na cultura jurídica anglo-saxônica desde a década de quarenta do século passado (vide tópico 2.1 deste trabalho), bem como sua capacidade de aderência temática às mais diversas áreas do Direito, passou o Direito e Economia a possuir relevância não só nas questões oriundas do direito financeiro, mas também nos demais ramos jurídicos. O resultado prático dessa expansão é a utilização tanto de conceitos próprios da Economia e/ou do Direito, como também o surgimento de linhas de pesquisas próprias, constituindo diversas vertentes metodológicas e epistemológicas.

Versátil em seu objeto, cumpre a este tópico realizar maior familiarização com a técnica comum.

Em uma classificação frequentemente utilizada e de cunho didático, a Análise Econômica do Direito é subdividida em duas áreas bem definidas: o Direito e Economia positivo/descritivo e Direito e Economia normativo.

O Direito e Economia positivo/descritivo é compreendido como a área de pesquisa da AED que se ocupa em estudar as repercussões do Direito no mundo real dos fatos³³. A vertente positiva explica as consequências legais para o comportamento humano, pois baseia-se no pressuposto de que o homem responde à lei de maneira racional³⁴.

Além da Análise Econômica do Direito positiva/descritiva, existe também a AED na dimensão normativa, sendo essa definida por Posner como uma vertente que “(...) tenta melhorar a lei, apontando aspectos em que as leis existentes ou

³³ SALAMA, *Estudos em Direito & Economia: micro, macro e desenvolvimento*. Curitiba: Virtual Gratuita, 2017, p. 16

³⁴ MICELI, Thomas J. *The Economic Approach to Law*. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 2.

propostas têm consequências não intencionais ou indesejáveis, seja na eficiência econômica, seja na distribuição de renda e riqueza, ou em outros valores.”³⁵. Através da vertente normativa é possível estudar e entender como uma norma jurídica específica foi criada ou evoluiu em determinada situação diversa, além de também ser avaliável sua interação ante desdobramentos futuros da vida econômica³⁶.

Independentemente do ramo de estudo que o pesquisador se debruce em Direito e Economia, indubitavelmente ele se deparará com conceitos fundamentais para melhor compreensão do tema, cabendo destaque e justificativa aos seguintes objetos: eficiência, racionalidade econômica, escassez e custos.

A eficiência é compreendida como “a aptidão para obter o máximo ou melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função”³⁷.

No campo da Economia, muitas são as fórmulas e estudos que se dedicam a definir e quantificar a eficiência. Duas, aqui, despertam maior interesse.

A primeira noção de eficiência deriva de estudo realizado por Vilfredo Pareto, que classificou como eficiente uma situação quando numa sociedade alguém melhora sua condição sem que ninguém piore por conta dessa nova atribuição de bens e riquezas³⁸. Dessa maneira, em uma abordagem pareteana, uma mudança será considerada Pareto-superior quando pelo menos uma pessoa se beneficia sem, com isso, prejudicar a situação de ninguém³⁹.

A grande crítica feita ao modelo pareteano de eficiência está na sua impossibilidade de solucionar problemas alocativos práticos quando há perdas e

³⁵ POSNER, Values and Consequences: *an introduction to analysis economic of law*, p.2. Texto original: “*The economic analysis of law, as it now exists not only in the United States but also in Europe, which has its own flourishing law and economics association, has both positive (that is, descriptive) and normative aspects. (...) It also tries to improve law by pointing out respects in which existing or proposed laws have unintended or undesirable consequences, whether on economic efficiency, or the distribution of income and wealth, or other values*” (grifos adotados).

³⁶ ARIDA, Pérsio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma, em *Direito & Economia – análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005, p. 69.

³⁷ SZTAJN, Rachel. Law and Economics, em *Direito & Economia – análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005, p. 86.

³⁸ Ibidem, p. 81.

³⁹ POSNER, *A Economia da Justiça*, p. 66.

ganhos individuais simultaneamente⁴⁰, especialmente diante das hipóteses de distribuição de renda.

Por não ser um conceito capaz de, necessariamente, alcançar aspectos socialmente aceitáveis ou benéficos⁴¹, o “Ótimo de Pareto” cedeu espaço para o surgimento de novas fórmulas que melhor se adequassem ao Direito, crescendo assim a utilização da eficiência no formato proposto por Kaldor e Hicks.

Trabalhando as interações econômicas e as mudanças alocativas em que há perdas e ganhos cumulativos, o critério de Kaldor-Hicks estabelece que uma situação será considerada eficiente quando os benefícios do ganhador sejam superiores aos prejuízos do perdedor, permitindo assim a compensação daquele em relação a esse, ainda que essa compensação não ocorra efetivamente. Nesse sentido, fica evidenciado que o critério de Kaldor-Hicks é baseado em uma análise de custo-benefício, onde as mudanças econômicas, legais e políticas são consideradas eficientes quando os ganhos ultrapassam as perdas⁴².

Concomitantemente ao estudo da eficiência, outro conceito de inegável utilidade em Direito e Economia é o da racionalidade econômica.

A racionalidade econômica parte da premissa de que o ser humano ao escolher determinada conduta dentre as opções existentes adotará aquela que lhe ofereça maior satisfação⁴³. Com o desenvolvimento do modelo de escolha racional é possível ao pesquisador (em especial ao economista) traçar generalizações quanto ao comportamento humano, fazendo-o com certa precisão⁴⁴.

A questão da racionalidade econômica não se limita apenas ao sujeito em sua individualidade, mas passa também pelo Estado, pois ciente de suas limitações de recursos necessita fazer escolhas racionais, visando sempre a eficiência na alocação de bens e na prestação de serviços.

Estudando a ideia de racionalidade econômica fica evidenciada sua íntima relação com a busca pela eficiência, como também com a ideia de escassez, assunto basal no estudo econômico.

⁴⁰ COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da história do pensamento econômico*. UC Berkeley. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, 2007, p. 12.

⁴¹ SALAMA, O que é Pesquisa em Direito e Economia? p.23.

⁴² MICELI, op. cit., p. 6.

⁴³ MACKAAY; ROUSSEAU. p. 31.

⁴⁴ Ibidem.

Como é de amplo conhecimento, o planeta terra é uma fonte esgotável de produtos, sendo, portanto, um planeta de recursos escassos. Por ser um planeta de bens finitos, constitui objeto de pesquisa da Economia estudar como realizar a melhor alocação possível a esses produtos, combatendo assim eventual desperdício. Sendo uma preponderante constante na definição de uma escolha racional, o estudo acerca da escassez atrai sempre os olhares dos economistas.

Sabendo da existência de escassez de matéria, o que implica a necessidade de se evitar desperdícios na busca por uma eficiência produtiva, para que haja o atingimento de uma escolha racional o indivíduo terá de considerar os custos para fruição do bem ou serviço que deseja, realizando um sopesamento no binômio custo-benefício.

Nesse sentido, o custo deve ser compreendido como o dispêndio econômico necessário para realização de determinado objeto ou objetivo, podendo esse ser financeiro ou não.

O tema do custo ganha relevância neste trabalho principalmente no aspecto acerca do custo dos direitos.

A Teoria do Custo dos Direitos, fortemente estudada nos Estados Unidos⁴⁵ e em crescente aceitação no Brasil⁴⁶, defende que a efetivação de direitos positivos ou negativos implica em custo ao Estado, rompendo paradigmaticamente com a atual classificação dos direitos fundamentais.

Sendo um dos precursores do tema no Brasil, Flávio Galdino acena para a necessidade de superação de alguns dos modelos teóricos que fundamentam a efetivação dos direitos fundamentais.

No modelo teórico da utopia, por exemplo, se iguala os direitos classificados como positivos e negativos e se despreza por completo os custos estatais para a efetivação desses direitos⁴⁷.

Já no modelo teórico do menosprezo dos custos, teoria bastante utilizada nos casos de judicialização da saúde, até há o reconhecimento dos custos estatais na efetivação dos direitos sociais, mas defende-se que condenações pontuais e

⁴⁵ Como pertinente marco teórico, vide HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights – why liberties depends on taxes*. New York: Norton & Company, 1999.

⁴⁶ Inúmeros estudos no Brasil começaram a aceitar e desenvolver a teoria da positividade do direito e do custo estatal para efetivação. Por todos, vide GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴⁷ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

espaçadas não comprometem a gestão orçamentária estatal⁴⁸. Trata-se de temas que dedicarão maior estudo neste trabalho.

Apresentados os principais conceitos e ferramentas aplicadas pelo jus-economista, ricas se tornam as análises acerca dos fenômenos sociais, ampliando de sobremaneira os elementos a serem debatidos na busca por justiça.

Um bom exemplo que demonstra o quanto aqui defendido está na necessidade de uma análise jus-econômica acerca da regulamentação do aplicativo *Uber*⁴⁹ no Brasil, onde as discussões em torno da criação de uma lei específica ao aplicativo pode (e deve) considerar os ganhos dos motoristas e usuários do aplicativo em detrimento aos prejuízos amargados pelos taxistas e demais indivíduos que sejam direta ou indiretamente prejudicados pela utilização desse serviço (o que pode ser feito à luz do critério de Kaldor-Hicks, por exemplo).

Um estudo elaborado pela ótica da AED considerará a redução dos motoristas de táxis (e o impacto que essa redução ocasionará aos cofres públicos e afins), os custos Estatais para regulamentação e fiscalização do novo serviço, os benefícios econômicos com a inclusão ao mercado dos motoristas e usuários do aplicativo, os possíveis impactos na seara trabalhista e consumerista, o eventual aquecimento do mercado de aluguel de carros, a comparação da experiência praticada em outros países que permitam a utilização do aplicativo, dentre tantas outras variáveis que serão expostas ao gestor público, facilitando a sua tomada de decisão e a busca por uma escolha eficiente.

Os mesmos instrumentos podem ser utilizados em uma gama de fatos sociais que impõem um olhar mais apurado de juristas e economistas, sendo sensíveis ao ordenamento, como a atual discussão acerca do auxílio-moradia pago aos magistrados brasileiros, as demarcações de terras indígenas ou, até mesmo, a privatização das penitenciárias brasileiras.

A aderência temática do Direito e Economia é latente, impulsionando estudos nos mais diversos campos dessa ciência.

⁴⁸ BAHIA, Saulo José Casali. O Princípio da Confiança e a Judicialização da Política, em *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*. Salvador, ano 16, n. 18, 2011/2012.

⁴⁹ A *Uber* é um aplicativo para celulares e *tablets* que permite ao usuário solicitar motoristas particulares por um preço inferior (em regra) ao cobrado por táxis, e com uma comodidade e conforto superior aos da utilização do sistema público de transportes (ônibus, metrô, trem etc). Desde a sua chegada ao Brasil, inúmeros são os debates que circundam o aplicativo, especialmente com a possível captação de clientes que anteriormente utilizavam o sistema de táxis.

2.3. DESENVOLVENDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Esclarecido os principais conceitos utilizados pela Análise Econômica do Direito e realizado breve apanhado histórico acerca do seu surgimento, formação e afirmação, estudos e críticas mais aprofundadas se fazem necessária, destrinchando assim a sua epistemologia e principais debates que circundam a matéria.

O trabalho também avança para apresentar o tema na realidade brasileira, permitindo uma releitura da escola às peculiaridades nacionais, haja vista as divergências econômicas, sociais e jurídicas que distanciam a brasileira Análise Econômica do Direito à sua matriz norte americana.

2.3.1. A epistemologia da Análise Econômica do Direito

A epistemologia é entendida como “conjunto de conhecimentos que têm por objeto o conhecimento científico, visando explicar os seus condicionamentos (sejam eles técnicos, históricos, ou sociais, sejam lógicos, matemáticos ou linguísticos)”⁵⁰. Em análise filológica, há a união das palavras gregas *epistème* (ciência ou conhecimento) e a palavra *lógos* (palavra, discurso), que com a inclusão do sufixo “ia” origina *logia* (estudo, teoria ou tratado⁵¹).

Falar em epistemologia significa definir no tempo e espaço os paradigmas, técnicas, valores e métodos que compõem a formação do saber. É uma busca por identidade, um mapeamento genético dos principais pensamentos que fundamentam a construção de determinado conhecimento científico.

Com o Direito e Economia não é diferente. Pensada e projetada como ciência, estabeleceu-se sobre paradigmas e métodos que servem de pilares de sustentação para a sua produção intelectual.

Os tópicos anteriores apresentaram as razões históricas que influenciaram no desenvolvimento dessa escola, bem como os principais conceitos que a compõem. Agora, cumpre apresentar alguns dos pensamentos econômicos,

⁵⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5 ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 817.

⁵¹ *Ibidem*, p. 817.

jurídicos e filosóficos que cunham seu programa, na tentativa de obter o melhor do seu conteúdo essencial.

Malgrado a inexistência de consenso doutrinário acerca dos fundamentos epistemológicos da Análise Econômica do Direito, o que é consequência natural de uma vertente multifacetária, é evidente que pensamentos e teorias são facilmente pinçadas quando da sua avaliação.

Com relação às suas influências filosóficas, indubitavelmente há elementos do pensamento utilitarista e consequencialista quando do estudo da AED – o que inclusive é base para boa parte dos críticos do tema –, bem como elementos do positivismo científico, que deriva da ideia naturalista.

Imperioso destacar que o Positivismo filosófico aqui apresentado não possui correspondência com o positivismo jurídico, sendo aquele a ideia de que o conhecimento social é tecnicamente possível de forma similar ao conhecimento natural, sendo obtido com certo grau de controle dos fenômenos, nos moldes do quanto defendido e exposto por Auguste Comte⁵². Com o positivismo de Comte buscou-se combater o teleológico e o metafísico e alcançar o que era lógico, portanto, empiricamente justificável⁵³.

Esse modelo de pensamento científico influenciou a Economia e, por consequência, a Análise Econômica do Direito, na medida em que se busca alcançar, com certo grau de precisão e esquematização, o entendimento de como o indivíduo faz suas escolhas na comunidade. Com a premissa da previsibilidade e racionalidade de condutas, tem-se a pretensão de exercer certo controle ao sujeito, incentivando-o a decidir da maneira que o gestor público anteviu e deseja.

Em uma lógica simples de mercado, o aumento do preço de determinado produto tende a ocasionar uma queda em sua aquisição, por diminuir o acesso de potenciais compradores/interessados, tornando-o mais dispendioso e, muitas vezes, menos desejado⁵⁴. Transportando essa lógica econômica para as condutas sociais, a flexibilização ou o enrijecimento de uma norma jurídica interfere diretamente na conduta humana, pois essa é pautada por racionalidade (vide item 2.2).

⁵² JASPER, op. cit., p. 114.

⁵³ GICO JR., op. cit., p.10.

⁵⁴ A ideia que visa ser passada através da diminuição do “desejo” não foca no aspecto psicológico do sujeito (como se houvesse um desinteresse pelo mero fato de aumento do preço do bem), mas sim no binômio custo-benefício, onde o fato da elevação do preço/custo implica em desestímulo ao indivíduo na medida em que, eventualmente, terá de engendrar maior esforço para obtenção dessa satisfação, o que porventura ocasionará um desinteresse naquela aquisição/obtenção por necessidade de aumento do seu empenho.

Importante exemplo dessa interferência normativa se extrai nos resultados obtidos após a promulgação da Lei 11.705/08, conhecida como Lei Seca. Através de estudo realizado por Deborah Carvalho Malta et al, comparando o período pré e pós advento da lei (anos de 2007 e 2009, respectivamente), ficou evidenciada uma redução média em números de mortes por acidente de trânsito na faixa de 7,4% (sete inteiros e quatro décimos) no Brasil, subindo esse percentual para 11,8% (onze inteiros e oito décimos) nas capitais brasileiras, em média⁵⁵. Através de estudos dessa natureza é viável ao gestor perceber em quais locais a norma vem se fazendo eficiente, onde necessitam de maiores fiscalizações ou, até, se os resultados alcançados com a criação da lei atendem as expectativas quando da sua elaboração, seja em curto, intermediário ou longo prazo.

Através do comparativo do número médio brasileiro – 7,4% (sete inteiros e quatro décimos) – com os médios obtidos especificamente nas capitais – 11,8% (onze inteiros e oito décimos) – é possível ao poder público levantar questionamentos acerca dessa divergência estatística, elaborando hipóteses que as justifique, como a eventual diferença entre a fiscalização nas capitais e as das cidades interioranas; o grau de acesso à informação e conscientização nas diferentes cidades; ou, até, os fatores econômicos e sociais porventura divergentes entre os grandes conglomerados urbanos e os municípios menos desenvolvidos, e sua íntima relação com os dados alcançados.

Com esses instrumentos, a Administração Pública ajusta sua política e executa medidas mais eficientes, não limitando seu atuar ao mero achismo ou intuição.

O estabelecimento da ideia de repetitividade dos fenômenos sociais de maneira similar aos acontecimentos naturais é traço do positivismo científico, e que se extrai quando dissecado o Direito e Economia, sem prejuízo de sua familiarização com outras áreas das ciências sociais.

Ainda na linha das influências filosóficas, o utilitarismo e o consequencialismo também são notados nos principais pensamentos que permeiam a Análise Econômica do Direito.

⁵⁵ MALTA, Deborah Carvalho; SOARES FILHO, Adauto Martins; MONTENEGRO, Marli de Mesquita Silva; MASCARENHAS, Márcio Denis Medeiros; SILVA, Marta Maria Alves da; LIMA, Cheila Maria; MORAIS NETO, Otaliba Libânio de; TEMPORÃO, José Gomes; PENNA, Gerson Oliveira. Análise da Mortalidade por Acidentes de Transporte Terrestre antes e após a Lei Seca – Brasil, 2007 – 2009. Epidemiol Serv Saúde. 2010. Disponível em < <http://scielo.iec.gov.br/pdf/ess/v19n4/v19n4a02.pdf> > acesso em 24 de março de 2018, p. 319.

Tendo como precursores Jeremy Bentham e John Stuart Mill, trata-se de teoria ética que valora as ações humanas não em si mesmas, mas sim através da bondade ou maldade das consequências dessas ações, o que a torna uma teoria consequencialista⁵⁶. Para isso, utiliza como parâmetro a ideia de que as condutas praticadas devem ser julgadas através da sua capacidade de promoção da felicidade, o que deve ser extraído por uma análise comum e geral⁵⁷.

Correlacionando a teoria utilitarista com o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito, Carlos Santiago Nino afirma que “os economistas que pressupõem a abordagem moral utilitarista geralmente assumem que a satisfação de desejos ou interesses é medida pela disposição de pagar pelos bens e serviços que provêm essa satisfação.”⁵⁸.

Importante destacar que essa disposição para pagar não reduz os desejos ao valor monetário dos bens e serviços (preços), mas se torna forma para quantificação da vontade humana, em seu aspecto utilitário abrangente⁵⁹.

Através da lógica consequencialista é possível afirmar que a interpretação do direito e da lei, nos dias atuais, é feita em contexto econômico e social de uma economia de mercado⁶⁰. Com isso, o procedimento firmado em reflexão consequencialista permite a adoção de metodologia útil para superação de análises míopes⁶¹.

Já no âmbito das ciências econômicas, inúmeras teorias e escolas são utilizadas para o desenvolvimento da AED, cabendo aqui assinalar, breve e possivelmente, as de maiores destaques.

Inquestionavelmente uma das teorias econômicas de maior utilidade ao Direito e Economia deriva dos estudos oriundos da conhecida Microeconomia, podendo essa ser compreendida como uma “teoria geral sobre como as pessoas

⁵⁶ NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. 2 ed. 12 reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 2003, pp. 392-393.

⁵⁷ POSNER, A *Economia da Justiça*, p.59.

⁵⁸ Op. cit., p. 394. Texto original: “*Los modernos autores utilitaristas prefieren, en general, interpretar la felicidad no como una suma de placeres sino como la satisfacción o la no frustración de los deseos o intereses de cualquier índole que cada persona puede tener (los economistas que presuponen el enfoque moral utilitarista suelen asumir que la satisfacción de deseos o intereses se mide por la disposición a pagar por los bienes y servicios que proveen esa satisfacción).*” (grifos aditados)

⁵⁹ POSNER, op. cit., p 73.

⁶⁰ GAROUPA, Nuno. A Análise Econômica do Direito Como Instrumento de Reforço da Independência do Judiciário, em *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, jul. – set., 2007, p.84.

⁶¹ *Ibidem*, p. 84.

tomam decisões”⁶². Pautada na ideia da racionalidade das decisões humanas, a Microeconomia é importante instrumento recepcionado na AED.

Com o estudo da Microeconomia é possível analisar temas como: as escolhas do consumidor, as interações entre as empresas e seus consumidores, o pensamento econômico das corporações em um mercado competitivo, a economia de bem estar, as leis de oferta e procura de insumos no processo produtivo, dentre tantos outros temas de suma importância para uma profunda catalogação dos institutos e indivíduos que interagem mercadologicamente⁶³. Trata-se de uma teoria que através da perspectiva micro, voltada para as interações econômicas intersubjetivas, alcança relevante visão geral da Economia, do indivíduo e da sociedade.

Concomitantemente às influências da Microeconomia, também é visível na AED importantes elementos da escola Neoinstitucionalista, o que fica evidenciado através da passagem da primeira para a segunda geração desse pensamento, abandonando, em parte, a ideia do formalismo jurídico (Direito como ciência), para uma abordagem com maior caráter prático e realista, estudando o papel das instituições e das organizações econômicas no processo de interação social⁶⁴.

O desenvolvimento da ideia de racionalidade limitada⁶⁵ serviu para demonstrar que os indivíduos não possuem toda a informação e previsibilidade que, até então, fomentava parte dos pressupostos aplicados nos estudos clássicos, bem como para acenar que as operações mercadológicas são, muitas vezes, dispendiosas e complexas, o que resulta em dificuldade para que os atores econômicos comuns encontrem o aparato teórico ideal no gerenciamento de suas decisões⁶⁶, fortalecendo assim o papel das instituições para interagir mercadologicamente de maneira eficiente.

⁶² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit. p.12. Texto original: “*Microeconomic theory offers a general theory about how people make such decisions.*”.

⁶³ Ibidem, p.12.

⁶⁴ LEAL, op. cit. p. 30.

⁶⁵ Tendo como precursor o economista Herbert A Simon, vencedor de prêmio Nobel, a construção da racionalidade limitada visa explicar que as decisões humanas raramente dispõem, nas suas tomadas, de todas as informações necessárias para realização do melhor juízo de valor e, por consequência, da melhor decisão possível. A teoria ainda defende que ainda que todas as informações estivessem disponíveis, ainda há de se considerar a limitação cognitiva do ser humano no processamento e valoração de todas elas. Sobre o tema, vide MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32.

⁶⁶ MACKAAY, op. cit., p.82.

Como assevera Rogério Gesta Leal, há relevância na abordagem do Neoinstitucionalismo na AED e no estudo social, pois essa acaba “operando com a lógica de que há interações contínuas entre normas e comportamentos formais e informais na realidade social, e tudo isto retroalimenta o sistema de direitos e de mercado.”⁶⁷.

Acerca dos pensamentos que permeiam a epistemologia do Direito e Economia, importante mencionar a Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*), definida por Ejan Mackaay como “a aplicação do modelo de escolha racional aos fenômenos políticos, ao campo da ciência política e do direito público.”⁶⁸.

Embasada também nos paradigmas econômicos da Microeconomia e do Institucionalismo, a Teoria da Escolha Pública acaba por importar elementos da Economia para a ciência política, definindo-se, precipuamente através do instrumento político, a escolha de planos de ação que objetivem a maximização de resultados (evitando assim o desperdício) e calcada na perspectiva da escassez de recursos⁶⁹.

Com a abordagem jus-econômica da Teoria das Escolhas Públicas também é possível ao administrador realizar prognose, mensurar os custos de oportunidade em prol de permitir análise de custo-benefício para alcance da decisão socialmente desejável⁷⁰.

Já ao operador do direito, a utilização e conhecimento da Teoria das Escolhas Públicas permite um conhecimento mais bem aprofundado sobre determinado processo político nacional e a atuação dos políticos como agentes diretos em transformação do Direito, especialmente na satisfação de seus próprios interesses⁷¹.

Sobre a visão da *Public Choice* acerca dos interesses pessoais dos agentes políticos, afirma Dennis Mueller que tal suposição “provou ser tão poderosa ao desenvolver hipóteses testáveis sobre seu comportamento, que essa

⁶⁷ Ibidem, p. 32.

⁶⁸ Op cit., p.88. Texto original: “*Public choice is the application of the rational choice model to political phenomena, the field of political science and of public law.*”.

⁶⁹ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Direito e a Law and Economics: possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito, em JURIS – Revista da Faculdade de Direito – edição comemorativa 45 anos Direito/FURG. Rio Grande: JURIS, v. 11, 2005, p.206.

⁷⁰ GICO JR., op cit., p.28.

⁷¹ MUELLER, Dennis Cary. *Public Choice: an introduction*, em *Readings in Public and Constitutional Political Economy*. New York: Springer Science+ Business Media, 2008, p. 43.

metodologia - a metodologia da escolha pública - deve, eventualmente, triunfar de alguma forma em todo o campo da ciência política.”⁷². Já sobre o futuro dessa teoria, defende Mueller a tendência à extensão das técnicas e métodos até então desenvolvidos, aperfeiçoando assim trabalho de grandes economistas da área⁷³.

Repisando acerca da inexistência de rol taxativo dos pensamentos e técnicas que compõem a Análise Econômica do Direito, as escolas aqui apresentadas fornecem grande aparato teórico e prático que contribuem para a expansão dos estudos dos fatos sociais.

Cada vez mais a doutrina brasileira vem se inclinando em reconhecer a aplicabilidade e relevância do estudo jus-econômico para tratativa dos acontecimentos sociais que afetam a realidade brasileira, servindo o Direito e Economia como instrumento capaz de realizar reflexões, críticas e sugestões que fogem da técnica meramente linguística/discursiva, essa tão habitual no mundo jurídico.

Sobre a recepção e desenvolvimento da Análise Econômica do Direito na doutrina nacional, breve exposição abaixo aponta os caminhos percorridos para o estabelecimento e ampliação do programa no Brasil.

2.3.2. A interação da comunidade brasileira com a Análise Econômica do Direito.

Da leitura de artigos e livros brasileiros que falam de Direito e Economia é comum ser afirmado que a Análise Econômica do Direito ainda possui caráter bastante incipiente no Brasil.

Apesar da incomparabilidade do modelo brasileiro com os estudos e aceitação da matéria na realidade jurídica norte americana, é possível perceber importante avanço do tema no Brasil, bastando apenas uma modificação do referencial.

⁷² Ibidem, p. 43. Texto original: “*Political institutions are sufficiently different from market institutions to require important modifications in the assumptions one makes about the objectives of rational actors in politics and about the constraints under which they pursue these objectives. Nevertheless, the assumption that individuals rationally pursue specific objectives has proven to be so powerful when developing testable hypotheses about their behavior, that this methodology — the methodology of public choice — must eventually triumph in some form throughout the field of political science.*” (grifos aditados)

⁷³ Ibidem.

Evitando comparativos entre a AED desenvolvida nos países anglófonos e a brasileira, e realizando uma autocrítica, é de fácil constatação que a matéria cresce cada dia mais nacionalmente, materializando-se em trabalhos produtivos e instigantes.

Os avanços tecnológicos obtidos com a rede mundial de computadores, a globalização e o intercâmbio acadêmico-cultural oriundo da ida dos estudantes brasileiros principalmente aos Estados Unidos vêm rendendo positivos resultados internos.

A evolução da AED no Brasil é sentida em sua própria caminhada: outrora, a importação do conteúdo produzido na literatura alienígena⁷⁴; hoje, a sedimentação do tema de maneira suficientemente capaz para utilização no enfrentamento de problemas comuns à realidade brasileira, produzindo material regional autêntico e indelével⁷⁵.

A primeira personificação que cabe remissão é a da existência da Associação Brasileira de Direito e Economia - ABDE, uma associação civil⁷⁶ que incorpora juristas e economistas que entendem a importância de uma análise interdisciplinar aos estudos e dados por ela elaborados⁷⁷.

⁷⁴ É necessário destacar o importante e insubstituível papel dos estudiosos que importam teorias e técnicas desenvolvidas no exterior e as apresentam nacionalmente. Enfrentando as dificuldades linguísticas, sociais e ideológicas, tais pesquisadores são verdadeiros bandeirantes intelectuais, possuindo a árdua missão de semear conhecimento em solos até então áridos e inférteis. São eles entre o conhecido e o novo, o ter e o querer, o conhecimento e a ignorância. São projetos sentidos especialmente em salas de aulas, palestras e com a tradução de obras clássicas internacionais.

⁷⁵ Thomas Kuhn ao falar da lógica das estruturas científicas apresenta as denominadas regras de aceitação e os paradigmas, explicando historicamente como tais fatores interferem no processo científico (*vide A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 1998). Refinando o quanto por ele defendido e aplicando suas ideias à realidade brasileira, é possível afirmar que o conteúdo novo importado é absorvido em sua integralidade quando do primeiro contato (paradigmas, objetos, justificativas, metodologia, problemas etc), resultando em produção intelectual caseira focada na “mera” repetição de discurso. A partir da familiarização ao conteúdo, a pesquisa nacional passa a desenvolver uma visão autêntica do objeto, abraçando apenas aquilo que tenha pertinência com a temática abordada no continente, favorecendo o surgimento de trabalhos que possuem equivalência desejada.

⁷⁶ Lei 10.406/02 (Código Civil) – Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

⁷⁷ A atual presidência está a cargo de Orlando Celso da Silva Neto, que busca em sua gestão “disseminar o conhecimento da análise econômica do Direito (AED) na magistratura, nas universidades, na advocacia, no Legislativo e incentivar pesquisa de ponta em AED nas principais instituições do país” (Palavras proferidas por Orlando Celso da Silva Neto quando de sua eleição para compor a nova diretoria da ABDE, eleita ao término do X Congresso Anual da Entidade, ocorrida na cidade de Porto Alegre/RS. Conteúdo disponível em <<https://abde.com.br/noticias/orlando-silva-neto-e-o-novo-presidente-da-abde-1>>, acesso em 19 de março de 2018). Além de Orlando Celso da Silva Neto, que possui formação acadêmica em Direito (Orlando Celso da Silva Neto é mestre e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo) outros juristas também compuseram recentemente a presidência da instituição, dentre eles Luciano Benetti Timm (2016/2017), Cristiano Rosa de Carvalho

Dentre as inúmeras atividades e pesquisas, destaca-se o Congresso Anual da Entidade, evento que reúne os maiores pesquisadores em Direito e Economia para fazerem exposições acerca dos temas que entendam pertinentes com a abordagem jus-econômica.

A criação da ABDE se deu no ano de 2008, período em que já existia, na Faculdade de Direito de São Paulo, em seu Programa de Doutorado, cadeiras que estudavam a AED, como “direito e economia” e “direito e desenvolvimento.”⁷⁸

Dessa forma, tem-se na Universidade de São Paulo um dos primeiros espaços acadêmicos no Brasil preocupado em estudar o fenômeno jurídico também com a lupa e técnicas da Economia, incentivando projetos de pesquisas nessa nova área de conhecimento nacional.

Outra instituição que merece destaque no desenvolvimento da Análise Econômica do Direito no Brasil é a Fundação Getúlio Vargas, que através das sedes do Rio de Janeiro e São Paulo reúne um corpo docente ímpar focado na formação do conhecimento e pesquisa de maneira multidisciplinar. Além disso, cumpre destacar que no âmbito da pesquisa a FGV detém o Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE), onde se propõem “análises e discussões sobre os efeitos esperados de normas e decisões jurídicas sobre o comportamento dos agentes econômicos e o desenvolvimento sócio-econômico do País.”⁷⁹

Também é através da Fundação Getúlio Vargas que muitos dos trabalhos acadêmicos são disponibilizados ao público em geral, possuindo a supracitada instituição a revista “Direito GV”, periódico quadrimestral de grande importância para a sedimentação das pesquisas que englobam Direito e Economia, Direito e Desenvolvimento e Direito e Sociedade.

Já na realidade baiana, a Egrégia Universidade Federal da Bahia também aparece como um expoente na produção intelectual da Análise Econômica do Direito no Brasil, sendo um trabalho fortemente estimulado no Programa de Pós Graduação da instituição (que possui uma linha de pesquisa específica em Análise Econômica do Direito para o Mestrado e para o Doutorado), como também através da criação

(2014/2015) e Ivo Teixeira Gico Jr. (2013/2014). Com primeira graduação acadêmica em Economia, a ABDE já esteve também sob a presidência de Luciana Yeung (2015/2016) e Flávia Santinoni Vera (2007/2008).

⁷⁸ JASPER, op. cit., p. 101.

⁷⁹ Fundação Getúlio Vargas, disponível em <http://diretorio.fgv.br/cpde>, acesso em 22 de março de 2018.

do próprio grupo de pesquisa em Cidadania/AED, ambos sob a liderança do Doutor Saulo José Casali Bahia⁸⁰.

Como um dos resultados desse estímulo acadêmico, anualmente se organiza o “Encontro Baiano de Análise Econômica do Direito”, evento que reúne docentes e discentes locais que pesquisam a AED nas suas mais variadas áreas de aplicação no ordenamento brasileiro, além de serem convidados expoentes nacionais da matéria, para palestrarem sobre seus estudos e perspectivas.

Os projetos e autores aqui apresentados são importantes demonstrativos que a Análise Econômica do Direito já se apresenta como um seguimento acadêmico mais robustecido do que o efetivamente divulgado, cabendo aos entusiastas do assunto expandir seu alcance a ponto de popularizá-lo.

A singela exposição aqui realizada é incapaz de quantificar e qualificar o quanto de trabalho vem sendo produzido em todo o país. Trata-se apenas de ponto focado na exposição das mais variadas instituições e atores responsáveis pelo aperfeiçoamento da AED no Brasil.

Hoje, indubitavelmente, é possível afirmar que o estudo em Direito e Economia já é uma realidade posta ao acadêmico do direito, sendo trajeto importante no crescimento econômico e social nacional.

2.3.3. Eficiência e justiça: aspectos positivos e negativos

A recepção e aplicabilidade da Análise Econômica do Direito perante a realidade Norte Americana ocasionou um grande entusiasmo por parte dos juristas e economistas estadunidenses, tendo a AED se difundido quantitativamente (expansão territorial, alcançando relevância tanto nacional tanto internacional) e, principalmente, qualitativamente (atraindo pesquisadores do mais alto gabarito das grandes universidades dos Estados Unidos).

Durante o processo de desenvolvimento da AED, muitas foram as críticas trabalhadas acerca desse pensamento, sendo essas formuladas por estudiosos da área, bem como por juristas, economistas e filósofos que não comungavam desse pensamento.

⁸⁰ Os pesquisadores do grupo reúnem-se regularmente tanto para debater os clássicos que compõem a literatura básica sobre Direito e Economia como para se inteirar do que de mais atual vem sendo tratado sobre a matéria, mesclando história e vanguarda na compreensão do tema.

Considerando que nesses mais de quarenta anos de estudos e críticas, houve inúmeras reformulações e adaptações metodológicas na abordagem da AED, é farto nos escritos brasileiros a apresentação dessas divergências, sendo desnecessário a este trabalho revisitar todas as superadas discussões, cabendo então breves *insights*.

Em verdade, cumpre destacar de relevante ao capítulo a aproximação entre a ideia de eficiência econômica e o alcance/realização do postulado da justiça. É dizer: o ponto de convergência entre o pensamento econômico e o jurídico, na epistemologia da Análise Econômica do Direito, passa obrigatoriamente sobre a relação que os conceitos de eficiência e justiça possuem nessa teoria.

Durante certo período a doutrina de Direito e Economia fundamentou que o objetivo do Estado era o de viabilizar a maximização de riqueza dos cidadãos, razão pela qual as instituições jurídico-políticas deveriam ser avaliadas em função deste paradigma⁸¹.

No que concerne propriamente ao Direito, em seu aspecto estrutural e procedimental, a esse seria cabível o papel de construir um sistema indutor de incentivos e condutas, o que promoveria a desejada maximização de riqueza; enquanto que em seu aspecto valorativo, caberia adoção da ideia de maximização de riqueza como elemento fundacional do Direito, podendo tal critério ser utilizado na aferição de normas justas e injustas⁸².

No aspecto normativo, a preocupação da Análise Econômica do Direito esteve sempre pautada na verificação dos incentivos e dos efeitos inibidores da lei ocasionados no meio social, visando um comportamento equitativo e eficiente das partes, com uma regular atribuição de riscos, uma avaliação dos resultados alcançados e uma simbiose entre eficiência e justiça, pois o julgador deveria comportar-se, ante os casos concretos, de maneira a solucionar a lide entre as partes com eficiência, maximizando resultados e induzindo comportamentos a serem adotados⁸³.

⁸¹ SALAMA, op. cit., p. 42.

⁸² Ibidem, p. 42.

⁸³ GONÇALVES; STELZER. op. cit., p. 202.

Com essa abordagem não se propugnava o vilipêndio às máximas jurídicas, mas sim um redirecionamento do Direito e da estrutura estatal no sentido de melhor atendimento e solução das demandas sociais⁸⁴.

Rebatendo filosoficamente os fundamentos éticos da ideia desenvolvida principalmente por Posner, Dworkin afirma que o aumento da riqueza nem sempre é uma busca do sujeito, sendo comuns hipóteses em que as pessoas não colocam o aumento da riqueza como objetivo primordial ou essencial⁸⁵. Nesse caso, é possível que determinado indivíduo melhore sua situação sem necessariamente aumentar a sua riqueza, o que faria, por exemplo, mediante o prazer de uma ação altruísta⁸⁶.

As críticas à eficiência fundacional do Direito ocasionou uma virada pragmatista⁸⁷ de Posner, fazendo-o reformular seu conceito de eficiência para modelo menos radical, preocupando-se no estabelecimento de conceito e estrutura focada no alcance de decisões mais eficientes no sentido de melhor atendimento quanto aos interesses sociais.

Outras críticas comumente apresentadas disseram respeito à ausência de falseabilidade das hipóteses formuladas na doutrina jurídica, por considerar modelos ideais em detrimento aos dados empírico; da ausência de familiaridade dos profissionais do direito com os mais diversos conceitos econômicos; além da falta de dados empíricos capazes de testar as hipóteses suscitadas para realização de mudança social⁸⁸.

Apesar da relevância e dos desdobramentos das discussões econômicas e jus-filosóficas entre o conteúdo da eficiência e da justiça, há pontos de convergências que merecem atenção e consideração.

Como prudentemente atenta Ivo Teixeira Gico Jr. sobre os conceitos acima, ante a existência de recursos escassos e de demandas potencialmente ilimitadas, todo e qualquer desperdício impõe desassistência às necessidades humanas, razão pela qual o conteúdo da justiça passa pelo combate à eliminação de desperdício⁸⁹.

⁸⁴ Ibidem, p. 203.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípios*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ CHAVES, Vinicius Figueiredo. Eficiência e Justiça, em *Revista Juris Poiesis*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, ano 18, n. 18, jan. – dez., 2015, p. 110.

⁸⁸ SALAMA, op. cit., pp. 44-45.

⁸⁹ Op. cit., p. 28.

Aplicando lógica às avessas, ainda que não seja possível afirmar que eficiência é sinônimo de justiça, é correto dizer que a ineficiência é sinônimo de injusta, por ocorrência de desperdício evitável⁹⁰. Isso não significa dizer que o Estado deve escolher a alternativa menos custosa aos seus cofres, mas sim de que uma vez feita a escolha pública essa será executada com eficiência, evitando assim o desperdício de bens e recursos. Ilustrando o quanto exposto, no caso do Poder Estatal entender pela necessidade de ampliação do acesso à saúde para os cidadãos, por exemplo, não estaria o administrador público obrigado a escolher aumentar a rede de credenciamento de consultórios e hospitais particulares no atendimento das demandas do SUS em detrimento da construção ou reforma de hospital público, ao fundamento de ser a primeira escolha menos custosa ao Estado, portanto, supostamente mais eficiente e justa nos parâmetros apontados. O que é defendido é que feita a escolha pública (aumento do credenciamento ou construção/reforma de hospital público) os custos para a efetivação do comando deve ser feito com o menor gasto possível de recursos.

Além da aplicação da eficiência no campo administrativo, é possível também utiliza-la no âmbito judicial, pois a visão contemporânea trazida para os temas permite ao julgador congregar a ética consequencialista da Economia do Novo Institucionalismo com a deontologia da discussão de justiça, aparatando o julgador com uma nova forma de pensar⁹¹.

Outra contribuição que calha pertinente diz respeito à aproximação do estudo jurídico com o conhecimento e apreciação dos arranjos institucionais⁹², dando ao operador do direito elementos capazes de efetivamente auxiliá-lo na tomada de decisões políticas.

Com essas reflexões, convém dizer que o binômio eficiência-justiça não deve ser visto como conceitos similares, mas sim como parâmetros importantes no alcance de decisões públicas que almejem satisfatoriamente os interesses sociais, sejam elas decisões jurídicas ou administrativas.

⁹⁰ GICO JR., p. 28

⁹¹ SALAMA, op. cit., p. 52.

⁹² EPSTEIN, Richard A. *Law and Economics: its glorious past and cloudy future. The University of Chicago Law Review*. Chicago: University of Chicago Law School, 1997, p. 1.174.

2.4. IMPLICAÇÕES DA *CIVIL LAW* NO PROCESSO NORMATIVO E AS CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O estudo até aqui realizado aponta, especialmente no exame histórico feito alhures (*vide* tópico 2.1), que o surgimento e desenvolvimento da Análise Econômica do Direito se deu precipuamente nos Estados Unidos, país que adota em seu ordenamento jurídico o sistema anglo-saxônico, habitualmente chamado de *Common Law*, diferindo assim do modelo brasileiro de tradição romano-germânica conhecido por *Civil Law*.

Com as inúmeras diferenças na formação e aplicação do direito por cada um desses modelos, surgiu o questionamento acerca da possibilidade de aplicação da Análise Econômica do Direito ao sistema de *Civil Law*, haja vista sua essência no direito consuetudinário. Hodiernamente, parece superada tal controvérsia.

O caráter multifacetário do Direito e Economia permite uma aderência temática que extrapola os limites estruturais/organizacionais do Direito, o que é refletido na sua aplicação a diversos campos sociais (ciência política, economia, psicologia, sociologia, direito etc.), nas distintas áreas jurídicas (família, penal, contratos, teoria geral etc.) e na sua expansão em diversos continentes, com cada vez mais estudiosos na América do Sul, Ásia e Europa.

Reconhecida sua relevância colaborativa aos fenômenos sociais, impõe ponderar que a Análise Econômica do Direito pode contribuir de maneira direta no sistema de *Civil Law* e, ante as peculiaridades do caso brasileiro e do presente estudo, também pode auxiliar nos problemas trágicos que acometem a judicialização da política. Algumas dessas contribuições são apontadas neste trabalho.

Uma primeira correlação da AED e *Civil Law* que merece destaque reside no desenvolvimento de estudos acerca das externalidades, que nada mais são do que efeitos positivos ou negativos oriundos de condutas praticadas por empresas e/ou indivíduos, sendo que tais efeitos causam benefícios ou custos a terceiros que estejam fora do mercado⁹³.

Cabendo ao Estado a regulamentação dessas externalidades, controlando os impactos negativos (combate a poluição do ar e dos rios, por exemplo) e estimulando externalidades positivas (como a concessão de incentivos

⁹³ SAMUELSON, Paul Anthony; NORDHAUS, William. Mercados e Governo Numa Economia Moderna, em *Economia*. 14 ed. Lisboa: McGraw-Hill, 1993, p. 49.

fiscais para empresas se estabelecerem em determinados locais, gerando emprego e renda), a lei acaba por ser valiosa ferramenta na regulação das condutas públicas.

Exemplo recente de externalidade positiva oriunda do processo normativo é extraída da promulgação da Lei Federal 13.656/18, lei que isenta do pagamento de taxas de inscrição em concursos públicos para provimentos em cargo efetivo ou empregos permanentes em órgãos e entidades da União (administração direta e indireta) os candidatos que sejam doadores de medula óssea regularmente cadastrados em entidades reconhecidas pelo Ministério da Saúde⁹⁴.

Tratando-se a medula óssea de bem escasso, de caráter orgânico e não financeiro, do qual o Estado é incapaz de “produzir”, a ampliação da rede de doadores através da concessão de estímulos aos cidadãos (no caso da lei, isenção em taxa de inscrição de concurso público federal) é forma arrojada que o Estado encontra para minorar os efeitos de uma escassez de bem⁹⁵ extremamente raro na sociedade, cujo valor social é incalculável. Em termos probabilísticos, as chances de um paciente encontrar um doador “não familiar” que lhe seja compatível são de uma a cada cem mil pessoas⁹⁶.

Importa asseverar que a promulgação da referida lei não necessariamente implicará maior gasto aos cofres públicos, uma vez que o custo estatal para isentar os doadores da taxa de inscrição pode ser repassado aos demais candidatos inscritos⁹⁷. Por outro lado, na hipótese de assunção dos custos financeiros da nova lei pelos cofres públicos (ou seja, por todos os contribuintes da sociedade), ainda assim é defensável sua adoção, bastando sopesar os ganhos sociais com os eventuais prejuízos a serem experimentados.

Com relação à aferição da eficiência nas mudanças políticas, válidas as palavras de Richard Zerbe quando afirma que “uma mudança na política que causa

⁹⁴ Art. 1º São isentos do pagamento de taxa de inscrição em concursos públicos para provimento de cargo efetivo ou emprego permanente em órgãos ou entidades da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União:

(*Omissis*)

II - os candidatos doadores de medula óssea em entidades reconhecidas pelo Ministério da Saúde.

⁹⁵ A utilização da nomenclatura “bem” para referenciar a medula óssea não tem o intuito de torna-la produto em caráter mercantilista, mas apenas para demonstrar ser esse um elemento físico existente.

⁹⁶ REDOME – Registro Nacional de Doadores Voluntários de Medula Óssea. Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva. Disponível em <http://redome.inca.gov.br/paciente/como-e-feita-a-busca-por-um-doador>. Acesso em 20 de maio de 2018.

⁹⁷ Exemplo simples e objetivo: se em um concurso público metade dos candidatos são isentos por conta da nova Lei 13.656/18, bastaria a elevação do valor da taxa para o seu dobro para que não houvesse custeio por parte do órgão realizador do certame.

um movimento da posição A para a posição B é desejável se (1) passar em um teste de compensação e (2) a posição B for distributivamente superior à posição A.”⁹⁸.

Interessante notar que o ato donativo sequer é obrigatório para a concessão do benefício previsto em lei, já que o critério verificador da isenção não está na concretização da doação, nem na obrigatoriedade de fazê-lo caso surja paciente donatário, mas tão somente no cadastramento como doador voluntário (vide o artigo 1º, II da Lei 13.656/18). O altruísmo necessário para a prática da doação (*animus donandi*) continua a ser elemento indissociável na concretização do ato⁹⁹, mas não o é para obtenção do benefício financeiro.

Apesar da obviedade, convém apontar alguns dos resultados positivos obtidos com a efetivação da doação (e que são muitos); entre eles estão: a preservação da vida; a consolidação do acesso à saúde; a possibilidade de reinserção no mercado de profissional saudável; a circulação de riquezas e tributos ocasionados pelo outrora paciente etc.

O custo social tolerável para a mudança ocasionada pela lei justifica o sopesamento realizado pelo gestor público. Em linha mais argumentativa, costumeira e de caráter jurídico, cumpre dizer que a própria natureza eletiva dos políticos pode ser vista como elemento legitimador das políticas públicas, sendo eles os representantes do povo e, hipoteticamente, praticantes de ações voltadas para os interesses sociais daqueles que representam. As contribuições da teoria da escolha pública ao tema adota abordagem diversa, conforme exposição nas linhas que seguirão.

Nesse sentido, os processos políticos de alteração de institutos jurídicos requer a escolha de procedimentos coletivos tomados por esses agentes, alinhando

⁹⁸ ZERBE JR., Richard O. *Economic Efficiency in Law and Economics* – new horizons in law and economics. Northampton: Edward Elgar, 2001, p. 6. Texto Original: “Thus, a change in policy that causes a movement from position A to position B is desirable if (1) it passes a compensation test and (2) position B is distributionally superior to position A.”

⁹⁹ Lei nº 9.434/97 – Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4o deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (Omissis)

§ 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada. (grifos aditados)

assim os interesses dos representados (os cidadãos) ao quanto decidido por esses políticos¹⁰⁰.

A regulação estatal de condutas humanas através do processo normativo é conceito basilar do Direito e Economia. Em país que adota modelo civilista, onde o processo legiferante fica adstrito aos políticos eleitos, e materializados em compilações normativas, o tema da codificação surge latente, precipuamente no âmbito de desenvolvimento e interação mercadológica.

Conscientes de tais fatores, natural afirmar que as codificações “visavam a regular o que agora denominaríamos externalidades e sistematizar os costumes e direito costumeiro, sobretudo por meio de normas supletivas”¹⁰¹, o que permitiu assim a criação de um ambiente para funcionamento adequado de economia de mercado, tutelando a liberdade de contratar¹⁰² e realizando o desenvolvimento social.

O processo de codificação de normas também visa estabelecer mecanismos para redução dos custos de transação¹⁰³, estabelecendo critérios claros e objetivos na divisão de responsabilidades e estabelecimento de padrões de conduta prévia¹⁰⁴.

Ainda sobre a codificação e as contribuições da AED ao modelo de *Civil Law* fica clara a íntima relação dos temas quando apreciada através da perspectiva/vertente normativa da Análise jus-econômica, vez que esse tipo de abordagem trabalha com o plano ideal (dever ser) das normas elaboradas, podendo auxiliar consideravelmente na formulação de dilemas e questionamentos (principalmente de caráter valorativo) que apontem para adoção de regras eficientes.

Nesse ínterim, importante destacar que os julgamentos de valor são indissociáveis na economia normativa¹⁰⁵, sendo extremamente importante ao gestor público (no caso das elaborações normativas, ao Legislativo) a consciência das decisões que estão adotando a partir do processo legiferante.

¹⁰⁰ PARISI, Francesco. The Perspective of Law, em *Readings in Public Choice and Constitutional Political Economy*. New York: Springer Science+ Business Media, 2008, p. 228.

¹⁰¹ ANDONOVA, Benito Arruñada Veneta. Instituições de Mercado e Competência do Judiciário, em *Direito & Economia – análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005, pp. 189-190.

¹⁰² Ibidem, p. 183.

¹⁰³ MACKAAY, Ejan. Law and Economics: *what's in it for us civilian lawyers*, em *Law and Economics In Civil Law Countries*. Amsterdã: Elsevier Science B.V., 2001, p. 29.

¹⁰⁴ Ibidem

¹⁰⁵ ZERBE JR., op. cit., p. 6.

Numa Constituição que estabelece como um de seus objetivos a redução das desigualdades sociais¹⁰⁶, os estudos econométricos são de suma importância para auxiliar os agentes políticos no alcance de tais metas.

Ponderando sobre os grupos de interesse e a pressão que esses fazem no processo de manutenção do *status quo* ou de ascensão social, a utilização do critério de Kaldor-Hicks na aferição de modificações alocativas de renda, quando da alteração de políticas públicas, tem inegável pertinência. Entender essas interações e decidir fundamentadamente pelo melhor critério é o compromisso pelo qual todo gestor público deve se pautar.

Considerando, ainda, que o critério de Kaldor-Hicks estabelece como parâmetro apenas uma compensação ideal, a utilização de resultados estatísticos e a aplicação de raciocínios econômicos abstratos (esses característicos da Microeconomia) se faz presente e devido quando dessas alterações.

Aqui, cabe a ressalva já apresentada acerca da literatura da *Public Choice* e sua premissa sobre os interesses dos funcionários públicos quanto ao alcance de determinado resultado na realização de processos políticos, sendo pertinentes as considerações de Boudreaux e Pritchard quando afirmam que servidores públicos não são mais esclarecidos ou engajados do espírito público do que os atores privados a atuarem no mercado¹⁰⁷.

Assim como os grupos privados e cidadãos particulares buscam mecanismos de pressão para satisfação dos seus interesses, os agentes públicos também atuam racionalmente de maneira a alcançar, pra si, determinado benefício governamental¹⁰⁸.

Ainda nas palavras dos citados autores, “tarifas protecionistas e cotas de importação, subsídios agrícolas e requisitos de licenciamento ocupacional são apenas alguns exemplos dos muitos privilégios de grupo de interesse obtidos por lei.”¹⁰⁹

¹⁰⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (Omissis)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

¹⁰⁷ BOUDREAUX, Donald Joseph; PRITCHARD, Adam C. *Rewriting the Constitution: an economic analysis of the constitutional amendment process*. New York: Fordham Law Review, v. 62, 1993, p. 113. Disponível em < <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol62/iss1/4>>. Acesso em 12 de maio de 2018.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 113.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 117. Texto original: “Protective tariffs and import quotas, farm subsidies, and occupational-licensing requirements are only a few examples of the many interest-group privileges obtained by statute”.

Transpondo a lógica dos interesses particulares no desenvolvimento de políticas públicas, potencial exemplo é extraído na análise dos contornos adotados no Projeto de Lei da Câmara nº 34/2015, que visa alterar a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), desobrigando os produtores de gêneros alimentícios a informar aos consumidores sobre a existência de produtos transgênicos na composição do alimento, quando o percentual utilizado seja inferior a 1% (um por cento) da composição total do gênero alimentício¹¹⁰.

O resultado prático a se obter com essa alteração normativa está na desnecessidade de inclusão da letra “T” nos rótulos e embalagens dos produtos transgênicos, letra essa que vem acompanhada de um triângulo amarelo como plano de fundo.

Por se tratar de Projeto de Lei de grande interesse da conhecida bancada ruralista¹¹¹, o esforço político na obtenção da aprovação do Projeto é facilmente relacionado aos benefícios econômicos e produtivos que o setor obterá com a eventual flexibilização das normas de segurança e informação ao consumidor.

Como potencial argumento legitimador da mudança, fundamentam os apoiadores do Projeto que os produtos transgênicos são seguros ao consumo e de eficiência produtiva incomparável aos alimentos tradicionais e orgânicos, o que permitiria suprir a escassez de alguns desses gêneros.

Em sentido contrário, as associações de proteção aos direitos do consumidor alegam que a alteração planejada prejudicará a grande maioria dos produtos rurais, pois esses terão custos para demonstrar que seus produtos não sofreram alterações genéticas. Para os consumidores, o prejuízo está na falta do dever de informação dos fornecedores, tornando a população mais suscetível à compra de produtos com segurança duvidosa, potencializando o risco de futuramente sofrer com problemas sanitários por decorrência da questionada segurança no consumo desses alimentos geneticamente modificados.

¹¹⁰ Projeto de Lei da Câmara nº 34, de 2015. **Ementa:** Altera a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.

Explicação da Ementa: Altera a Lei de Biossegurança para liberar os produtores de alimentos de informar ao consumidor sobre a presença de componentes transgênicos quando esta se der em porcentagem inferior a 1% da composição total do produto alimentício.

¹¹¹ A bancada ruralista é termo utilizado para referenciar uma frente parlamentar que visa a proteção e interesse do setor ruralista do Brasil. Composta por políticos intimamente ligados ao agronegócio e tendo apoio de grandes latifundiários, sua atuação é voltada a projetos que estimulem ou protejam esse setor econômico, além de grande interesse em Comissões e Ministérios que estejam ligados ao meio ambiente.

Nessa linha de entendimento, a literatura da *Public Choice* auxilia no entendimento da ciência política, do desenvolvimento do jogo partidário e na compreensão do procedimento instaurado nas criações normativas e nos interesses pessoais que cunham o processo legiferante.

O tema trabalhado neste tópico será revisitado no capítulo seguinte, dessa vez com enfoque nos reflexos econômicos oriundos da atuação do Poder Judiciário, demonstrando como as discussões jurídicas (e o sistema que dela deriva) alteram significativamente a Economia e seus desdobramentos, impactando diretamente na vida do cidadão. Sendo via dúplice, também há de se falar como as mudanças e escolhas econômicas impactam o Direito e o Poder Judiciário, não estando esse em redoma que o impeça de experimentar dessa indissociável interação.

3. O PODER JUDICIÁRIO E AS ESCOLHAS TRÁGICAS

Realizado estudo inaugural acerca da Análise Econômica do Direito, apresentando sua evolução histórica, principais conceitos, pertinente enquadramento metodológico e epistemológico, além de algumas das críticas que compõem sua matéria, mister se faz realizar o devido recorte acadêmico para oferecimento das considerações e interações que o tema apresentado possui com o Poder Judiciário (visão macro) e a atuação em específico dos magistrados (visão micro).

A abordagem adotada para o presente capítulo é deveras simples, pois pretende aplicar as ferramentas do Direito e Economia ao Poder Judiciário, enfrentando o tema da judicialização das políticas públicas, especialmente na perspectiva da escassez de recursos e da necessidade de ponderação sobre as escolhas trágicas.

Entender como atualmente o Poder Judiciário age, analisando seus problemas de caráter estrutural e procedimental é uma maneira devida de observação do objeto científico, permitindo visualizar suas dificuldades através de ótica diversa do quanto vem sendo habitualmente trabalhado.

A utilização de instrumental novo, com novas abordagens alcança percepções diferentes do fenômeno. É dizer: a Análise Econômica do Direito se apresenta como ferramenta relativamente nova ao Direito Brasileiro e sua capacidade de clarear obscuridades e oxigenar os estudos doutrinários deve ser explorada.

As contribuições da Economia também são extremamente pertinentes para visualização da problemática apresentada neste recorte acadêmico, tendo as Escolas Institucionalistas e a Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*) contribuições que serão devidamente exploradas neste capítulo, sem prejuízo de utilização de demais conceitos e premissas características de outras escolas que possam auxiliar no enfrentamento do tema.

É de bom alvitre frisar que o estudo analítico acerca dos fundamentos comumente adotados pela doutrina constitucionalista majoritária do Brasil não serão descartados do presente estudo, pois esses além de ainda se manterem pertinentes e atuais, ainda fundamentam a estrutura jurídica-acadêmica adotada no País.

Dessa forma, na linha do quanto defendido pelo Direito e Economia, a intenção com a apresentação de novas contribuições possui o caráter colaborativo em vez de ser excludente.

Desenvolvendo o tema das dificuldades do Judiciário e da alteração de perspectiva acadêmica, imperioso apresentar considerações sobre as escolhas trágicas (na doutrina estadunidense denominada *tradeoffs*), conceito importante nas ciências econômicas e de grande valia para a Análise Econômica do Direito.

Como exposto em linhas pretéritas, uma das premissas básicas adotada pela Economia diz respeito à escassez de recurso e o combate ao desperdício, o que visa o alcance da eficiência produtiva.

Ciente da escassez de recursos, o homem precisa decidir eficientemente sobre qual alocação produtiva adotará, fazendo um bom uso dos bens e aumentando suas expectativas econômicas.

Escolher uma alternativa implica, necessariamente, em abdicação de outros caminhos que porventura seriam adotados. É dizer: o homem racional precisa sopesar entre os ganhos que obterá com determinada escolha e os prejuízos que ocorrerá pela não adoção de alternativa existente, sendo essa decisão conhecida como escolha trágica, *tradeoffs*, custos de oportunidade ou custos econômicos.

Robustecendo o tema, explica Cento Veljanovsk que “o custo econômico de algo representa o valor do bem que deixou de ser produzido para que o primeiro o fosse, isto é, o custo econômico de algo se incorpora no valor da alternativa sacrificada.”¹¹².

Falar em *tradeoffs* significa realizar sacrifícios, pois para se conseguir qualquer coisa é preciso descartar outras, já que nem tudo pode ser produzido¹¹³.

O tema das escolhas trágicas ganha contornos mais incisivos quando relacionado ao direito à saúde, especialmente no âmbito das ações judiciais para concessão de medicamentos e tratamentos. Não havendo bens e recursos para todos, como decidir satisfatoriamente?

Evidentemente que a existência de escassez, homogeneidade e divisibilidade dos bens materiais desafiam a visão equitativa de tratamento igual para todos¹¹⁴, o que costumeiramente é desconsiderado pelos julgadores pátrios.

¹¹² Ibidem, p. 60.

¹¹³ SALAMA, op. cit., pp. 26-27.

A formação jurídica dos operadores do direito no Brasil é construída na perspectiva da dualidade certo-errado, justo-injusto, devido-indevido, autor-réu, culpado-inocente, sendo interpretação pueril ante a complexidade das relações sociais e seus desdobramentos.

A construção cultural dessa perspectiva de pensamento por inúmeras vezes impede os magistrados e demais atores judiciais de encontrar alternativas que fujam da visão mecanicista encrostada no intelectual coletivo, essa polarizada nas dualidades apresentadas acima.

Nas demandas de violação aos direitos fundamentais (destacadamente nas de direitos sociais), o recorte fático apresentado aos julgadores geralmente é resumido em três aspectos: i) a existência de normativo que preveja algum direito; ii) suposta comprovação de eventual violação (omissiva ou comissiva) aos direitos do cidadão; e iii) o dever de cessação, pelo órgão judicial, da lesão alegada.

Por essa abordagem, o debate jurídico é inglório, pois o papel do julgador basicamente limita-se a confirmar que há norma que preveja o acesso a determinado direito e que a violação efetivamente aconteceu. Outros desdobramentos tão relevantes ao caso ficam em segundo plano ou são descaracterizados, reduzindo o debate à mera subsunção jurídica.

Em quais hipóteses os juízes negam-se a conceder tutela de urgência ou conferir ganho de causa quando a ação versa sobre dificuldade no acesso à saúde no Brasil?

Os estudos em Direito e Economia apresentam outras ponderações que são importantes para o julgamento, principalmente nos temas das externalidades, do desenvolvimento econômico, da justiça distributiva e dos custos dos direitos.

O objetivo deste capítulo é de justamente apresentar e questionar o atual parâmetro adotado pelos magistrados em seu processo decisório, bem como apresentar doutrina que contrapõe a atual lógica fundante do discurso.

Reforçando o espírito colaborativo, os contrapontos que serão apresentados visam a promoção de maiores reflexões jurídicas e filosóficas, bem como o aprofundamento na análise do problema, fomentando os operadores com maior substrato teórico capaz de auxiliá-los na busca por decisão eficiente.

¹¹⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha* – em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 135.

3.1. PROVIMENTOS JUDICIAIS E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Através dos apontamentos realizados neste trabalho, resta claro como o sistema jurídico e o sistema econômico influenciam-se reciprocamente, na medida em que as alterações regulamentares (sistema jurídico) ocasionam mudanças comportamentais, sendo tais mudanças de grande interesse no estudo da ciência econômica.

Na mesma linha, o papel que as instituições ocupam na sociedade e as interações mercadológicas entre os indivíduos também servem de elementos na construção e desenvolvimento do ordenamento jurídico.

Sendo as instituições “hábitos de pensamento amplamente seguidos e as práticas que prevalecem em qualquer período dado” ¹¹⁵, conforme conceito elaborado por Thorstein Veblen, citado em trabalho de Medema, Mercurio e Samuels, a evolução da sociedade interfere diretamente no conteúdo desses pensamentos coletivos, levando questionamentos aos tribunais e alterando o Direito.

Cabendo ao Judiciário a fiscalização e aplicação da norma, tendo o papel de “dizer o direito” aos cidadãos, os impactos sociais de alguns posicionamentos jurídicos alteram substancialmente a sociedade. Para isso, basta ver no âmbito de instituição secular como o casamento a alteração significativa do seu conteúdo e conceito nas três últimas décadas (notadamente após o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002), ocorrendo a equiparação dos efeitos da união estável aos do casamento civil (inclusive para fins sucessórios¹¹⁶) e sendo reconhecida a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em verdade, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal apenas buscou conciliar fatos sociais (condutas comportamentais) com o ordenamento jurídico, evoluindo seu entendimento de maneira a não deixar fenômenos ou grupos à margem do Direito.

¹¹⁵ MEDEMA, Steven G.; MERCURO, Nicholas; SAMUELS, Warren J. *apud* VEBLEN, Thorstein. Institutional Law and Economics, in *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishers, 2000, p.419. Texto original: “Veblen (1899) defined institutions as ‘widely followed habits of thought and the practices which prevail in any given period.’”

¹¹⁶ Através do julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 646721 e 878694, ambos com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal equiparou, para fins sucessórios, cônjuges de companheiros, inclusive nas uniões homoafetivas. Dessa maneira, restou declarado inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, vez que esse apresentava regra sucessória incompatível aos ditames da Constituição Federal.

Ciente dessa faceta dúplice dos fatos sociais, onde há cumplicidade e interação dos sistemas jurídico e econômico, a Análise Econômica do Direito se dedica a estudar de modo mais detalhado essa relação, sendo uma contribuição direta da Escola Institucionalista de Economia. Nas palavras de John R. Commons, “um estatuto ou uma lei constitucional é letra morta quando desconsidera os costumes.”¹¹⁷.

Já no âmbito da Teoria das Escolhas Públicas, considerável é sua contribuição ao focar no papel dos grupos de interesse na formulação, alteração ou extinção da lei, formando um conglomerado de regras e entendimentos que coadunem com o projeto daquele grupo ou instituição (*vide* item 2.4 deste estudo).

Revisitando o trabalho desenvolvido por Boudreaux e Pritchard, a depender do tipo de interesse que determinado grupo possua, o jogo político-normativo é construído de maneira a alcançar a promulgação de uma lei, estatuto, código ou, até, uma emenda constitucional¹¹⁸. A diferença na motivação/escolha por determinado tipo normativo está no custo que haverá para promulgação dessa ou daquela fonte legislativa, sendo de conhecimento desses atores que a busca de privilégio através de norma de natureza constitucional requer mais tempo e é mais custosa, por uma clara questão de hierarquia jurídica e burocracia procedimental¹¹⁹. O modelo político estrutural do Legislativo permite esse tipo de pressão e *lobby*.

Já o desenho institucional do Judiciário brasileiro segue modelo comumente aplicado em outros países ocidentais, onde a entidade é projetada como do tipo burocrática, sendo o ingresso mediante seleção pública e visando uma estruturação que proteja seus membros das influências políticas e econômicas¹²⁰.

Apesar das peculiaridades da estruturação do Judiciário, este não fica imune de eventuais pressões. O mesmo tipo de interesse existente no processo normativo e nos seus agentes políticos também ocorre com o Judiciário, sendo frequentemente convidado a interpretar e avaliar os efeitos sociais das normas postas, na busca por sua concretude. Este é o recorte que aqui merece a devida atenção.

¹¹⁷ COMMONS, John R. *Legal Foundations of Capitalism*. New York: The Macmillan Company, 1924, p. 299. Texto original: “Statute law or constitutional law is a dead letter where it does not fit the customs.”.

¹¹⁸ BOUDREAUX; PRITCHARD, *op. cit.*, p. 117.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 117.

¹²⁰ PARISI, *op. cit.*, p. 240.

Desde o trabalho de Landes e Posner¹²¹ sobre a independência do Judiciário, os grupos de interesses e a viabilidade de processo governamental que efetive a participação desses grupos; cresceram os enfoques acadêmicos na análise das influências desses movimentos no Judiciário e a construção do posicionamento jurídico dos tribunais.

O processo democrático de formulação de precedentes e da aplicação da lei ocorre através da participação indireta dos cidadãos, já que esses, mediante advogados, defensores, promotores e procuradores públicos, levantam teses e entendimentos que serão debatidos com o Estado-juiz, em casos concretos, dos quais tenham direto interesse¹²².

O conteúdo obtido através dessas discussões cristaliza o conjunto de comportamentos juridicamente aceitável, formando um corpo teórico de condutas aprováveis ou reprováveis.

Os impactos econômicos e sociais ocasionados pelos posicionamentos judiciais sobre algum instituto jurídico resultam no desenvolvimento e evolução da sociedade.

Trazendo exemplo da realidade norte americana, John R. Commons apresenta em seu livro *Legal Foundations of Capitalism* como a Suprema Corte Americana, entre o período de 1872 a 1890, foi diversas vezes convocada para definir o conceito de “liberdade” e “propriedade”, segundo estabelecido na décima terceira e décima quarta emenda constitucional. Nas definições da décima quarta emenda da Constituição Estadunidense, nenhum cidadão seria privado da sua vida, liberdade e propriedade sem que ocorresse o devido processo legal.

Durante o enfrentamento de casos concretos e seus desdobramentos sociais, a Suprema Corte modificou e alterou o conteúdo do direito de propriedade para além da questão física/material do objeto, passando a considerar também o valor de troca (valor mercadológico) do bem, rompendo assim com definição até então estritamente corpórea¹²³.

Existindo um conceito amplo de propriedade, superando o aspecto meramente corpóreo do bem, restava a Suprema Corte decidir também se nos casos concretos em que se questionavam eventuais restrições inconstitucionais no

¹²¹ LANDES, William M.; POSNER, Richard Allen. *Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis*, em *Journal of Law and Economics*. Chicago: The Chicago Law School, 1976, pp. 249–307.

¹²² FUX; BODART. op. cit., p. 424.

¹²³ COMMONS, op. cit., pp. 12-14.

gozo do direito de propriedade, por parte do Estado; haveria também de se falar em diminuição do direito de liberdade, ou se o conteúdo desse direito seria apenas quanto ao livre deslocamento físico do cidadão.

Como resultado prático desses debates, o conceito de liberdade foi ampliado e associado ao de propriedade, passando a Corte ao entendimento que a forma estabelecida na décima quarta emenda constitucional acerca do conceito de liberdade está associada não apenas ao direito do cidadão em ser livre, não sofrendo assim restrições físicas em seu deslocamento, mas a liberdade engloba também o livre gozo de todas as faculdades pelo sujeito, podendo ele usufruí-la de todas as maneiras legais cabíveis, inclusive viver e trabalhar para ganhar o seu sustento, perseguir qualquer meio de subsistência ou vocação, celebrar todos os contratos que entender conveniente e apropriado, extraindo seu direito na integralidade; razão pela qual, a interpretação do conceito de propriedade ao seu mero valor corpóreo do bem, desconsiderando seu valor de troca e de obtenção de lucro (valor mercadológico), constituía forma de restrição ilegal do direito de liberdade estabelecido pela décima quarta emenda, razão que legitimava a intervenção da Corte Suprema no combate à violação de direito eminentemente constitucional¹²⁴.

Com os debates e questionamentos apontados por Commons em seu livro, é possível perceber que através de interpretações de caráter eminentemente jurídico e filosófico, as consequências econômicas oriundas dessas alterações no conteúdo jurídico dos direitos ocasionaram forte impacto social, alterando relações e direcionando a sociedade para uma nova realidade.

Assim como ocorrido na Corte Suprema Norte Americana, há frequentemente no Brasil questionamentos jurídicos nas Cortes Superiores que impactam de sobremaneira a coletividade e a economia brasileira.

No ano de 2015 o Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Especial nº 1459779/MA, teve de decidir acerca da natureza jurídica do terço constitucional de férias¹²⁵, definindo se se tratava de verba de cunho indenizatório ou se seria de natureza remuneratória. A relevância da discussão estava no fato de

¹²⁴ Idem, *Ibidem*, p. 17.

¹²⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(*Omissis*)

XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

que a depender do tipo de entendimento firmado pelo STJ (se o terço constitucional de férias tem caráter indenizatório ou remuneratório) haveria a incidência do Imposto de Renda.

O posicionamento adotado pela Corte Cidadã foi de que o adicional de férias tem natureza remuneratória¹²⁶, razão pela qual haveria incidência do Imposto de Renda, com o consequente repasse do valor para os cofres da União.

Com esse posicionamento, restaram vencidos os ministros que entendiam o adicional do terço constitucional como verba de natureza indenizatória (inclusive o Ministro Relator), o que afastaria a incidência do Imposto de Renda e ocasionaria, segundo afirmado pela Receita Federal, uma diminuição anual no recolhimento do tributo próximo a R\$ 5.000.000.000,00 (cinco bilhões de reais), com diminuição já no ano de 2015.

Através de ambos os exemplos apresentados nas linhas pretéritas, resta claro como uma discussão que aparenta ser meramente jurídica traz reflexos econômicos e sociais de suma importância para a comunidade.

Assim como o quanto ocorrido no Recurso Especial nº 1459779/MA, os tribunais superiores são rotineiramente provocados a julgarem demandas que a controvérsia jurídica é apenas mais uma nuance a ser ponderada na formação do convencimento do magistrado. Essas demandas são ainda mais frequentes quando relacionadas com políticas públicas e violações a direitos fundamentais.

Atenta a isso, a Análise Econômica do Direito entende a relevância dos desdobramentos oriundos dos debates jurídicos e das decisões judiciais, fazendo uso de conhecimento multidisciplinar na visualização do problema social e,

¹²⁶ Ementa: TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. ADICIONAL DE 1/3 (UM TERÇO) DE FÉRIAS GOZADAS. INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO.

1. A jurisprudência tradicional do STJ é pacífica quanto à incidência do imposto de renda sobre o adicional (1/3) de férias gozadas. Precedentes: Pet 6.243/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 13/10/2008; AgRg no AREsp 450.899/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11/03/2014; AgRg no AREsp 367.144/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/02/2014; AgRg no REsp 1.112.877/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03/12/2010; REsp 891.794/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/03/2009; entre outros.

2. A conclusão acerca da natureza do terço constitucional de férias gozadas nos julgamentos da Pet 7.296/PE e do REsp 1.230.957/RS, por si só, não infirma a hipótese de incidência do imposto de renda, cujo fato gerador não está relacionado com a composição do salário de contribuição para fins previdenciários ou com a habitualidade de percepção dessa verba, mas, sim, com a existência, ou não, de acréscimo patrimonial, que, como visto, é patente quando do recebimento do adicional de férias gozadas.

3. Recurso especial provido, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator.

principalmente, na busca por solução eficiente, evitando a má alocação de recursos com o consequente desperdício de verbas públicas e de bens materiais.

Com essa exposição, surge a necessidade de formulação de dois questionamentos, para realização dos devidos enfrentamentos: como a intervenção judicial vem sendo feita no nosso ordenamento jurídico? Na forma como vem sendo feita é possível torná-la eficiente?

São essas as devidas considerações a serem pormenorizadas nas linhas abaixo.

3.2. ATIVISMO JUDICIAL: JUSTIÇA A QUALQUER CUSTO?

Tema intrinsecamente ligado ao Poder Judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais é o do ativismo judicial, viés que precisa ser estudado neste trabalho, cabendo maior enfoque ao tema da judicialização da saúde.

A importância do Estado no desenvolvimento econômico da sociedade e um maior conhecimento do cidadão quanto aos seus direitos ocasionaram um aumento de conflitos entre a Administração Pública e os particulares, levando aos tribunais pátrios demandas que visam de alguma maneira limitar os eventuais excessos do poder político porventura praticados¹²⁷.

Outro fundamento dessa intervenção judiciária também é compreendido como método de regulação econômica através da litigância, onde o uso dos tribunais pelos indivíduos resulta em substituição ou complementação do processo de regulação social e econômica do Estado¹²⁸.

Nesse ambiente, surge o que a doutrina comumente denominou de ativismo judicial, cabendo aqui sua análise.

Por ser assunto sensível no mundo acadêmico e na prática forense, tal conduta de alguns magistrados brasileiros divide opiniões¹²⁹, existindo quem

¹²⁷ GAROUPA, Nuno. Politização da Justiça e o Poder Judicial, p.1. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjX_Zzcof3bAhUFIZAKHfqGDicQFggpMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.stj.pt%2Fwp-content%2Fuploads%2F2007%2F04%2Fjspp_nunogaroupa.pdf&usq=AOvVaw1fnbhpxyaEkSG043sBTWfL>. Acesso em 25 de maio de 2018.

¹²⁸ Ibidem, p. 1.

¹²⁹ Essa divergência e reflexões existenciais acerca do ativismo judicial não se limitam a críticas externas ao Poder Judiciário, uma vez que considerável parte dos opositores ao ativismo são advogados, magistrados e juristas que, direta ou indiretamente, compõe esse Poder, sendo, portanto, um movimento com características tanto endógenas e exógenas.

entenda esse atuar como um mecanismo de concretização de direitos fundamentais¹³⁰ e fortalecimento institucional da magistratura e do Poder Judiciário, em contraponto ao entendimento de que o ativismo judicial nada mais é do que uma atuação desordenada e desconexa da atividade judicante¹³¹, sendo, portanto, prejudicial ao ordenamento jurídico e a economia brasileira.

Quando a intervenção do Judiciário ocorre no âmbito das políticas públicas, a matéria ganha contornos dramáticos, potencializando em consequências de grande escala e reverberando consideravelmente na vida do cidadão.

Frequentemente justificada na existência de omissão inconstitucional dos Poderes Executivos e Legislativos, é prática comum a intervenção do Poder Judiciário para reconhecer graves falhas no agir estatal e determinar comportamentos aos demais poderes, na busca por justiça e legalidade.

Imperioso destacar que a omissão inconstitucional aqui tratada ocorre quando o Estado, por existência de determinação normativa, deveria agir em acurado sentido, porém omite-se, causando lesão individual e/ou coletiva. Como acena Oswaldo Palu, tal “omissão é relevante não no sentido naturalístico de não fazer, mas no sentido normativo de não fazer algo devido e possível.”¹³².

Como consequência imediata ocorre um deslocamento, para o Poder Judiciário, das decisões políticas no âmbito da alocação de recursos, recursos esses sabidamente escassos, atribuindo ao referido poder as obrigações constitucionalmente devidas ao Executivo.

Desse fenômeno político social surge o questionamento acerca da eficiência na eventual sobreposição do Judiciário em detrimento aos demais poderes, uma vez que não cabe ao poder judicante a concreta efetivação das políticas públicas (pelo menos não em regra).

Nesse íterim, há muito que decisões judiciais que tratam de políticas públicas são alvos de críticas pelos opositores do ativismo judicial, seja pela suposta atecnia formal (ausência de pressupostos epistemológicos e/ou metodológicos), material (ausência de pressupostos filosóficos e/ou axiológicos) e social (econômica

¹³⁰ Filiados a essa corrente: Dirley da Cunha Jr., Manoel Jorge e Silva Neto, J. J. Gomes Canotilho, Eros Roberto Grau, entre outros.

¹³¹ Por esse posicionamento: Saulo José Casali Bahia, Luciano Benetti Timm, Gustavo Amaral, Flávio Galdino, entre outros.

¹³² PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 286.

e fática), seja também pela ausência de uniformidade decisória, o que implica na falta de segurança jurídica e previsibilidade das decisões.

Área que não poderia deixar de ser abordada é referente às demandas judiciais no âmbito da saúde, especialmente nos casos em que se judicializa um direito a algo (concessão de medicamentos, autorização para tratamentos e cirurgias, aquisição de próteses cirúrgicas etc).

Segundo dados da INTERFARMA, o Estado de São Paulo já vem gastando, em média, R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) por ano com ações judiciais, ao passo que seu custo total anual para a assistência farmacêutica em todo o SUS é de aproximadamente R\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais), existindo assim alarmante déficit orçamentário e indevida realocação de verbas¹³³.

Com a premissa já estabelecida acerca da escassez de recursos, haja vista a finitude dos bens da vida, é evidente que para custear monta diversa do quanto previamente estabelecido terá o Executivo de realocar valores, pois riqueza não se cria por si só.

Nesse diapasão, surge o questionamento: há razão na eventual intervenção do Judiciário no âmbito das políticas públicas? Sendo válida sua atuação, a interferência na gestão orçamentária vem sendo realizada de maneira eficiente?

A primeira consideração que merece destaque é que a intervenção na saúde não vem solucionando o problema da precariedade no atendimento aos cidadãos em unidades de pronto atendimento e hospitais públicos, o que aponta para a flagrante ineficiência nesse tipo de intervenção.

Existem dados brasileiros que apontam em inúmeros Estados da federação, no orçamento dedicado à saúde, um comprometimento médio de aproximadamente 50% (cinquenta por cento) das verbas previstas para efetivação do cumprimento de ordens judiciais que determinam fornecimento de medicamentos¹³⁴.

Em que pese a acentuada e inquestionável interferência do Poder Judiciário no orçamento estatal da saúde, haja vista que as decisões judiciais vem

¹³³ ASSOCIAÇÃO DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA DE PESQUISA. *Judicialização da Saúde na Prática – fatos e dados da realidade brasileira*. Setembro de 2016.

¹³⁴ BAHIA, op. cit. p.167.

realocando, em média, metade das verbas prevista para a saúde, o Brasil, segundo dados da OMS – Organização Mundial de Saúde, ocupa apenas a 125ª (centésima vigésima quinta) posição no *ranking* internacional da saúde, de um total de 191 (cento e noventa e um) países escalonados¹³⁵.

É de bom alvitre destacar que o Brasil, segundo dados do Fundo Monetário Internacional – FMI, é a 9ª maior economia do globo¹³⁶, conforme foi publicado pelo Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais – IPRI, órgão vinculado ao Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Com esses números, é seguro afirmar que um país que tem tamanha robustez econômica não é possível ocupar os últimos lugares em demanda básica para crescimento, desenvolvimento e alcance do bem estar de sua população.

O direito à saúde, conforme serena interpretação constitucional, deve ser compreendido como um direito fundamental de cunho social, devendo ser buscado na maior otimização possível¹³⁷.

Contrastando os dados da OMS, os da intervenção do Poder Judiciário nas demandas de saúde e os do FMI – Fundo Monetário Internacional, resta evidenciado que mesmo com a grandeza econômica do Brasil e as diretas intervenções do Poder Judiciário nas demandas de acesso à saúde, ainda assim o sistema público brasileiro continua deficitário, alertando de sobremaneira para a ineficiência no ativismo judicial praticado.

Ainda no âmbito de reflexões da ingerência do Poder Judiciário nos processos de judicialização da saúde, importante analisar se a atuação imediata dos magistrados não ocasiona descumprimento da Lei Orçamentária Anual (LOA) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), essas vinculadas à Lei de Plano Plurianual, possuindo atribuição aos Poderes Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, é defensável o entendimento de que as decisões judiciais que ordenam custeio de tratamentos, concessão de medicamentos, cirurgias ou, até, que interfiram diretamente nas políticas públicas, sem observância das regras e previsões orçamentárias, são julgamentos *contra legem*, por desconsiderarem o

¹³⁵ WHO. World health statistics 2017: monitoring health for the SDGs, Sustainable Development Goals. Geneva: World Health Organization; 2017.

¹³⁶ IPRI, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais. FUNAG – Fundação Alexandre de Gusmão, disponível em <http://www.funag.gov.br/ipri/index.php/o-ipri/47-estatisticas/94-as-15-maiores-economias-do-mundo-em-pib-e-pib-ppp>, acesso em 14 de abril de 2018.

¹³⁷ GARRIDO, José Antônio. Direito Fundamental à Saúde e a Escassez de Recursos Financeiros, em *JAM Jurídica Edição Especial*. Salvador: JAM Jurídica, ano 17, setembro, 2012, p. 72.

quanto estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal¹³⁸ (Lei Complementar nº 101/2000).

Sendo os magistrados organismos vitais do Poder Judiciário e sendo o Judiciário uma das vertentes do Estado, irrefutavelmente há de se submeter ao império da lei, não podendo se sobrepor às demais vertentes do Estado ao mero fundamento de realização da justiça, por constituir tal conduta, inúmeras vezes, uma desarmonia do sistema jurídico e do equilíbrio entre os três poderes.

Outra problemática enfrentada no tema do ativismo está na ausência de critérios para o estabelecimento da responsabilidade dos entes estatais nas demandas de saúde.

Com a apresentação das críticas acima, que apontam para a ineficiência e eventual abusividade das decisões judiciais no âmbito das políticas públicas, quando em dissonância com os aspectos orçamentários necessários para a execução da ordem exarada, outras ponderações são pertinentes quanto ao tema do ativismo judicial.

Repisando as críticas oriundas do ativismo judicial, importante reflexão geral deve ser considerada acerca do fenômeno apresentado e as consequências ocasionadas: a lesão ao princípio da isonomia.

A violação ao princípio da isonomia vem ocorrendo tanto através do sujeito requerente tanto através do objeto ofertado, contribuindo assim para a deficiência na melhor alocação de recursos e no alcance de uma justiça igualitária.

Os indivíduos que possuem maior conhecimento e maior acesso ao Poder Judiciário (especialmente mediante a possibilidade de contratação de advogados especialistas no tema) são os que mais acionam o Estado nas demandas associadas ao acesso à saúde. Em contraponto, a grande maioria da população resta desassistida dessa atuação, mas, ao mesmo tempo, vinculada aos seus efeitos, haja vista os impactos oriundos da realocação de valores.

A natureza econômica do bem também é um fator preponderante para a problemática do acesso à saúde e o alcance da isonomia, pois o custo estatal para o fornecimento individual de um medicamento para combater virose endêmica, por exemplo, é consideravelmente inferior ao custo estatal para viabilização de

¹³⁸ Lei Complementar 101/2000: Art. 15 – Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.

complexa cirurgia cardíaca, sendo que a pretensão de ambos, em análise fria ao Poder Judiciário, possui a mesma legitimidade jurídica e moral, apesar da relevante divergência financeira em sua efetivação.

Dessa forma, executado todo o orçamento para a realização de um dos tratamentos (combate a virose ou realização da cirurgia cardíaca), e surgindo nova demanda imprevisível, como sustentar a realocação das verbas anteriormente destinadas a determinado tratamento, em prol de efetivação de decisão judicial daquele que, extrajudicialmente, restaria desassistido? Ao mesmo tempo em que o magistrado concede o tratamento ao cidadão, efetivando assim o seu direito à saúde, ele retira de outros que até então estavam assistidos pela previsão orçamentária feita.

Nos casos em que o bem material é economicamente superior, a proporção de desassistência deixa de ser de “um pra um” e pode alcançar até “milhares para um”, o que dificulta (e muito) a sustentação de decisão que realocando esses valores seja, no aspecto naturalístico, justa.

Das razões expostas supra, resta dimensionado que o ativismo judicial, no molde do quanto desenvolvido atualmente, além de não servir como instrumento eficiente no aperfeiçoamento da qualidade do serviço de saúde pública, ainda atua de maneira desordenada, o que remonta a uma necessária reflexão e auto ingerência na busca de mecanismos que harmonizem o ordenamento jurídico e equilibre a interação entre os poderes.

3.2.1. Intervenções do Judiciário e a microjustiça

Desde o desenvolvimento da doutrina da efetividade das normas constitucionais há relevante alteração na forma como os dispositivos insculpidos na Carta Magna são aplicados, passando de meros integrantes de um documento eminentemente político para desfrutarem de aplicabilidade imediata e direta pelos magistrados brasileiros¹³⁹. Sobre o tema, assevera Luís Roberto Barroso que “nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular,

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: *direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, em *Revista Jurisprudência Mineira*. Belo Horizonte: Jurisprudência Mineira, ano 60, n.188, jan. – mar., 2009, p. 35.

converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.”¹⁴⁰.

Na linha do desenvolvimento, como resultado prático desse processo, houve proeminência do Poder Judiciário ao tema da judicialização das políticas públicas, especialmente no âmbito das demandas de saúde.

Constitui motivo, também, para maior intervenção judicial ao tema afeito a falta de confiança do cidadão para com os Poderes Legislativo e Executivo, criando espaço para postura mais ativista do Poder Judiciário¹⁴¹. Existindo uma clara relação entre o ceticismo da população quanto ao Legislativo e Executivo e o crescimento da atuação do Judiciário, é comum em países de desenvolvimento tardio a crença na judicialização como mecanismo eficiente¹⁴².

Especificamente ao caso brasileiro, Gustavo Amaral identifica três importantes fatores nesse crescimento: a intervenção dos magistrados, nos períodos de graves crises econômicas, no combate aos expurgos inflacionários e bloqueio de recursos; o caráter mais combativo e autônomo do Ministério Público, a partir da Constituição Federal de 1988 e; a judicialização da saúde, nomeadamente nas demandas para oferecimento de medicamentos, a partir da epidemia global de AIDS na década de noventa do século passado¹⁴³.

Sem pretensão exauriente do estudo analítico do direito à saúde e do normativo previsto na Constituição Federal, objeto que será abordado em tópico apartado, cumpre destacar que atualmente o Poder Judiciário constantemente é provocado a decidir sobre a concessão (ou não) de medicamentos e tratamentos pelos cidadãos.

Existindo a vedação ao *non liquet*, prevista tanto na CF88¹⁴⁴ quanto no Código de Processo Civil¹⁴⁵, impossibilitado está o julgador de não decidir sobre o

¹⁴⁰ Ibidem, p 35.

¹⁴¹ BAHIA. O Princípio da Confiança e a Judicialização da Política, p. 176.

¹⁴² Ibidem, p. 177.

¹⁴³ Ibidem, pp. 21-22.

¹⁴⁴ CF88 – Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(*Omissis*)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁴⁵ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Art. 140 O juiz não se exime de decidir sob alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

tema, o que aproxima ainda mais o Judiciário às problemáticas demandas oriundas das políticas públicas.

Sendo a saúde um direito de todos e um dever do Estado¹⁴⁶, na linha do quanto estabelecido na Constituição Federal de 1988, e tendo a Carta Magna atribuído aos Estados, Municípios e União a obrigação de efetivar as demandas de saúde, se tornou processualmente cabível a judicialização para concessão de medicamentos e tratamentos a qualquer dos entes brasileiros.

Diante da universalidade do direito à saúde e do dever estatal de seu fornecimento, é comum encontrar julgados nas mais diversas jurisdições do país, seja em âmbito estadual ou federal, em varas especializadas em causas menos complexas ou varas comuns, contra a União, Estado ou Município (em litisconsórcio ou apartadamente), todas versando sobre a mesma matéria.

Por consequência, a natureza dos pedidos também é idêntica, existindo ações nas diferentes justiças que pleiteiam o mesmo medicamento¹⁴⁷ ou o mesmo tipo de tratamento¹⁴⁸, independentemente do trâmite jurisdicional.

Ocorre que o impacto econômico de uma decisão judicial que conceda determinada tutela nesse âmbito varia consideravelmente entre cada um dos entes estatais, o que não vem sendo observado pelos magistrados no âmbito de suas jurisdições. Dessa forma, é inegável que a decisão de um magistrado estadual que ordene o custeio de determinado tratamento/medicamento a município carente do Brasil trará maior impacto econômico do que decisão similar, com o mesmo custo, por um magistrado federal, onde a obrigação será cumprida pela União.

Essa situação ocorre justamente por não ser o Poder Judiciário a vertente do Estado mais bem capacitada para resolver um problema de caráter universal e complexo, estando sua atuação limitada aos contornos jurídico-processuais. Com

¹⁴⁶ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁴⁷ Apenas para ficar em breve exemplo, basta rápida consulta jurisprudencial para encontrar ações que requerem o fornecimento dos medicamentos Zoladex e Zytiga, necessários para o tratamento de câncer de próstata, no âmbito Estadual (MS 0000140017146/RR; MS 7054124/PR; AI 00053885220108110000 5388/2010 – TJMT etc) e no Federal (AG 14294020050201013598-9/TRF2; AGTR 95804 SE 0022881-77.2009.4.05.0000/TRF5; AG 08041727720174050000SE/TRF5, entre outros).

¹⁴⁸ Visando a uniformidade de pesquisa, foram analisadas decisões que concederam medida judicial para realização de cirurgias coronarianas. Assim como nas demandas para fornecimento de medicamentos, restou localizada diversas decisões sobre a matéria nas Justiças Estadual (MS 1.0000.00.181726-1/000–MG; AI 0025091-93.2016.8.24.0000–SC; 4002903-93.2016.8.04.0000-AM) e Federal (REO 307002000.02.01.002521-9/TRF2; AG 000783-16.2016.4.02.0000 – RJ/TRF2; entre outros).

isso, é natural que o Poder Judiciário, cativo a determinado processo judicial (portanto, limitado objetivamente aos parâmetros e princípios que o compõe), não possa realizar planejamento¹⁴⁹.

As limitações do Judiciário são bastante visíveis no tema da saúde justamente pela Constituição Federal ter atribuído a todos os entes a obrigação de concedê-la, obrigação essa que, inclusive, já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário¹⁵⁰, afirmando a responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios quanto ao Sistema Único de Saúde.

Do entendimento firmado pelo STF surge importante consideração de caráter prático que novamente aponta a dificuldade do Poder Judiciário se arvorar no âmbito das políticas públicas.

Considerando ser responsabilidade solidária de todos os entes da federação quanto ao SUS, como efetivar uma responsabilização isonômica¹⁵¹ das federações, através do Judiciário, se existe regra de competência em razão das partes, separando os processos de participação da União para a Justiça Federal, por exemplo? Como um magistrado estadual, ante o caso concreto, pode determinar que o custeio de específico tratamento ou medicamento será repartido entre Município, Estado e União, se esse não possui jurisdição para tanto? Considerando que o polo passivo poder ser composto conjunta ou isoladamente, terão os Municípios e Estados de ajuizarem ações entre si e contra a União para serem ressarcidos dos custos que não são de sua alçada? Qual o custo operacional do Poder Judiciário para realização desses “reequilíbrios”? Como ficam os entes nas hipóteses em que restar caracterizado a ausência de sua responsabilidade ao caso

¹⁴⁹ TIMM, Luciano Benetti. Qual a Maneira Mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: *uma perspectiva de direito e economia?*, em *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

¹⁵⁰ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (Recurso Extraordinário nº 844178-SE. Relatoria do Ministro Luiz Fux).

¹⁵¹ Importante esclarecer que a ideia de responsabilização isonômica em nada se confunde com a de responsabilidade solidária. O questionamento levantado diz respeito ao estabelecimento de parâmetros, pelo Judiciário, para repartição equilibrada no custeio ou efetivação das decisões judiciais, sensibilizando-se com a capacidade econômica das partes e o grau de responsabilização pela ação ou omissão praticada por cada um dos entes responsáveis.

apresentado? Terá mesmo assim de arcar com tais valores para só então buscar ação regressiva?

Com os questionamentos apresentados acima, assim como diversos outros que poderiam ser levantados, há o reconhecimento da incapacidade do Judiciário servir como instrumento eficiente ao problema enfrentado, por não possuir as ferramentas e objetivos necessários para alcance da melhor solução.

A definição de uma responsabilidade solidária não resolve de maneira eficiente o problema do custeio das demandas de saúde, justamente por desconsiderar a capacidade econômica diferenciada entres os entes da federação, assim como por esquivar-se da apreciação, ao caso concreto, do grau de responsabilização pela ação ou omissão de cada um dos entes responsáveis.

O entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal aponta para a utilização de um parâmetro jurídico (obrigação solidária) que não atende às peculiaridades do caso, eis que desconsidera às nuances para a estipulação de critério efetivamente justo.

Contudo, não significa dizer que o Judiciário deve ficar à parte das falhas e desvios ilegais dos demais poderes. Nos casos das normas que visam a efetivação de direitos sociais, nada mais natural que diante das hipóteses de omissões inconstitucionais ou de lacunas legislativas possa o Judiciário atuar, pois estará valendo-se de verdadeiro e autêntico dever-poder de controle das omissões públicas¹⁵². Diante de uma disfunção política é natural a defesa da sindicabilidade judicial das políticas públicas¹⁵³. O ponto nevrálgico do tema é perceber que o caminho para a solução do problema não passa pela intervenção direta e irrestrita dos magistrados brasileiros, mas sim pelo controle e atuações pontuais.

Direcionando a análise para a questão interna do Judiciário, é identificável, como relevante crítica, a distinção entre a microjustiça e a macrojustiça.

Como exposto alhures, uma das grandes dificuldades em canalizar as políticas públicas ao Judiciário passa pela sua própria organização descentralizada, eis que a jurisdição no Brasil é feita, precipuamente, através da divisão de competências. Cada magistrado atua no estreito limite de sua jurisdição.

¹⁵² CUNHA JR., Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público* – em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva. 2 ed. 2008.

¹⁵³ ZANETI JR., op. cit., p. 222.

Tendo em vista os princípios da inércia¹⁵⁴ e da congruência¹⁵⁵, ambos cristalizados no Novo CPC, a atuação do Judiciário só ocorre mediante requerimento das partes, sendo o atuar nos exatos limites objetivos da demanda. A consequência prática dessa limitação é a de justamente impossibilitar uma visão ampla dos fatos, evitando uma abordagem em múltiplos aspectos, o que prejudica de sobremaneira na atuação harmônica e coerente dos magistrados. Outrossim, a ausência de uniformidade decisória atrapalha ao provisionamento equilibrado e seguro do orçamento estatal pela administração pública, eis que essa se depara com diversos tipos de dispositivos de sentença, cada uma estabelecendo um comando próprio para cumprimento da obrigação, variando desde fornecimento imediato de medicamento ou tratamento até a realização de penhoras nas contas para efetivação do quanto decidido.

Na análise material da realização da microjustiça, outra pertinente crítica que merece atenção deriva dos fundamentos das decisões que concedem tais direitos (o que, inclusive, já foi abordado no item 2.2 deste trabalho), o que levou Flávio Galdino a catalogar alguns dos modelos teóricos adotados no Brasil para efetivação dos direitos fundamentais, o que impõe destaque em passagem do presente estudo.

Fundamentado no que Galdino categoriza como modelo teórico da utopia¹⁵⁶, muitas são as decisões judiciais que determinam obrigações ao Estado de custear tratamento e medicamentos sem considerar o impacto financeiro oriundo dessas determinações, reduzindo a problemática ao caráter meramente discursivo ou valendo-se de respostas heurísticas.

Outro fundamento identificável está no modelo do menosprezo dos custos¹⁵⁷, onde é defensável que as condenações pontuais para custeio de tratamentos são irrisórias ante o orçamento estatal. Seguindo essa posição, o que ocorre, em verdade, é a negativa do problema oriundo da escassez de recursos, numa clara tentativa de fuga¹⁵⁸, utilizando um argumento que, em análise feita pela

¹⁵⁴ Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

¹⁵⁵ Art. 492 É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

¹⁵⁶ Op. cit., p. 181.

¹⁵⁷ BAHIA, op. cit., p. 166.

¹⁵⁸ AMARAL, op. cit., p. 146.

microjustiça, apresenta-se como verdadeiro. Nas considerações de Gustavo Amaral, “tomada individualmente, não há situação para qual não haja recursos.”¹⁵⁹.

A intervenção do Judiciário nos moldes do quanto vem sendo praticado comumente não resolve o tema das políticas públicas no Brasil, mas acaba sendo mais um fator social que interfere nas relações intersubjetivas e no estabelecimento de critérios pelo mercado. Longe do alcance da pretensão de eficiência e justiça, a intervenção judiciária atualmente contribui de sobremaneira para o agravamento da crise enfrentada no âmbito da efetivação de direitos sociais.

3.3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O NOVO CPC E SUA CONTRIBUIÇÃO NA REGULAÇÃO DE CONDUTAS SOCIAIS

Conforme abordagem feita no tópico anterior, a busca estatal pela efetivação do princípio da isonomia constitui tarefa árdua e que afeta filosófica, política, jurídica e financeiramente o arcabouço social do cidadão. Na dramaticidade das complexas relações intersubjetivas e no papel estatal de efetivação de direitos básicos do ser humano, as reflexões apresentadas alhures apontam para o eminente risco de, ao se conceder, pelo Judiciário, a tutela jurídica requerida, haver desassistência a outros indivíduos que não utilizaram da via processual inerente àquele poder.

Merece destaque, também, como fator da quebra isonômica no tema da judicialização da saúde pública, o maior acesso às informações e bons profissionais por parte das classes média e alta em comparação aos mais pobres, fazendo do Judiciário um subterfúgio para alcance de interesses que administrativamente não se alcançaria ou, caso alcançasse, sem a devida eficiência e velocidade desejada do demandante.

Por inúmeras vezes, na ânsia de realizar justiça, o Judiciário se torna espécie de “salvo conduto” para aqueles que, inconformados com eventual desassistência por questões políticas, econômico-sociais ou, até, jurídicas, aventuram-se em discutíveis demandas processuais em prol de alcance de tutela que abrace satisfatoriamente seus interesses.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 146.

Em verdade, não é necessário profundo esforço crítico para reconhecer que um dos grandes problemas intrínsecos ao Poder Judiciário é a falta de decisões homogêneas, o que ocasiona quebra da confiança nesse poder e no princípio da segurança jurídica, ao passo que também fomenta a manutenção da desigualdade *lato sensu*.

Entendendo as decisões judiciais como bens públicos, pelo fato de produzirem externalidades para toda sociedade¹⁶⁰, é dever dos magistrados o real cuidado na realização da sua função política, pois a postura praticada nos tribunais interfere diretamente na racionalidade do agente jurisdicionado. Dessa maneira “se os custos processuais e os ônus sucumbenciais forem baixos e os precedentes judiciais erráticos, o sistema processual poderá criar incentivos à propositura de ações descabidas.”¹⁶¹.

Em outras palavras, é possível afirmar que toda decisão judicial traz em si duas perspectivas analíticas: o aspecto meritório/material da decisão e a repercussão prospectiva do critério adotado, derivando a segunda do incentivo social por ela gerado¹⁶².

Na linha da reflexão feita, importante analisar como o advento da Lei 13.105/15, que instaurou o Novo Código de Processo Civil, pode contribuir para uma melhor prestação jurisdicional e fortalecimento da teoria do direito aplicada nas cortes superiores, o que merece atenção à luz do Direito e Economia.

Importante rememorar que o antigo Código de Processo Civil (de 1973), por ter sido instituído anteriormente à Constituição Federal de 1988, em muitos aspectos não refletia os anseios e valores insculpidos na Carta Magna, o que resultou em diversas reformas e alterações que culminaram, após pouco mais de duas décadas do surgimento da Constituição de 1988, com sua revogação e criação de um Novo Código de Processo Civil.

Analisando as eventuais contribuições teóricas e práticas que o Novo Código de Processo Civil deu ao Poder Judiciário, à luz da Análise Econômica do Direito, definitivamente merece atenção o estudo da Teoria dos Precedentes

¹⁶⁰ TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As Recentes Alterações Legislativas Sobre os Recursos aos Tribunais Superiores: *a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da Law and Economics*, em *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 178, dez., 2009, p.176.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 154.

¹⁶² PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. O Novo Código de Processo Civil e a Redução dos Custos Sociais da Litigância, em *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 253, mar., 2016, p. 36.

Judiciais, visando um reconhecimento e fortalecimento dos entendimentos firmados jurisprudencialmente.

Sobre a finalidade de uniformização da jurisprudência e sua estabilização no ordenamento jurídico, imperioso destacar alguns dos procedimentos instaurados no Novo CPC que em muito contribuem para tal atendimento e fortalecimento, como: a definição de efeito vinculante dos acórdãos proferidos em sede de incidente de assunção de competência; a criação do IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; a possibilidade de reclamação para garantia de observância de enunciado de súmula vinculante; a necessidade de suspensão de processos semelhantes onde o tema seja objeto de julgamento de recursos repetitivos, entre outros tão importantes para a nova ideologia processual¹⁶³.

Em diverso prisma, também constitui relevante contribuição do Novo Código de Processo Civil a reafirmação da necessidade de motivação das decisões judiciais, solidificando o princípio através do artigo 11 e dos incisos constantes no parágrafo primeiro do artigo 489 do novel Código¹⁶⁴, tratando-se de elemento inerente à legalidade e legitimidade do Poder Judiciário, por ser o dever de motivação das decisões aspecto distintivo da magistratura em detrimento de outras formas de solução de controvérsias¹⁶⁵. Nas oportunidades em que o julgador, através da sua decisão motivada, demonstrar ter analisado os fundamentos apresentados pelas partes, construindo racionalmente argumentos para sustentar

¹⁶³ Ibidem, p. 36.

¹⁶⁴ Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade. (grifos aditados)

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(*Omissis*)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹⁶⁵ FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas Sobre o Princípio da Motivação e a Uniformização de Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil à Luz da Análise Econômica do Direito, em *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 269, jul., 2017, p. 422.

seu entendimento, haverá mitigação (às vezes, até, eliminação) do sentimento de frustração por parte do jurisdicionado vencido¹⁶⁶.

A ideia de fortalecimento da jurisprudência e do dever de profunda fundamentação pelos magistrados visa alcançar maior segurança jurídica e previsibilidade aos agentes que se valem do Judiciário.

O conceito de racionalidade econômica é plenamente aplicável para melhor entendimento do tema, na medida em que homem, como ser maximizador que é, atua economicamente no Judiciário projetando os eventuais custos e benefícios que obterá a partir de determinada demanda, tomando por base as informações e fatos prévios que a ele são acessíveis.

Além da questão endoprocessual, também merece destaque o fato de que a própria conduta extrajudicial dos indivíduos está diretamente vinculada à forma como os tribunais brasileiros enfrentam determinada matéria, sendo pretérita ao surgimento de eventual litígio¹⁶⁷.

Através desse entendimento, importante se torna aferir o grau de eficiência da tutela jurisdicional também considerando os impactos econômicos das decisões proferidas de maneira errônea, pela sua capacidade de distorcer os incentivos almejados e impor custos indevidos à sociedade¹⁶⁸. Exemplo bastante significativo é extraído da eventual conduta praticada por empresa fornecedora de bens ao mercado que, nas hipóteses de ausência de responsabilização ou responsabilização subsidiária em demandas processuais por vícios dos seus produtos, pode não realizar o devido controle de qualidade de suas mercadorias ofertadas¹⁶⁹.

Transpondo essa mesma lógica para o setor público, é natural pensar que as intervenções realizadas pelo Judiciário no âmbito das políticas públicas também influenciam as condutas extrajudiciais praticadas pelos demais órgãos e poderes públicos (especialmente o Executivo), não estando tais órgãos apartados da racionalidade econômica. Interferindo irrestritamente nas políticas públicas e no orçamento estatal, não é de todo espanto o risco de eventual inércia ou atuação modesta do Executivo ante o aguardo de determinações judiciais desse jaez.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 423.

¹⁶⁷ TIMM; TRINDADE, op. cit., p. 177.

¹⁶⁸ PINHEIRO, op. cit., p. 34.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 34.

A consideração sobre esses fatores torna-se, portanto, relevante para o papel que o processo tem na realização de condutas sociais e nos seus objetivos econômicos.

Diante do alto custo de transação atualmente existente, bem como pela baixa segurança jurídica aos casos sensíveis ao direito e a política, a estipulação de um código adjeto que preveja mecanismos claros e objetivos para o ordenamento constitui resposta interessante que merece atenção acurada do jurista brasileiro, devendo ser estudado e analisado os impactos positivos e negativos da sua criação.

Sobre a implantação, no Novo CPC, da teoria dos precedentes judiciais, fica evidenciada uma tentativa de resposta, pelo Judiciário, da atual incongruência do ordenamento jurídico e procedimental, sendo constante a ausência de uniformidade decisória e a conseqüente existência de decisões conflitantes.

Voltada para as Cortes Superiores, a utilização da teoria dos precedentes visa estabelecer, no Judiciário, meios de controle sobre a racionalidade das decisões judiciais, de maneira a garantir a continuidade e uniformidade do direito para todos os casos similares, especialmente aos futuros¹⁷⁰. Trata-se de um resultado oriundo da densificação de normas que foram estabelecidas a partir da compreensão de algum caso em específico, considerando tanto suas circunstâncias fáticas tanto jurídicas¹⁷¹.

Com a utilização da teoria dos precedentes fica evidenciado que “não só há grande preocupação com a igualdade de tratamento dos litigantes no processo, mas também com a igualdade de acesso à justiça e com a igualdade aos procedimentos e às técnicas processuais.”¹⁷².

É inegável o reconhecimento que a nova teoria processual apresenta ao direito e, especialmente, à interação econômica, tanto no aspecto endoprocessual quanto extrajudicial, sendo caminho paralelo ao estudo das implicações práticas das decisões judiciais e do ativismo judicial, justificando assim breves apontamentos no presente trabalho.

¹⁷⁰ ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 315.

¹⁷¹ Ibidem, p. 328.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. Disponível em: <www.marinoni.adv.br>. Acesso em 08 de maio de 2018.

3.4. A TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS NO PROCESSO DECISÓRIO

Após inúmeras passagens anunciativas sobre o tema, é dado o momento de este estudo sedimentar uma das teorias de maior relevância à pesquisa elaborada, sendo sua adoção um divisor de águas no estabelecimento de premissas e paradigmas para realização da análise do presente objeto científico.

Tomando por base o trabalho de Cass Sunstein e Stephen Holmes denominado *The Cost of Rights*, o tema dos direitos subjetivos, enfaticamente os direitos fundamentais, sofre profunda revisitação filosófica e jurídica, além de ser conferida ampla roupagem econômica a esses direitos, o que implica em reformulações inovadoras.

O cerne da tese desenvolvida está na imbricada relação entre o custo de determinado direito e a sua significação social¹⁷³, sendo defendido que todo direito é positivo, pois necessita de provimento estatal para sua efetivação. Dessa maneira, “os direitos não podem ser protegidos ou aplicados sem financiamento e apoio público.”¹⁷⁴.

Focado na ideia da positividade dos direitos e na escassez de recursos para sua concretização, a teoria envereda no reconhecimento de que os direitos efetivados são oriundos de opções sociais, portanto negociáveis e passíveis de barganha, sendo natural a existência de grupos de pressão que defendam burocraticamente a proteção e/ou estipulação de determinado direito, tornando latente a aproximação deste pensamento com a Teoria das Escolhas Públicas.

Sendo os recursos estatais obtidos mediante o povo, o que se faz com a estipulação e pagamento dos impostos, nada mais natural do próprio povo decidir de que modo os recursos obtidos serão gastos¹⁷⁵. Importante ressalva diz respeito ao fato deste posicionamento levar em consideração modelo hipotético ideal, já que, na prática, resta claro a existência, pelos representantes políticos, de interesses escusos e particulares, conforme ampla abordagem constante no item 2.3.1 deste trabalho.

¹⁷³ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 199.

¹⁷⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights – why liberties depends on taxes*. New York: Norton & Company, 1999, p. 15. Texto original: “Rights cannot be protected or enforced without public funding and support.”

¹⁷⁵ BARROSO, op. cit., p 44.

A utilização da Teoria dos Custos dos Direitos traz maior qualidade no tema das escolhas trágicas, na medida em que permite melhor escolher onde e como gastar os limitados recursos públicos na efetivação dos direitos estabelecidos¹⁷⁶.

Em relação ao Poder Judiciário, a jurisprudência brasileira ainda tende a rechaçar o tema tocante à escassez de recursos, presumindo, em sua grande maioria, pela existência de verbas, bem como tomando por imoral qualquer consideração orçamentária apresentada¹⁷⁷.

Da postura refratária do Judiciário acerca dos custos dos direitos podem ser extraídas duas consequências, sendo uma intimamente ligada à outra. A primeira delas está no alargamento das discussões políticas perante os tribunais, expandindo indevidamente o campo de intervenção deste sobre o planejamento público, sempre ao argumento da justiça. Dessa atuação interventiva e, em sua grande maioria, assistencialista, resulta na criação de novos incentivos aos cidadãos para pleitearem judicialmente seus interesses, pela crença de que judicialmente obterão tal provimento. Como resultado prático, há uma desarmonia entre os poderes do estado, esses desprestigiados em detrimento de uma valoração do poder judicial, além da expansão do sentimento de obrigação estatal no provimento e execução de todo e qualquer interesse privado supostamente tutelado juridicamente.

A Teoria dos Custos dos Direitos visa coibir essa postura extremamente expansionista e individualista, pois com a demonstração da positividade dos direitos, da escassez de recursos e da necessária movimentação (custosa) da máquina pública para concretização desses direitos, tenta conscientizar os indivíduos para a responsabilidade no exercício dos seus direitos¹⁷⁸.

No caso particular da saúde, por exemplo, tomando por base o artigo 196 da Constituição Federal, resta definido um comando sentencial que visa o acesso universal e igualitário nas políticas sociais e econômicas de acesso à saúde, não havendo distinção no normativo constitucional acerca do gênero, classe, idade ou demais aspectos que eventualmente diferencie os cidadãos. Muito menos ainda há diferenciação na igualdade do acesso à saúde pela forma de sua promoção,

¹⁷⁶ GALDINO, op. cit., p. 205.

¹⁷⁷ AMARAL, op. cit., 173.

¹⁷⁸ GALDINO, op. cit., p. 212.

diferenciação essa que notadamente ocorre quando do ajuizamento individual de ações.

Dessa maneira, é preciso ter em mente que inexistindo uma razão justificada para a diferenciação ou para a igualação, deixa de haver a possibilidade de realização da igualdade em seu plano real ou concreto¹⁷⁹. A juridicidade dissociada da economicidade para sua concretização permite violações à igualdade e, por consequência, a justiça.

Outra importante reflexão é extraída quando há o questionamento se existem interesses públicos no tema dos “direitos a algo”, ou se só há interesses meramente individuais¹⁸⁰.

Diferentemente da visão tradicionalista, na Teoria dos Custos dos Direitos há forte valoração e defesa dos direitos coletivos, pois há consciência de que ante a necessidade de prover eficientemente as políticas públicas e diante da escassez de recursos para atendimento integral dos direitos e interesses individuais, é necessário o estabelecimento de propostas e projetos que possam atender satisfatoriamente a coletividade, não havendo priorização de poucos em detrimentos de todos.

Consciente de que a “demanda individual é o pior e mais injusto caminho para a implementação de um direito social”¹⁸¹, pela inquestionável quebra da igualdade, é preciso refletir sobre os limites e parâmetros na execução individual dos direitos tidos como positivos, proposta essa que não é descartada por essa vertente.

Com o alerta de que direitos e deveres são correlatos, e que a visão dos custos dos direitos permite a revisitação do tema, Holmes e Sunstein apontam que a reformulação entre direitos e deveres ocorre diuturnamente, sendo reflexo da dinâmica social e da frequente valoração que os indivíduos e o Estado aplicam sobre determinados direitos¹⁸².

Em verdade, a implantação dos custos dos direitos ao debate jurídico, e a adoção dos elementos econômicos que a compõe, traço comum da Análise Econômica do Direito, robustece o campo de discussão doutrinária/filosófica e

¹⁷⁹ BAHIA, Saulo José Casali. Igualdade Como Direito Fundamental, em *Direitos Humanos e Fundamentais: estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100.

¹⁸⁰ BAHIA, Saulo José Casali. O Poder Judiciário e a Efetivação dos Direitos Fundamentais, em *Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2009.

¹⁸¹ TIMM, Qual a Maneira Mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: *uma perspectiva de direito e economia?* p. 61.

¹⁸² HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., pp. 141-147.

permite reavaliação a temas e institutos, especialmente no âmbito judicial, esse cada vez mais inserido na dinâmica política.

4. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E AS ESCOLHAS TRÁGICAS: ENFRENTAMENTOS NECESSÁRIOS

Apresentada as principais apreciações e reflexões acerca das escolhas trágicas e o papel do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas, cumpre ao presente capítulo expor contribuições que ultrapassem a mera crítica ao atual modelo, o que será feito mediante a compilação dos conceitos, teorias e pensamentos obtidos com a Análise Econômica do Direito.

A abordagem em Direito e Economia considera os efeitos econômicos e sociais que as leis, como causadoras inerentes de incentivos que são, originam aos indivíduos e ao sistema como um todo. Reiterando o quanto já exposto anteriormente, a Análise Econômica do Direito debruça-se sobre as instituições jurídicas para identificar os efeitos que essas produzem, especialmente aos incentivos gerados no comportamento das pessoas¹⁸³.

Tal preocupação calha pertinente após a recente alteração à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB¹⁸⁴, onde o acréscimo do artigo 20 não só veda decisões estatais fundamentada em valores jurídicos abstratos (sejam elas decisões administrativas *lato sensu* ou judiciais), como determina a observância das consequências práticas da decisão proferida¹⁸⁵.

O resultado prático é uma maior cobrança ao aplicador do direito à realidade posta em seu atuar, rompendo assim com o modelo utópico e dissociado tão prejudicial para o desenvolvimento econômico e para a efetivação de direitos fundamentais.

Entender o impacto econômico e social de sua decisão é obrigação de todo e qualquer magistrado, como agente transformador que o é. No âmbito das políticas públicas essa preocupação é ainda mais pertinente, devendo maior esmero na solução das controvérsias jurídicas abstratas e concretas, gerenciando assim os conflitos de maneira lúcida e eficiente.

A relevância decisória é fomentada quando da consideração dos custos sociais para implantação de políticas e posicionamentos, havendo a predileção a

¹⁸³ MACKAAY. *Law and Economics: what's in it for us civilian lawyers*, pp. 33-34.

¹⁸⁴ A Lei nº 13.655/18 alterou o Decreto-Lei nº 4.657/42.

¹⁸⁵ 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.

determinados direitos enquanto outros são preteridos. As políticas públicas envolvem gastos, e isso não é uma tese jurídica, mas sim uma evidência fática¹⁸⁶.

É neste propósito que a confecção do presente capítulo é elaborada. Revisitando a estrutura analítica dos direitos fundamentais, bem como reforçando a literatura do Direito e Economia, alguns casos e institutos serão analisados com o escopo de contribuir doutrinariamente com reflexões capazes de auxiliar os magistrados no exercício decisório, elevando a consciência da tomada de escolhas trágicas quando do exercício jurisdicional.

4.1. REFLEXÕES ANALÍTICAS NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFETIVAÇÃO

Quando do enfrentamento do tema da judicialização das políticas públicas, imperioso se faz dedicar parte do trabalho ao estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais, por ser objeto intrínseco à matéria.

Falar em dever estatal para provimento desses ou daqueles direitos implica, necessariamente, analisar o grau de vinculação ao qual o administrador está submetido, a gravidade de eventual lesão praticada omissiva ou comissivamente (inclusive na eventual restrição) e a validade/legitimidade de institutos e instituições na solução das falhas práticas existentes.

Sobre as falhas, essas, em sua grande maioria, decorrem, em parte, pela falibilidade do homem e dos seus desvios de condutas, e em outra parte pela utilização de modelo teórico que avaliado analítica e filosoficamente apresenta contradições e incongruências que permitem questionamentos acerca da sua veracidade.

Nesse diapasão, a dedicação ao estudo do modelo teórico doutrinário das estruturas analíticas dos direitos fundamentais é importante instrumento para obtenção de elementos que contribuam para conhecimento e aprofundamento do objeto, servindo de alcance para novas ponderações e enfrentamentos necessários na busca por validação ou denegação de argumentos habitualmente utilizados pelas correntes diversas.

¹⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas, em *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, abr. – jun., 2005, p. 90.

Enfrentar o modelo tradicional de classificação dos direitos fundamentais (negativos *versus* positivos; de liberdade *versus* sociais; objetivos *versus* subjetivos; mínimo existencial *versus* reserva do possível) constitui forma gloriosa de sua compreensão, permitindo maior extração do conteúdo a ser apresentado.

É de bom alvitre destacar que toda e qualquer classificação tem como escopo facilitar o conhecimento de determinado tema ou item, separando em grupos aqueles objetos que possuam elementos que os conecte ou os diferencie. Eventual crítica ou refutação ao modelo não implica, necessariamente, em inviabilidade ou descrença da classificação, mas na relevância dessas aos estudos, por sua capacidade contributiva reflexiva pretérita, e ante a possibilidade próxima e futura de eventual falseabilidade, contribuindo no aperfeiçoamento do saber.

Especificamente no caso dos direitos sociais e na efetivação de políticas públicas, parte da solução do problema passa pelo estudo analítico da natureza desses direitos e no grau de vinculação do Estado na sua concreção, o que permite aferir o nível de comprometimento no qual o administrador público encontra-se adstrito.

Ao tema que toca questões de políticas públicas, acirram-se os ânimos na doutrina constitucionalista através de duas grandes vertentes jurídicas: a primeira, substancialista, defende a existência de um núcleo duro de direitos fundamentais, possuindo conteúdo essencial absoluto, cujos limites externos acabam por constituir barreira intransponível, impossibilitando restrições nesse conteúdo¹⁸⁷, o que restou denominado de “mínimo existencial”; já a segunda vertente, relativista, consequencialista, defende que além de não haver qualquer direito considerado absoluto, há de se falar em restrições legítimas ao conteúdo dos direitos fundamentais, desde que pautados dentro da regra da proporcionalidade quando da existência de colisão de princípios¹⁸⁸.

Grande parte do ímpeto judicial na intervenção das políticas públicas está no uso indiscriminado da defesa do mínimo existencial e da necessidade de promoção de uma vida digna ao cidadão (o argumento do princípio da dignidade humana).

¹⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 187.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Ocorre que o próprio conceito (e por consequência, a teoria) sobre esse mínimo existencial impõe dubiedade, podendo o mínimo existencial ser utilizado para referenciar “aquilo que é garantido pelos direitos sociais”¹⁸⁹ ou o mínimo existencial diz respeito apenas ao âmbito judicial capaz de intervenção, a sindicabilidade do direito social, sendo a restante área discricionária da política legislativa¹⁹⁰. Por fim, há ainda a ideia de mínimo existencial como conteúdo essencial indissociável de determinado direito¹⁹¹. Essas distinções não ficam claras quando da fundamentação jurídica para provimento de alguma pretensão judicial.

Em relação aos chamados direitos de liberdade, há uma crença doutrinária acerca da necessidade de abstenção estatal na intervenção acerca desses direitos. Razão disso, para seu exercício bastaria apenas ao Estado não intervir na liberdade e individualidade do cidadão para que a fruição/eficácia desse direito possa operar livremente.

Restou esclarecido alhures que Teoria dos Custos dos Direitos questiona as bases fundantes dessa dicotomia entre direitos de liberdade e direitos sociais, tendo sido demonstrada a positividade dos direitos, pela necessidade de injeção de recursos públicos para a garantia de qualquer pretensão jurídica, independentemente da parte contra a qual se planeja seu exercício. Os direitos são levados a sério pelo fato de existir uma obrigação correlata derivantes desses direitos, que somente se fazem efetivados quando seu descumprimento é condenado pelo poder público, que necessita de verbas para realizar a coerção¹⁹².

Aspecto diverso que também merece atenção ao tema dos direitos fundamentais diz respeito ao surgimento de conflitos de direitos ocasionados pela convivência (nada harmoniosa) de diferentes pretensões positivadas no texto constitucional, sendo esse fruto de uma sociedade plural como é a contemporânea¹⁹³.

O processo de expansão do conteúdo desses direitos ocasiona sua colisão com diversos outros que também se encontram em processo expansivo. A consequência disso é a existência de choques entre esses direitos, impondo ao operador técnica capaz de satisfatoriamente moldar essas colisões.

¹⁸⁹ SILVA, op. cit., p. 204.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 205.

¹⁹¹ Ibidem, p. 205.

¹⁹² HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., p. 43.

¹⁹³ BARCELLOS, op. cit., pp. 86-87.

Mesmo com os avanços e desenvolvimento de estudos analíticos no tema dos direitos fundamentais, na busca de estabelecimento de critérios e parâmetros cada vez mais seguros, haja vista a relevância dos bens tutelados no objeto estudado, ainda é comum sua desconsideração no âmbito processual de debate.

4.2. A INTERPRETAÇÃO MEDIANTE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A apresentação de todo um arcabouço teórico, com apontamento de novas premissas e utilização de conceitos e estudos em literatura estrangeira e outras áreas da ciência, serve para o robustecimento em defesa da aplicabilidade da Análise Econômica do Direito no processo decisório, o que deve ser feito na cognição interpretativa dos fatos.

Uma necessidade extremamente importante para a adoção da Análise Econômica do Direito no processo interpretativo e, especialmente, decisório, está na obrigação de consideração de hipóteses para além da escolha adotada. A atual cultura jurídica ainda é pautada na suposta existência de apenas uma escolha certa dentre as várias ações possíveis, cabendo ao juiz apresentar as razões jurídicas, éticas e morais pela qual sua interpretação está correta.

Dessa maneira, a aplicação do Direito ocorre através do enquadramento de um caso concreto (determinado fato) a uma norma jurídica adequada¹⁹⁴.

O processo cognitivo decisório geralmente é pautado na escolha e, tão somente depois de decidido por determinado julgamento, sua fundamentação é adotada. Inúmeras vezes sequer há consideração dos argumentos e demais fundamentos apresentados no jogo processual.

Ocorre que “todo ponto de vista é a vista de um ponto”¹⁹⁵, e o processo interpretativo toma por base, inevitavelmente, os valores pessoais daquele que a interpreta. Cada interpretação invariavelmente considera o mundo daquele que analisa e observa o objeto interpretado.

O subjetivismo característico do processo decisório ainda é um dos grandes enfrentamentos do Direito, da Hermenêutica Jurídica e da sua Teoria Geral,

¹⁹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 5.

¹⁹⁵ BOFF, Leonardo. *A Águia e a Galinha: uma metáfora da condição humana*. Petrópolis: Vozes, 1997.

sendo esse enfrentamento uma constante luta na busca por previsibilidade decisória e segurança jurídica.

Fugindo da tradição jurídica da dicotomia do certo *versus* errado; justo *versus* injusto; culpado *versus* inocente, os estudos econômicos preocupam-se muito mais com a análise das diversas opções cabíveis quanto a determinado fato apresentado socialmente.

A diferença da interpretação econômica está na análise não só da escolha adotada, mas também da eventual relevância daquelas opções que foram descartadas. Os custos de oportunidade sempre são considerados na tomada da escolha tida como “melhor” ou mais eficiente.

Outra importação da Análise Econômica do Direito está no fortalecimento e busca pela eficiência, essa adotada dentro do padrão estabelecido na ciência econômica, qual seja o de combate ao desperdício.

A mudança de perspectiva é saudável ao estudo do Direito, pois permite avaliar as opções e alternativas que deveriam ser consideradas, mas que por motivos outros foram desconstituídas. Além disso, a busca de estabelecimento de critério objetivo (como a eficiência) é alternativa proposta para combater à discricionariedade e o subjetivismo, esses naturais elementos a impulsionar a arbitrariedade.

Por mais que haja limitações jurisdicionais e processuais na atuação do magistrado, bem como exista o princípio da inércia vedando seu impulso inicial ou ímpeto ativo, impõe ratificar que o ordenamento jurídico possui inúmeras aberturas que visam dá completude ao Direito, exercendo assim autocontrole na tentativa de suas limitações.

Ficando em apenas um exemplo, a regra de vedação às chamadas decisões surpresas¹⁹⁶ trazida no Novo Código de Processo Civil¹⁹⁷ visa o enriquecimento do debate jurídico e a formação de processo colaborativo entre as partes e o Estado-juiz.

Com a sempre relevante ressalva acerca das fragilidades que o Judiciário possui na concretização das políticas públicas, convém avaliar como o processo

¹⁹⁶ Entende-se por decisão surpresa aquela que proferida por magistrados mediante a utilização de argumentos e fundamentos dos quais as partes não tenham previamente levantados na elaboração judicial de suas pretensões.

¹⁹⁷ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

interpretativo decisório, nas hipóteses de atuação judicial, pode auxiliar o magistrado na sua precípua função de julgador, no âmbito das políticas públicas.

Considerando que as restrições aos direitos fundamentais ocorrem e são devidas, conforme exposto em linhas pretéritas, bem como que a atuação judicial, nessa particularidade, deve ocorrer de maneira derivada, conforme melhor enquadramentos a serem elaborados abaixo os tópicos a seguir demonstrarão como convergir os estudos e técnicas da AED aliada ao processo decisório pautado na máxima de justiça.

Sendo incontáveis os exemplos reais existentes nas cortes superiores do Brasil, serão apontados alguns casos em que a relação do Direito e da Economia fizeram-se presente, essas sempre aliadas ao recorte adotado acerca das políticas públicas e seus impactos nos direitos fundamentais do cidadão.

4.2.1. A eficiência judicial na realização das políticas públicas

As demonstrações de inúmeras críticas ao atual modelo de intervenção judicial nas políticas públicas feitas neste trabalho podem erroneamente direcionar o leitor ao entendimento de que em nenhuma hipótese é defensável o controle judicial sobre a matéria. O princípio da vedação ao *non liquet* afasta essa falsa sensação.

Sendo o Judiciário uma das funções do Estado, é indiscutível sua relevância na concretização do Estado Democrático de Direito, este fundado na primazia da Constituição e na efetivação e proteção dos direitos fundamentais.

Em perspectiva diversa, ainda que haja a defesa da realização das políticas sociais mediante, primordialmente, o Executivo e Legislativo, também calha dizer que tais poderes não estão isentos de falhas e omissões inconstitucionais a legitimarem atuação mais incisiva do poder Judicante.

Pela ótica estrutural e através de desenho institucional, a existência do sistema de *check and balance* também se apresenta como importante instrumento legitimador da proteção e concretização de direitos pelo Judiciário.

Nesse diapasão, “não há como pensar em ter atendidos e garantidos os direitos fundamentais, se efetivamente as ações de governo são estruturadas para manter um ambiente injusto e desigual entre os cidadãos.”¹⁹⁸. Pensando na

¹⁹⁸ DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p.199.

efetivação da equidade e no combate aos privilégios das minorias detentoras do poder, o desrespeito aos direitos fundamentais importa na necessidade de intervenção judicial.

A atuação mais incisiva do Estado é fundamentada nas mudanças políticas e econômicas das nações (notadamente as ocidentais) e na evolução acerca do conteúdo a ser extraído dos direitos humanos. Eventuais expansões ou retrações nos direitos fundamentais do homem são acompanhadas do processo histórico, das lutas sociais e dos contrastes dos regimes políticos¹⁹⁹.

Notadamente no âmbito econômico e social, o surgimento do Estado Liberal trouxe grandes modificações urbanas (processo de êxodo rural), onde a massificação das cidades implicou em marginalização de grande parte dos cidadãos.

O desenvolvimento do Estado Liberal serviu como mecanismo de limitação do poder autoritário, para o desenvolvimento do ideal de liberdade, para ruptura do modelo agrário e adoção do sistema capitalista (com a conseqüente ascensão da classe burguesa) e para o desenvolvimento da primeira dimensão de direitos fundamentais, esses doutrinariamente conhecidos como direitos de liberdade.

Em seu aspecto negativo, o Estado Liberal desenvolveu-se com base na indiferença a todas as questões relativas à vida social, cultural e econômica dos indivíduos, focando sua atuação meramente no controle político do Estado, o que se fazia através da atuação estatal mínima na vida dos cidadãos, defendendo-se a ideia de máxima proteção às liberdades individuais²⁰⁰.

A constituição do Estado Liberal e a ascensão da burguesia passaram a demonstrar graves falhas quando ficou claro que o crescimento econômico dissociado do desenvolvimento social gerou uma série de mazelas que necessitavam de um gerenciamento estatal, ainda que a atuação do Estado fosse medida paliativa²⁰¹.

Nesse ambiente, contrapondo-se aos direitos de liberdade, foram reivindicados e obtidos os direitos de segunda dimensão, enveredando-se: no

¹⁹⁹ MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. Os Direitos Fundamentais: *sua dimensão individual e social*, em *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 01, ago., 2011, pp. 507-508.

²⁰⁰ CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

²⁰¹ LEAL, op. cit., p. 44.

aspecto econômico, como forma de garantir a dignidade do trabalho; no aspecto social, como garantia de proteção na hipótese de necessidade e; no aspecto cultural, obrigando o Estado na efetivação de acesso à educação e cultura²⁰². Nesse sentido, passa-se a defender que “o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social.”²⁰³.

Em que pese ser comum o posicionamento doutrinário que políticas públicas são mais eficientes através do Executivo, pela possibilidade de realizar planejamentos²⁰⁴, o Estado Democrático de Direito e a proteção dos direitos fundamentais impõem postura mais incisiva do Judiciário, levando aos tribunais demandas que questionam lesões a esses direitos.

Utilizando todas as considerações abordadas no presente capítulo, cabe analisar como o provimento jurisdicional pode ocorrer de maneira mais eficiente no Judiciário, contribuindo com o desenvolvimento econômico e alcançando o ideal de justiça.

Sobre o tema, aponta Ada Pellegrini Grinover a necessidade de realização do princípio da razoabilidade, esse compreendido como mecanismo de aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, significando assim a busca por um justo equilíbrio entre os meios adotados e os fins que visam ser alcançados²⁰⁵. Ambas tratam-se de busca por um juízo de equidade²⁰⁶.

Outra consideração importante diz respeito à necessidade de enquadramento da atuação judicial aos objetivos traçados pela comunidade, havendo um regular enquadramento ao quanto posto positivamente e ao atuar estatal.

Classificando esses objetivos como políticas, Dworkin os define como projeto “a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”²⁰⁷, fazendo o adendo de que tais objetivos podem

²⁰² MIRANDA, op. cit., p. 507.

²⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário, em *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*. São Paulo: Metodista, v. 7, n. 7, 2010, pp. 10-11.

²⁰⁴ Por todos, TIMM, Luciano Benetti. Qual a Maneira Mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? em *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁰⁵ Ibidem, p. 19.

²⁰⁶ APPIO, Eduardo. *Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 159.

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

exigir, também, conduta negativa, estipulando assim meta que proíba a mudança do estado atual por ocorrência de alterações adversas²⁰⁸.

Considerando que o ambiente estrutural para discussão dessas políticas é mais propício no parlamento, a atuação jurisdicional deve ser contida nos limites impostos no estabelecimento desses objetivos, devendo ater-se ao quanto elaborado pelos demais poderes.

Nesse sentido, é preciso romper com a visão romântica de intervenção judicial pautada em modelos utópicos, distantes da realidade que compõe o ambiente do julgador e que serviu de parâmetro para o processo de criação normativa e de consignação dos objetivos sociais.

Nada impede que uma vez violado direitos subjetivos, haja controle do órgão judicante, pois a questão passará a revestir-se como forma de um conflito jurídico²⁰⁹, mas essa atuação trata-se “de uma intervenção derivada, pois depende de formulação prévia de uma política ou mesmo de uma omissão, quando evidentemente há um dever legal ou constitucional de produzi-la.”²¹⁰.

Diferentemente do quanto comumente exercido, a efetivação de políticas públicas no âmbito do Judiciário não pode ocorrer mediante simples técnica de subsunção, mas sim “projetar o conteúdo de pretensão positiva em que está investido o particular para, depois, contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação potencial”²¹¹. Depois de realizado esse primeiro filtro entre a pretensão apresentada e a suposta violação estatal, inclinando o magistrado acerca da ocorrência de potencial violação é que ele ponderará sobre “o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal”.²¹²

Em viés analítico na teoria dos direitos fundamentais, cumpre afirmar a existência de uma discricionariedade epistêmica de tipo normativo, onde, a grosso modo, defende-se uma margem discricionária de projeção pelo legislador²¹³ (aqui, uma margem discricionária na efetivação dos direitos sociais pelo Executivo e Legislativo).

²⁰⁸ Ibidem, p. 36.

²⁰⁹ DIAS, op. cit., p. 52.

²¹⁰ Idem, Ibidem, p. 52.

²¹¹ AMARAL, op. cit., p. 208.

²¹² Ibidem, p. 208.

²¹³ ALEXY, op. cit, p. 612

Em verdade, é preciso reconhecer que a realização de direitos impõe ao Estado a adoção de estratégias sociais bastante prospectivas e complexas, assim como é a realidade social na qual esses direitos visam ser realizados²¹⁴.

Através dessa abordagem é que serão apresentados exemplos que permitem robustecer a intervenção judicial, no âmbito das políticas públicas, dentro de parâmetro plausível e condizente com a realidade posta ao julgador, o que dever ser feito sempre com o enfrentamento e ênfase às escolhas trágicas.

O referencial teórico obtido com o estudo da Análise Econômica do Direito permite esse enfrentamento com maior lucidez e serenidade, pois atento aos problemas sociais e à necessidade de regular adequação entre os fatos e dilemas apresentados e a confecção de decisões e intervenções que auxiliem na formação de um projeto político acessível e justo.

4.2.2. Contribuições na judicialização da saúde

Durante parte dos estudos elaborados neste trabalho foram apresentadas críticas ao atual modelo interventivo judicial no âmbito das políticas públicas, sendo elaboradas censuras e reflexões mais contundentes quando o tema discutido é referente à judicialização da saúde.

Tendo sido demonstrado que a solução para melhor provimento jurisdicional não passa por ações desconexas e desorganizadas da atividade judicante, o que afeta a segurança jurídica e fere a isonomia dos cidadãos, cumpre propor modelo colaborativo que efetivamente alcance um ideal de justiça e eficiência.

É de bom alvitre destacar que apesar da utilização da premissa acerca da escassez de recursos, rechaçando assim o modelo utópico da ausência de custos dos direitos, esse comumente aplicado nas demandas de saúde, é preciso ter certa cautela na aceitação do argumento extremado oposto, qual seja o da reserva do possível.

Como já enfrentado alhures, a norma constitucional que prevê o direito e acesso à saúde tem caráter programática, devendo essa ser otimizada em seu máximo, ainda que sua efetivação jamais alcance o plano ideal. O artigo 196 da

²¹⁴ GALDINO, op. cit., p. 343.

Constituição Federal²¹⁵ fala em acesso universal e igualitário na sua promoção, proteção e recuperação, devendo as políticas que visam seu alcance pautar-se nesse comando constitucional.

Combatendo as polarizações, é preciso racionalidade na análise da matéria, sob risco de uma vez não feita limitar-se à mera repetição do discurso e à mediocridade no enfrentamento do tema.

Uma das propostas que merece atenção está na criação de varas especializadas para o tema da judicialização da saúde, essa a ser constituída em caráter multiprofissional, habilitando o magistrado com equipe capaz de auxiliá-lo satisfatoriamente na solução das controvérsias.

Já foi afirmado anteriormente que as decisões judiciais são bens públicos, especialmente pela sua capacidade de produção de externalidades sociais²¹⁶, o que implica um relevante cuidado com os eventuais incentivos a serem criados através das decisões proferidas.

Pensando na racionalidade econômica e no jogo processual, o conhecimento por procuradores, advogados e membros do Ministério Público acerca da postura assistencialista ou denegatória de um dado juiz estimulará o ajuizamento ou não de ações judiciais.

Sob outro aspecto, a especialização do tema garante aos magistrados investidos nessas varas a visualização ampla das demandas que estão sendo ajuizadas no âmbito de saúde. Apesar de sua limitação jurisdicional, a canalização de processos lhe permitirá avaliar com maior propriedade se os argumentos utilizados pelo Estado são meros discursos processuais ou se baseiam de fatos existentes. Isso significa dizer que ao magistrado caberá realizar o controle do discurso, controlando também, processualmente, as condutas adotadas pelos membros do Executivo e Legislativo²¹⁷.

Como benefício intelectual, a especialização jurisdicional permite corte epistemológico na prestação da atividade judicante, dando ao magistrado um recorte cartesiano capaz de lhe fazer aprofundar os conhecimentos sobre a matéria, favorecendo assim a construção de decisões qualitativamente melhores.

²¹⁵ Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²¹⁶ Vide nota de rodapé nº 160.

²¹⁷ AMARAL, op. cit., p. 208.

Além da individualização do tema afeito à judicialização da saúde, outra contribuição que calha pertinente está no fortalecimento de ações coletivas, tendo o Ministério Público fundamental importância nesse processo, especialmente nas demandas que versam sobre a concessão de medicamentos. Sendo o Ministério Público ente legitimado para proposição de ação civil pública e possuindo em sua atribuição a instauração de inquéritos civis, onde o processo de confecção de prova não está sujeita à preclusão, viável se torna um controle social amplo dos critérios e procedimentos na alocação de recursos públicos²¹⁸.

Embora não seja da atribuição do Judiciário definir a lista de medicamentos a serem adquiridos pelos entes federativos, cabe-lhe, certamente, coibir abusos²¹⁹. A impossibilidade de ajuizamento de ações individuais para concessão de medicamentos não componente da lista criada em nada impede que as listas sejam judicialmente discutidas²²⁰, notadamente quando o suporte fático a fundamentar a ação seja a coletividade de cidadãos desassistidos pela existência de desvios na confecção da lista.

Outro aspecto relevante da coletivização das ações está na possibilidade de melhor provisionamento, pelos demais poderes, acerca dos seus deveres na efetivação do acesso a saúde. Realizar planejamento “deve ser a base das políticas públicas, como já defendido, pois esta permite visualizar objetivos, prever comportamentos e definir metas.”²²¹. Fora isso, a utilização de ações coletivas diminui o risco de decisões contraditórias (o que produziria externalidades negativas) e barateia o custo processual, tanto em seu aspecto estrutural (menor utilização da máquina judiciária para obtenção de uma maior quantidade de decisões²²²) tanto em seu aspecto material (facilitação no cumprimento do dispositivo, haja vista a existência de apenas um comando judicial a prover).

Na linha de construção de propostas que reduzam o custo estatal no tema da judicialização da saúde, importante destacar os Projetos de Lei nº 3.249/00, 3.333/00, 3.385/00 e 4.104/01, tendo eles, resumidamente, o objetivo de obrigar aos médicos das redes particulares e públicas a prescreverem os medicamentos

²¹⁸ *Ibidem*, p. 210.

²¹⁹ BARROSO, op. cit., p. 48.

²²⁰ *Ibidem*, p. 48.

²²¹ TIMM, op. cit., p. 59.

²²² Evidentemente que apesar de nos autos de uma ação coletiva ocorrer apenas uma decisão ou voto, é natural reconhecer que pela concentração de pessoas no polo ativo da demanda essa decisão irradiará efeitos para toda uma coletividade. Assim, com “apenas” uma decisão é possível que dezenas, centenas ou milhares de pessoas sejam beneficiadas.

tomando por base o princípio ativo ou o nome genérico do produto, sendo facultado aos médicos apontarem sua preferência na utilização do produto patenteado ou, até, da sua contrariedade na utilização do remédio genérico.

No entendimento do relator dos Projetos na Comissão de Seguridade Social e Família, a utilização do genérico representa “arma no barateamento do preço ao consumidor dos medicamentos, sem perda de eficácia ou qualidade, pois para liberação dos genéricos são exigidos testes laboratoriais de bioequivalência e biodisponibilidade.”²²³. A existência de mais opções ao consumidor é forma de reduzir os custos estatais na aquisição dos medicamentos, englobando maior número de indivíduos.

O poder de barganha estatal é mais contundente quando existente maior número de fornecedores e quando a quantidade do produto a ser adquirido é alta, sendo esse poder de negociação uma premissa básica da economia²²⁴.

Em mais um tema referente à judicialização da saúde, recentemente o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 1.657.156 – RJ, relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, onde se discutia o estabelecimento de critérios para exigência estatal de custeio de medicamento não componente obrigatório da lista estabelecida pelo SUS.

Após o afetamento do tema, do estabelecimento de repetitividade do recurso e do voto vista da Ministra Assusete Magalhães, restou definido os parâmetros fáticos a legitimar eventual pretensão judicial nas hipóteses de negativa pelo Executivo na entrega do medicamento. Ficou estabelecido os seguintes critérios: i) comprovação, por laudo médico, da necessidade daquele medicamento especificamente solicitado, bem como da ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para tratamento da moléstia; ii) demonstração da incapacidade financeira de arcar com o custo dos medicamentos que foram prescritos; e iii) que o medicamento solicitado seja devidamente registrado perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA²²⁵.

²²³ Deputado Relator Serafim Venzon, Comissão de Seguridade Social e Família, 30 de maio de 2001. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19345>>

²²⁴ A margem de negociação para aquisição de uma caixa de determinado medicamento (uma ação individual, por exemplo) é consideravelmente inferior se em comparação à aquisição do mesmo medicamento em quantidade superior (cem ou mil caixas, por exemplo). O custo unitário do produto fatalmente será reduzido pelo fornecedor para concretização da venda.

²²⁵ RECURSO ESPECIAL Nº 1.657.156 – RJ EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036

Da leitura da decisão proferida pelo STJ resta evidenciado um posicionamento da Corte Cidadã no sentido de diminuir as hipóteses de desassistência estatal, criando abertura sistêmica para que cidadãos reiviniquem judicialmente seus direitos, porém, essa postura vem acompanhada com o estabelecimento de critérios mais rígidos para a existência do direito a ser tutelado, notadamente com uma preocupação de afastar medicamentos experimentais e de comprovação duvidosa, o que o faz quando exige o devido registro do medicamento perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Malgrado a postura protetiva, assistencialista e criativa da Corte Superior, com a sinalização social da possibilidade jurídica de ajuizamento de novas demandas individualizadas, visando a sindicabilidade de direito à saúde, resta evidenciado que o tema dos custos do direito entrou definitivamente no circuito processual, impondo aos ministros a constante preocupação no estabelecimento de parâmetros que sejam capazes de materializar-se em efetivo cumprimento mandamental.

Essa é a nova temática apresentada ao Direito.

DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. 1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.

4.2.3. Contribuições no controle concentrado de constitucionalidade

Desenvolvendo as reflexões sobre as contribuições que a Análise Econômica do Direito dá ao tema da judicialização da saúde foi apresentado, dentre outros exemplos, o fortalecimento da utilização de ações coletivas, evitando assim decisões conflitantes, dispositivos contraditórios, quebra da isonomia e a visão limitada característica da microjustiça. Outros benefícios oriundos da coletivização das ações reside na possibilidade de melhor provisionamento e planejamento, pelo Executivo, na execução das políticas públicas, a redução do custo operacional dos processos (tanto dos custos administrativos tanto no cumprimento das sentenças), e na formação de externalidades positivas e de previsibilidade das decisões judiciais, otimizando, dessa forma, a segurança jurídica.

Seguindo por essa abordagem, importante tecer considerações e exemplos sobre como o sistema concentrado de constitucionalidade das normas jurídicas apresenta-se como mais um mecanismo eficiente na definição de metas políticas e no estabelecimento da efetivação dos direitos de cunho social.

Diferentemente dos processos subjetivos, inclusive no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o modelo concentrado de controle é caracterizado pela objetividade da discussão, não existindo propriamente partes²²⁶ a litigar no processo. Através desse modelo, é instaurada no Supremo Tribunal Federal uma abstrata fiscalização das leis e atos normativos feitos pelo poder público que potencialmente afrontem a Constituição Federal²²⁷. Enquanto que no modelo difuso a discussão constitucional se limita à questão prejudicial, no sistema concentrado a constitucionalidade é o ponto central da ação²²⁸.

O tema do controle concentrado de constitucionalidade está intimamente ligado à ideia de Jurisdição Constitucional, essa compreendida como um tipo de “atividade estatal, vinculada especialmente ao exercício das atribuições do Poder Judiciário de um determinado país, com a missão de garantir a supremacia da Constituição Federal dentro do ordenamento jurídico interno.”²²⁹

²²⁶ O sentido aqui trabalhado diz respeito à existência de contraste entre detentor de direito subjetivo e causador de lesão jurídica a ser tutelada judicialmente.

²²⁷ CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade – teoria e prática*. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 183.

²²⁸ Ibidem, pp. 183-184.

²²⁹ APPIO, op. cit., p. 38.

Considerando a pirâmide normativa hierárquica de Kelsen, bem como o conceito de política trabalhado por Dworkin (*vide* tópico 3.3.1), a concentração, no órgão julgador máximo do Poder Judiciário, das discussões jurídicas e sociais dos objetivos e políticas estabelecidas no normativo mais importante do país (qual seja a Constituição Federal) se mostra como mecanismo válido para superação de alguns dos problemas que a atuação desconexa dos órgãos judicantes ocasiona no âmbito mercadológico.

Se a Constituição Federal é a norma jurídica superior a todas as demais do ordenamento jurídico brasileiro, e ao Judiciário, no Estado Democrático de Direito, cabe o papel de aplicar as normas jurídicas, velando sempre pela imperatividade de seus efeitos; no caso das normas constitucionais é dever do Judiciário sua aplicação direta, devendo os efeitos dela prevalecer em detrimento das demais normas²³⁰.

O controle judicial praticado às leis e atos normativos abrange não só o aspecto formal (vício procedimental), mas também eventuais lesões materiais, como o desrespeito a direitos e garantias fundamentais. Sendo a lei ordinária contrária às finalidades da Constituição é irrecusável o reconhecimento de sua inconstitucionalidade²³¹.

Nesse sentido, é possível defender a correção política, pela via judicial, quando da violação de direitos fundamentais, não sendo limitada apenas aos casos individuais, mas possível também como mecanismo de revisão mais abrangente, reajustando os objetivos escolhidos aos direitos que determinada coletividade possui²³².

Outra consideração que calha demonstrar é que por ser o processo legislativo (especialmente a codificação) uma tentativa consciente de sistematização e organização de costumes e normas antecedentes²³³, não há óbice para que o STF, quando provocado a realizar o controle concentrado de constitucionalidade, analise a congruência entre os objetivos traçados na norma infraconstitucional e aqueles previstos na Carta Magna.

²³⁰ BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99, em *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

²³¹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 54.

²³² DIAS, op. cit., p.56.

²³³ ANDONOVA, op. cit., p. 196.

O próprio Poder Executivo se vale desse instrumento para obter “chancela judicial” quando da execução de políticas públicas, como no caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9, interposta com o intuito de comprovar a constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.148-1²³⁴, essa sido elaborada para combater a grave crise enfrentada no setor energético do Brasil²³⁵, o que ocorrera no ano de 2001.

O ajuizamento da ADC nº 9 foi um claro exemplo onde a atuação no controle concentrado se fez pertinente para a criação de entendimento uniforme sobre a validade jurídica da medida administrativa adotada para a situação emergencial.

Numa clara demonstração de utilização dos conceitos econômicos, houve o enrijecimento das normas sobre fruição do serviço público de energia, criando embargos aos cidadãos que permanecessem com postura desidiosa à crise enfrentada pelo país. O alto custo para descumprimento da norma serviu de mecanismo para desencorajar condutas sociais que atrapalhassem o projeto do Governo.

Sem o julgamento do STF confirmando a constitucionalidade da medida adotada²³⁶, dificilmente o Poder Executivo conseguiria dar continuidade ao processo

²³⁴ Medida Provisória nº 2.148-1: Cria e instala a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, estabelece diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica e dá outras providências.

²³⁵ A situação enfrentada no Brasil era de grave crise no setor energético, existindo um alto risco de interrupções forçadas no fornecimento de luz para os brasileiros, o que popularmente se denominou de “apagão”. Visando elidir tal risco, a União editou a Medida Provisória nº 2.148, tendo como escopo a instalação da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – GCE e a estipulação de medidas que desestimulassem o consumo de energia, o que passou pela criação de sobretaxas (art. 15) e suspensão no fornecimento de energia dos consumidores que descumprissem com as regras estabelecidas (art. 14).

²³⁶ AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, §

político elaborado, vez que a conduta estabelecida na Medida Provisória nº 2.148-1 já vinha sofrendo combate através do modelo difuso de controle de constitucionalidade²³⁷.

O direcionamento da discussão jurídica para o STF evitou o alargamento da controvérsia jurídica, minorando o surgimento de decisões contraditórias em modelo difuso e concreto de constitucionalidade (o que, de certa maneira, ocasionaria maior insegurança jurídica), bem como trouxe celeridade ao tema, permitindo a estabilização de entendimento em tempo inferior ao necessário caso o processo se iniciasse em primeiro grau e se desenvolvesse por toda a estrutura burocrática do sistema judicante.

Importante destacar que a utilização do modelo concentrado de controle de constitucionalidade não pode vir dissociada das premissas e contribuições que a ciência econômica e demais áreas sociais têm a incrementar o discurso jurídico. O que deve ser feito são a completa importação e aceitação dos estudos e dados que aportam o debate, deixando esse de ser meramente jurídico, retórico, argumentativo, e passando a discussão a absorver os múltiplos aspectos e abordagens que lhe são cabíveis.

Pertinente exemplo de congruência e multidisciplinariedade no processo decisório ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5135 DF, relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, processo que discutia a constitucionalidade da Lei Federal nº 12.767/12, que incluiu o parágrafo único na Lei 9.492/1997.

Julgando a constitucionalidade do artigo que permitiu o envio das Certidões de Dívida Ativa para os Tabelionatos de Protesto²³⁸, como forma legítima de cobrança de tributos, o Ministro Barroso proferiu decisão com clara relação simbiótica/mutualística entre as ciências sociais, isso em prol da construção de entendimento que atenta-se aos aspectos para além do direito.

4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente.” (Relatoria da Ministra Ellen Gracie).

²³⁷ Importante rememorar, inclusive, que um dos pressupostos processuais para conhecimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade é justamente a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação de determinada lei (art. 14, III da Lei 9.868/99).

²³⁸ Lei 9.492/97 Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

Imperioso destacar do voto proferido a adoção dos dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA que minunciosamente demonstra os custos operacionais para manutenção de execução fiscal, o tempo de duração do processo, o percentual de êxito e o valor econômico mínimo que justifique o ajuizamento da execução²³⁹.

Indubitavelmente que os dados apresentados acerca da eficiência judicial na recuperação de créditos tributários foram extremamente relevantes para a formulação do entendimento do Relator e da Corte Suprema acerca da constitucionalidade do dispositivo (o que implicou na improcedência da Ação Direta²⁴⁰), acenando positivamente para a política pública adotada com a mudança legislativa.

Além do reconhecimento da constitucionalidade do protesto de CDA's, o que foi feito através de debates também de caráter jurídico, a postura política adotada pelo STF promoveu externalidades que seguramente serão consideradas pelas procuradorias fazendárias nos três níveis da federação, trazendo repercussões econômicas e sociais imensuráveis.

A utilização dos exemplos obtidos com a ADC nº 9 e a ADI 5135/DF, são exemplos de decisões que fogem a esteira meramente jurídica e impõe ao julgador a sensibilidade de analisar os fatos com lentes diversas, ocasionando um provimento jurisdicional eficiente e alinhado aos parâmetros constitucionalmente estabelecidos.

²³⁹ Eis trecho do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso na ADI 5135/DF: "(...) De acordo com estudo do IPEA, as ações de execução fiscal promovidas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN junto à Justiça Federal possuem custo unitário médio de cerca de R\$ 5,6 mil, tramitam por um tempo médio de 9 anos, 9 meses e 16 dias, dos quais mais de 4 anos são levados apenas para a citação. A pesquisa também demonstrou que apenas cerca de 3/5 dos processos promovidos pela PGFN vencem a fase de citação, e que a probabilidade de êxito, com a recuperação integral do crédito, é de menos de 26%. Segundo o IPEA, considerando-se tais dados, somente em relação a créditos de valor superior a R\$ 21.731,45 seria economicamente justificável promover-se a cobrança judicial por meio do executivo fiscal."

²⁴⁰ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.135/DF, DECISÃO: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido formulado, vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski Fixada tese nos seguintes termos: "O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política". O Ministro Marco Aurélio, vencido no mérito, não participou da fixação da tese. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki, participando em missão oficial do Programa de Eleições dos Estados Unidos (USEP) e da 7ª Conferência da Organização Global de Eleições (GEO-7), em Washington, Estados Unidos, e o Ministro Dias Toffoli, acompanhando as eleições norte-americanas a convite da *International Foundation for Electoral Systems (IFES)*. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 09.11.2016.

Um olhar mais acurado ao sistema concentrado de controle de constitucionalidade é medida que permite ao ordenamento jurídico estruturação procedimental capaz de, a um só tempo, dar segurança jurídica e ocasionar a construção de entendimentos que estimulem determinados tipos de produção de comportamentos sociais, apontando assim quais condutas serão estimuladas e quais merecem repressão estatal.

4.3.A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO INSTRUMENTO PARA UMA TEORIA INTERPRETATIVA PRAGMÁTICA E EFICIENTE

Como ato derradeiro da análise científica realizada através deste estudo, anteriormente às conclusões extraídas do trabalho, é de grande pertinência direcionar a congruência entre o pensamento econômico e as técnicas interpretativas no âmbito das escolhas trágicas, para elaboração de considerações que efetivamente possam contribuir para modelo teórico de decisão que, atenta às nuances e peculiaridades do fenômeno social brasileiro, alcance a eficiência.

Decidir de maneira eficiente é a um só tempo prestar serviço público digno e realizar o ideal de justiça.

Amiúde das observações e alertas anunciados neste trabalho, imperioso frisar que não constitui perspectiva deste estudo definir método ou fórmula geral que permita ao operador do direito simplesmente aplicá-la para solucionar eventuais controvérsias.

Entender a existência de método infalível, completo e satisfatório para todo e qualquer problema implica em fechar os olhos para a complexidade das relações humanas, para as idiosincrasias culturais locais, regionais e nacionais de dado povo e para a dinâmica do Direito como fenômeno social, o que aqui fortemente se evita.

Em verdade, como bem assevera Bruno Salama, valendo-se das palavras de Guido Calabresi (ao tratar da eventual possibilidade de existência de respostas definitivas para problemas normativos), possuir uma visão da Análise jus-econômica como detentora de predicados indubitáveis é ter um entendimento absurdo, ingênuo e ridículo sobre o tema²⁴¹.

²⁴¹ SALAMA *apud* CALABRESI, Guido. Estudos em Direito & Economia: *micro, macro e desenvolvimento*. Curitiba: Virtual Gratuita, 2017, p. 13.

Apesar da crítica acima, não significa que ao jurista reste apenas obscuridade em terrenos tortuosos do Direito, mas, pelo contrário, significa feche de luz ao julgador para, diante dos obstáculos no alcance da justiça, iluminar o caminho para este louvável e desejado fim.

A utilização das ideias trabalhadas em Direito e Economia surge para o administrador público e para os magistrados brasileiros como relevante instrumento para melhor percepção do fenômeno social aqui apresentado. A Análise Econômica do Direito, em seu melhor, é modo de investigação que produz compreensão, não resultados pré-determinados²⁴².

De todo modo, enfrentar mundo desconhecido, no campo teórico, implica encarar jargões, métodos e abordagens novas, obrigando um exercício de humildade precavida aliada à insistente curiosidade na formação do saber²⁴³.

Nessa linha, é preciso ter em mente que o Direito existe para enunciar e valorar as condutas sociais relevantes, regulando a vida dos indivíduos de maneira a torna-las melhores²⁴⁴.

Os estudos da Economia apontam para inexistência de um único caminho a ser adotado (ausência do suposto caminho “certo”), mas sim que toda e qualquer escolha implica em benefícios e prejuízos, devendo ser sopesado as variações obtidas entre cada um desses caminhos.

No caso específico do Direito e da justiça, a adoção de determinada postura assistencialista a determinado grupo ou pessoa implicará, necessariamente, em desassistência a tantos outros cidadãos, haja vista a finitude dos bens e a infinidades de desejos. O reconhecimento dessa balança jurídica precisa ser considerado pelo julgador, mantendo seu fiel sempre equilibrado.

A positividade dos direitos fundamentais impõe ao Estado sempre um dever prestacional, pois é através das políticas públicas que os direitos garantidos juridicamente são materializados em ações sociais. Em estrutura econômica capitalista, a efetivação desses direitos se dá através da utilização dos recursos obtidos mediante, basicamente, o pagamento e recolhimento de tributos, sendo esses, por lógica, finitos.

²⁴² EPSTEIN, op. cit., p. 1.170.

²⁴³ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Um Olhar Adiante, em *Direito & Economia – análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005, p. 276.

²⁴⁴ GALDINO, op. cit., p. 333.

Levar os direitos a sério implica em levar a sério a escassez de recursos²⁴⁵, devendo o custo de implementação do direito subjetivo compor seu conceito²⁴⁶. Essa é a nova temática posta na realidade jurídica da efetivação das políticas públicas, sendo indissociável ao operador do direito contemporâneo.

O fortalecimento das instituições públicas é extremamente relevante para o amadurecimento do modelo democrático instituído no Brasil, e para construção de estrutura organizacional que permita o alcance dos objetivos traçados socialmente.

Por outro lado, entender o papel e o impulso que essas instituições causam à sociedade é de extrema importância para seus membros, devendo existir uma consciência social acerca das externalidades que são produzidas, os tipos de redistribuição dos custos sociais praticados com as diversas decisões e os impactos econômicos e sociais que se originam dessa atuação diretamente interventiva.

O atual modelo decisório pautado na tradicional doutrina jurídica ainda desconsidera todo o aparato instrumental que a Economia e demais áreas das ciências sociais possuem para elucidação de problemas.

É preciso romper com essa visão autoritária de independência do Direito ante aos fatos da vida e as demais ciências, superando a ilusória visão de que toda e qualquer resposta é obtida exclusivamente no Direito e/ou na lei, como se existisse método ou instrumento capaz de satisfatoriamente alcançar a decisão mais justa e eficiente.

Tendo a serenidade de que nenhum método científico é absoluto, sendo apenas uma forma de percepção do objeto, mas nunca capaz de exauri-lo, fica o entendimento de que “cada método é uma linguagem e a realidade responde na língua em que é perguntada.”²⁴⁷.

As escolhas trágicas são realizadas diariamente, seja através das políticas públicas panejadas pelo Executivo e Legislativo, seja na tomada de decisão interventiva em sede de controle judicial.

Decidir como intervir de maneira justa e eficiente é o desafio contemporâneo que acompanha os magistrados em cada uma de suas decisões proferidas.

²⁴⁵ HOLMES; SUNSTEIN, op. cit., p. 94.

²⁴⁶ GALDINO, op. cit., p. 210

²⁴⁷ SANTOS, op. cit, p. 77.

5. CONCLUSÃO

Após análise da pesquisa em comento, importa trazer as considerações finais que tocam o Poder Judiciário e seu atuar mediante o tema das escolhas trágicas no âmbito da efetivação e concretização dos direitos sociais, viés estudado e avaliado tomando por base o instrumental disponibilizado pela Análise Econômica do Direito, modelo científico de caráter supra-jurídico que utiliza técnicas e conceitos da Economia dentro do estudo do Direito, permitindo a revisitação das matérias com a estipulação de novas premissas e paradigmas.

O estudo histórico realizado sobre a Análise Econômica do Direito apontou para seu robustecimento nos Estados Unidos, notadamente na Universidade de Chicago. Autores como Aaron Director, Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard Posner foram imprescindíveis para expansão e solidificação deste modelo de pensamento tão relevante para estipulação de perspectivas diversas ao fenômeno social.

Debruçando-se em conceitos como custos econômicos, racionalidade econômica, escassez de recursos, maximização de riquezas e eficiência, além do conhecimento acerca do ótimo de Pareto e do critério de Kaldor-Hicks, há a formação do arcabouço teórico mínimo que circunda a Análise Econômica do Direito, tanto em sua vertente positiva (plano do ser) tanto em sua vertente normativa (plano do dever ser). Sobre a eficiência, restou demonstrado que apesar da impossibilidade de sua equivalência ao conceito e essência da justiça, ainda assim trata-se de critério válido para mensuração das condutas públicas, especialmente na aferição e combate ao desperdício dos escassos recursos públicos.

Com relação à epistemologia da Análise Econômica do Direito, restou compreendida a relevante contribuição que inúmeras escolas de pensamento científico deram para cunhar seu programa, havendo influências no âmbito filosófico (utilitarismo, positivismo, consequencialismo etc), jurídico (jusnaturalismo, realismo, entre outros) e econômico (institucionalismo e neoinstitucionalismo, microeconomia, teoria das escolhas públicas e teoria dos custos dos direitos), sem prejuízo de contribuição de outras áreas das ciências sociais (ciência política, sociologia e demais), haja vista seu caráter essencialmente multidisciplinar e multifacetário, razão de sua grande expansão e contribuição nos estudos científicos.

Apesar do surgimento e desenvolvimento do Direito e Economia em países anglófonos, de tradição jurídica sedimentada no sistema de *Common Law*, a AED vem atraindo o interesse acadêmico/intelectual e empírico/prático de inúmeros operadores do direito no Brasil (de tradição jurídica romano-germânica de *Civil Law*, portanto), existindo convergência de esforços e interesses na busca por promoção e execução de suas técnicas de maneira a aperfeiçoar o Direito e o sistema jurídico pátrio.

Na interação entre a Análise Econômica do Direito e o sistema de *Civil Law* ficou provado seu papel contributivo ao tema das externalidades, notadamente quando da análise dos efeitos normativos oriundos do processo legiferante, pois, sendo a lei um importante instrumento de regulação social, em países que adotam modelo de regulação pelo processo de codificação normativa a AED se mostra bastante valiosa, sendo seu estudo extremamente colaborativo ao tema. Apesar das ressalvas necessárias aos grupos de pressão e o *lobbie* existente na proteção ou criação de determinado benefício social (contribuições que a escola da *Public Choice* traz em seus estudos), a normatização de condutas é relevante instrumento de alcance das políticas públicas traçadas positivamente.

Imperioso destacar que esse nível de interação também ocorre através do Poder Judiciário, não estando esse estanque à realidade posta. Em verdade, os estudos aqui realizados apontam para uma clara simbiose entre o sistema jurídico e econômico, havendo inegável relação mutualística.

As discussões materiais acerca de determinados institutos jurídicos vêm acompanhadas de alterações econômicas, sociais e, principalmente, mercadológicas, o que merece profunda atenção dos magistrados. Exemplo disso está na discussão jurídica travada no Recurso Especial nº 1459779/MA, onde a alteração acerca da natureza jurídica do terço constitucional de férias (valor remuneratório ou indenizatório) traria impactos econômicos em cifras bilionárias. Em via oposta, os comportamentos econômicos e sociais também exigem reformulações jurídicas, adaptando seu conteúdo de maneira a abraçar novos fatos sociais. No âmbito dos tribunais essa modificação ocorre mediante a participação popular, sendo feita através da apresentação de teses, fundamentos e interpretações propostas pelas partes e seus procuradores, e levada a debate perante o Estado-juíz. O resultado dessas discussões é a cristalização do conjunto de

comportamentos juridicamente aceitável, formando um corpo teórico de condutas aprováveis ou reprováveis.

A consciência da alteração na realidade social através do Direito e da interação sistemática existente no mundo jurídico e no econômico vem impulsionando uma atuação mais proativa dos magistrados no seio dos direitos sociais, postura essa supostamente amparada em aceitação social para esse tipo de atuação. Nessa esteira, surge o que doutrinariamente convencionou-se como ativismo judicial, que para alguns é instrumento de concretização de direitos fundamentais e de fortalecimento das instituições judiciárias; e para outros, consiste em modelo desconexo e desordenado da atividade judicante, trazendo consequências negativas especialmente no âmbito dos direitos sociais.

Avaliando o ativismo judicial pelo viés da Análise Econômica do Direito resta esclarecido que o atual modelo interventivo não soluciona os problemas sociais de maneira eficiente, mas, pelo contrário, colabora para majoração das falhas estruturais. A máxima da *fiat justitia, pereat mundus* se mostra falaciosa quando a justiça a ser feita não é “tão justa” assim quanto o proclamado, enquanto que o perecimento do mundo é insofismável.

Resta claro que o Judiciário não é o ente estatal capaz de efetivamente resolver os problemas sociais, pois a sua estruturação funcional (microjustiça, inércia, jurisdição fracionada, regras de competência e etc) impede um atuar eficiente, sendo este incapaz de realizar planejamento. Exemplo claro é extraído quando analisado o problema da saúde no Brasil, que ocupa, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, a centésima vigésima quinta posição no *ranking* internacional de qualidade da saúde, entre cento e noventa e um países avaliados. Mesmo com o alto grau de intervenção judicial na área (o CNJ aponta unidades federativas onde a realocação de verbas para a saúde ultrapassa a metade do orçamento anual previsto para o setor, por conta de decisões judiciais proferidas), a qualidade do serviço público prestado continua insatisfatória, especialmente quando considerada a força econômica da nação. Colabora ainda para essa ineficiência a incapacidade do Direito isoladamente responder suficientemente na reestruturação do sistema, o que pôde ser confirmado pela crítica econômica feita acerca da inexistência de responsabilização isonômica dos entes federativos, sendo atualmente aplicada a insuficiente regra da responsabilização solidária, materialmente injusta.

O caráter problemático do ativismo judicial praticado a “qualquer custo” estimula o sistema à produção de externalidades negativas, proferindo decisões erráticas que interferem na eficiência do Judiciário como elemento criador de previsibilidade e segurança jurídica, prejudicando a atuação preventiva dos demais atores processuais (partes, procuradores e Ministério Público) e incentivando o ajuizamento de ações temerárias e custosas aos cofres públicos.

Como tentativa de minorar os efeitos nefastos dessas ações temerárias, são visualizados alguns dos institutos estatuídos no Novo Código de Processo Civil, com destaque à Teoria dos Precedentes e toda a sua estrutura acadêmica a robustecê-la, visando à construção de um sistema de decisões que esteja pautado na segurança jurídica e isonomia no julgamento, formando um conceito unitário sobre os institutos e, por consequência, sobre a justiça. Decisões judiciais reverberam efeitos para além das partes processuais, encorajando ou desestimulando condutas. Saber direcionar esses estímulos não é das tarefas mais simples.

De igual relevância ao tema estudado neste trabalho, foram avaliadas as eventuais contribuições que a Teoria dos Custos dos Direitos poderia dar ao enfrentamento das escolhas trágicas no âmbito do Judiciário, sendo essas bastante pertinentes.

Inegavelmente há uma imbricada relação entre os custos financeiros para concretização de determinado direito e a sua devida significação social, pois para efetivar qualquer direito subjetivo (inclusive os direitos fundamentais de primeira dimensão, tidos por direitos negativos) é necessário todo um aparato estrutural custoso para concretizá-lo e, evidentemente, efetivá-lo perante terceiros e o próprio Estado. A positividade dos direitos na perspectiva trabalhada por essa teoria revê a tradicional classificação acerca dos direitos fundamentais, ocasionando profunda revisitação e questionamento aos parâmetros adotados jus filosoficamente.

O reconhecimento da existência de escassez de recursos permite um olhar mais apurado no âmbito da concretização dos direitos sociais. Consciente de que as necessidades são incalculáveis e que os recursos são finitos, há de se falar em escolha trágica na efetivação das políticas públicas, já que a seleção por execução de direito do qual determinado grupo possua implica, necessariamente, na desassistência a outros grupos e direitos, havendo assim uma canalização das verbas públicas para o alcance de desejado fim.

Cada vez mais o Direito caminha na busca por maior realismo entre os debates jurídicos e a materialização dessas pretensões e prestações jurisdicionais, sendo a recente alteração praticada na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, com ênfase no artigo 20, um marco pela busca de maior realidade e plausibilidade do Direito posto.

Atualmente não há qualquer excesso retórico ou científico em afirmar que a interpretação econômica do direito possui espaço e papel eficaz no tema afeito à efetivação dos direitos fundamentais. A interpretação juseconômica considera os custos de concretização dos direitos, os sacrifícios necessários na seleção das medidas políticas a serem adotadas (as *tradeoffs*), as externalidades positivas e negativas oriundas das regulações comportamentais, os desvios de condutas ocasionados pelos interesses escusos dos grupos de pressão e dos detentores do capital, as limitações do Judiciário na realização dos direitos sociais, e demais considerações feitas neste estudo; defendendo uma visão multidisciplinar no estudo dos fatos sociais.

Seguro de que ao Judiciário cabe uma atuação derivada no controle das políticas públicas, quando da configuração de desvios de condutas ou na caracterização de posturas inconstitucionais, é preciso o fortalecimento estrutural e institucional entre os poderes, fazendo reinar o império da lei e a sobreposição hierárquica dos objetivos estipulados na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha – em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDONOVA, Benito Arruñada Veneta. *Instituições de Mercado e Competência do Judiciário. Direito & Economia – análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005.

APPIO, Eduardo. *Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARIDA, Pérsio. *A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. Direito & Economia – análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS: *NBR6023: informação e documentação: referências – elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos*. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA DE PESQUISA. *Judicialização da Saúde na Prática – fatos e dados da realidade brasileira*. Setembro de 2016.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAHIA, Saulo José Casali. *O Princípio da Confiança e a Judicialização da Política. Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*. Salvador, ano 16, n. 18, 2011/2012.

_____. Hermenêutica Concretizadora. *Revista do Magistrado*. Salvador, ano 6, n. 6, 2009.

_____. O Poder Judiciário e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*. Salvador: JusPodivm. 2009.

_____. Igualdade Como Direito Fundamental. *Direitos Humanos e Fundamentais: estudos sobre o art. 5º da Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, abr. – jun., 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: *direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. *Revista Jurisprudência Mineira*. Belo Horizonte: Jurisprudência Mineira, ano 60, n.188, jan. – mar., 2009.

BINENBOJM, Gustavo. A Democratização da Jurisdição Constitucional e o Contributo da Lei nº 9.868/99. *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. *Metodologia da pesquisa – monografia, dissertação, tese*. São Paulo: Atlas, 2009.

BOBBITT, Philip; CALABRESI, Guido. *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: Norton & Company, 1978.

BOFF, Leonardo. *A Águia e a Galinha: uma metáfora da condição humana*. Petrópolis: Vozes, 1997.

BOUDREAUX, Donald Joseph; PRITCHARD, Adam C. *Rewriting the Constitution: an economic analysis of the constitutional amendment process*. New York: Fordham Law Review, v. 62, 1993. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol62/iss1/4>.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*. Brasília, DF, em de 04 de fevereiro de 1997.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*. Brasília, DF, em 10 de janeiro de 2002.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil (2015). *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*. Brasília, DF, em 16 de março de 2015.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts. *New Haven: The Yale Law Journal*, n.4, v. 70, mar., 1961.

CHAVES, Vinicius Figueiredo. Eficiência e Justiça. *Revista Juris Poiesis*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, ano 18, n. 18, jan. – dez., 2015.

COASE, O Problema do Custo Social. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*. v.3, 2008.

COELHO, Cristiane de Oliveira. A Análise Econômica do Direito Enquanto Ciência: *uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da história do pensamento econômico*. UC Berkeley. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, 2007.

COMMONS, John R. *Legal Foundations of Capitalism*. New York: The Macmillan Company, 1924.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6 ed. Berkeley: Berkeley Law Book, 2016.

CUNHA JR., Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público – em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva. 2 ed. 2008.

_____. *Controle de Constitucionalidade – teoria e prática*. . 8 ed. Salvador: JusPodivm. 2016.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIAS, Jean Carlos. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípios*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EPSTEIN, Richard A. *Law and Economics: its glorious past and cloudy future. The University of Chicago Law Review*. Chicago: University of Chicago Law School, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas Sobre o Princípio da Motivação e a Uniformização de Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil à Luz da Análise Econômica do Direito. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 269, jul., 2017.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARRIDO, José Antônio. Direito Fundamental à Saúde e a Escassez de Recursos Financeiros. *JAM Jurídica Edição Especial*. Salvador: JAM Jurídica, ano 17, setembro, 2012.

GAROUPA, Nuno. A Análise Econômica do Direito Como Instrumento de Reforço da Independência do Judiciário. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 37, jul. – set., 2007.

_____. Politização da Justiça e o Poder Judicial. Disponível em

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjX_Zzcof3bAhUFIZAKHfqGDicQFggpMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.stj.pt%2Fwp-

[content%2Fuploads%2F2007%2F04%2Fjspp_nunogroupa.pdf&usg=AOvVaw1fnbhpxyaEkSG043sBTWfl>](#). Acesso em 25 de maio de 2018.

GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*. Brasília: Universa, n. 1, jan. – jun., 2010.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Direito e a Law and Economics: *possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito*. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*. Edição Comemorativa 45 anos Direito/FURG. Rio Grande: JURIS, v. 11, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*. São Paulo: Metodista, v. 7, n. 7, 2010.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights – why liberties depends on taxes*. New York: Norton & Company, 1999.

IPRI, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais. FUNAG – Fundação Alexandre de Gusmão, disponível em <http://www.funag.gov.br/ipri/index.php/o-ipri/47-estatisticas/94-as-15-maiores-economias-do-mundo-em-pib-e-pib-ppp>. Acesso em 14 de abril de 2018.

LANDES, William M.; POSNER, Richard Allen. *Legal Precedent: a theoretical and empirical analysis*. *Journal of Law and Economics*. Chicago: The Chicago Law School, 1976.

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Law and Economics: what's in it for us civilian lawyers*. *Law and Economics In Civil Law Countries*. Amsterdã: Elsevier Science B.V., 2001.

_____. *History of Law and Economics*. *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishers, 2000.

MALTA, Deborah Carvalho; SOARES FILHO, Adauto Martins; MONTENEGRO, Marli de Mesquita Silva; MASCARENHAS, Márcio Denis Medeiros; SILVA, Marta Maria

Alves da; LIMA, Cheila Maria; MORAIS NETO, Otaliba Libânio de; TEMPORÃO, José Gomes; PENNA, Gerson Oliveira. Análise da Mortalidade por Acidentes de Transporte Terrestre Antes e Após a Lei Seca – Brasil, 2007 – 2009. *Epidemiol Serv Saúde*. 2010. Disponível em < <http://scielo.iec.gov.br/pdf/ess/v19n4/v19n4a02.pdf>>. Acesso em 24 de março de 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. Disponível em: <www.marinoni.adv.br>. Acesso em 08 de maio de 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDEMA, Steven G.; MERCURO, Nicholas; SAMUELS, Warren J. Institutional Law and Economics. *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishers, 1999.

MENDONÇA, Gismália Marcelino. *Manual de Normalização para Apresentação de Trabalhos Acadêmicos*. 2 ed. Salvador: Unifacs, 2011.

MICELI, Thomas J. *The Economic Approach to Law*. Stanford: Stanford University Press, 2004.

MIRANDA, Jorge Manuel Moura Loureiro de. Os Direitos Fundamentais: *sua dimensão individual e social*. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 01, ago., 2011.

MUELLER, Dennis Cary. *Public Choice: an introduction. Readings in Public and Constitutional Political Economy*. New York: Springer Science+ Business Media, 2008.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. 2 ed. 12 reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 2003.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

PARISI, Francesco. The Perspective of Law. *Readings in Public Choice and Constitutional Political Economy*. New York: Springer Science+ Business Media, 2008.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. O Novo Código de Processo Civil e a Redução dos Custos Sociais da Litigância. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 253, mar., 2016.

POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POSNER, Richard Allen. *A Economia da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Values and Consequences: an introduction to economic analysis of law*.

Coase-Sandor Institute for Law & Economics. Working Paper No. 53, 1998.

Disponível <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>, acesso em 13 de janeiro de 2018.

REDOME – Registro Nacional de Doadores Voluntários de Medula Óssea. Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva. Disponível em

<http://redome.inca.gov.br/paciente/como-e-feita-a-busca-por-um-doador>. Acesso em 20 de maio de 2018.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Estudos em Direito & Economia: micro, macro e desenvolvimento*. Curitiba: Virtual Gratuita, 2017.

_____. O que é Pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito GV*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 2, v. 5, mar. 2008.

SAMUELSON, Paul Anthony; NORDHAUS, William. *Mercados e Governo Numa Economia Moderna*. *Economia*. 14 ed. Lisboa: McGraw-Hill, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso Sobre as Ciências*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 3 tir., 2014.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics. Direito & Economia – análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. *Qual a Maneira Mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As Recentes Alterações Legislativas Sobre os Recursos aos Tribunais Superiores: *a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da Law and Economics*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 178, dez., 2009.

VELJANOVSKY, Cento. *A Economia do Direito e da Lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

WHO. *World health statistics 2017: monitoring health for the SDGs, Sustainable Development Goals*. Geneva: World Health Organization, 2017.

ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZERBE JR., Richard O. *Economic Efficiency in Law and Economics – new horizons in law and economics*. Northampton: Edward Elgar, 2001.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Um Olhar Adiante. Direito & Economia – análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005.