



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
MESTRADO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS**

HUMBERTO FERNANDES DE MOURA

**Racionalidade econômica e contexto jurídico brasileiro contemporâneo: Uma
contribuição ao estudo da atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas**

BRASÍLIA

2013

HUMBERTO FERNANDES DE MOURA

RA 60001443

Racionalidade econômica e contexto jurídico brasileiro contemporâneo: Uma contribuição ao estudo da atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientador: Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

BRASÍLIA

2013

Dedico este trabalho aos meus pais.

Dentre as idas e vindas ao Mestrado muito tempo se passou, muitas experiências, boas e más, foram acumuladas, mas certamente foi um tempo de muito aprendizado. Agradeço especialmente ao Centro Universitário de Brasília - Uniceub por ter me aceito como professor e aluno bolsista, o que sem dúvida foi um divisor de águas na minha vida. Agradeço também a Deus, aos familiares e amigos que contribuem diariamente para que siga adiante mantendo firmes meus sonhos. Um agradecimento especial ao Professor Arnaldo, que, mais do que um orientador, segue como uma inspiração constante para o aprofundamento intelectual.

Todo aquele que se diz portador da verdade flerta com o autoritarismo.

RESUMO

O presente trabalho tem por tema a racionalidade econômica e as políticas públicas no contexto do modelo jurídico brasileiro contemporâneo. O problema central subsiste em verificar se e como a racionalidade econômica pode orientar a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas. A hipótese em torno da qual se pretende aprofundar o trabalho é a análise a respeito da possibilidade de que critérios de racionalidade econômica venham a auxiliar o magistrado na tomada de decisões que tenham influência sobre políticas públicas. E, para avaliar essa possibilidade, o marco teórico escolhido foi o pensamento de Richard Posner, um dos precursores do movimento denominado Análise Econômica do Direito, também alinhado ao Pragmatismo Americano. Ao final, foram analisadas algumas políticas públicas que forma judicializadas, com vistas a verificar se há algum ponto em comum, sob o aspecto da racionalidade econômica, entre elas. Além disso, será oferecida uma proposta de guia, com algumas perguntas que refletiriam preocupações pragmáticas, com vistas a conferir subsídios importantes para decisões prudentes em sede de políticas públicas, bem como algumas propostas de alterações legislativas e de prática no âmbito do Poder Legislativo e Judiciário.

Palavras-chaves: Racionalidade econômica – Pragmatismo – Análise econômica do Direito – Políticas Públicas – Contexto jurídico brasileiro.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
1 A RACIONALIDADE ECONÔMICA	11
1.1. Economia positiva, economia normativa e modelos de explicação	12
1.2. Micro e Macroeconomia.....	16
1.3. A respeito das falhas do mercado e do papel do Estado	18
1.4. Da terminologia econômica básica.....	23
1.5. Erros comuns dos modelos de análise econômica	27
1.6. Passo a passo sugerido para análise econômica.....	31
2. O MOVIMENTO DIREITO E ECONOMIA	37
2.1. Richard Posner e a tese da maximização da riqueza	43
2.1.1. A face normativa da maximização da riqueza.....	46
2.1.2. Da face positiva da maximização da riqueza	55
2.2. O pragmatismo de Richard Posner	58
3. POLÍTICAS PÚBLICAS E RACIONALIDADE ECONÔMICA.....	66
3.1. Conceito e fases das políticas públicas.....	66
3.2. Racionalidade econômica, políticas públicas e atuação do Poder Judiciário	70
3.2.1. O papel da Suspensão de liminar ou de sentença na avaliação dos impactos econômicos de decisões judiciais em torno de políticas públicas	77
3.3. Da análise do conteúdo econômico das decisões judiciais a respeito de quatro políticas públicas	79
3.3.1. Do reconhecimento do direito à creche.....	80
3.3.2. Do reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva	83
3.3.3. A respeito da análise pelo Poder Judiciário da licença ambiental prévia Hidroelétrica de Belo Monte.	88
3.3.4. Da análise da legislação a respeito de medicamentos genéricos.....	90
3.3.5. Das conclusões a respeito dos casos examinados.....	92
4. IDEIAS PROPOSITIVAS QUE DECORREM DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	95
4.1. Da contribuição da legística para a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas.	95
4.2. Da singela proposta de um guia de análise por parte do poder Judiciário levando-se em conta a racionalidade econômica.....	99
4.2.1. Da necessidade de endurecimento da análise dos atos normativos a cargo do Poder Executivo e do Poder legislativo.....	104
4.2.2. Da proposta de guia de análise por parte do Poder Judiciário nas políticas públicas	108
4.2.3. Da proposta de alteração legislativa	112
CONCLUSÕES.....	115

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário cada vez mais é instado a se manifestar a respeito das políticas públicas existentes. Como membro da carreira de Procurador Federal da Advocacia Geral da União há 10 anos, tive a oportunidade de presenciar algumas políticas públicas judicializadas e a preocupação sempre girava em torno das possíveis consequências da decisão. Em outras palavras, a preocupação sempre esteve na prudência com que as decisões judiciais deveriam ser proferidas no âmbito das políticas públicas.

Com esse objetivo em mente, e diante dos variados enfoques que poderiam ser estabelecidos, o presente trabalho optou por analisar a contribuição da racionalidade econômica para atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas, segundo o contexto do modelo jurídico brasileiro contemporâneo. Assim, o problema central subsiste em verificar se e, eventualmente, como a racionalidade econômica pode contribuir para a atuação judicial em sede de políticas públicas.

A hipótese em torno da qual se pretende aprofundar o trabalho é analisar a diretriz de que o magistrado não poderia deixar de lado critérios de racionalidade econômica no exercício de sua função, e, mais precisamente para o presente trabalho, quando seus atos decisórios tenham influência sobre políticas públicas.

Para analisar o acerto ou equívoco da premissa acima, será utilizado como marco teórico o pensamento de Richard Posner, pensador norte americano alinhado ao pragmatismo e que propõe critérios de racionalidade econômica na análise do direito.

A importância da escolha do tema diz respeito à constatação durante as leituras prévias quanto à inexistência de uma teoria consistente de descrição da realidade que auxiliasse a atuação jurisdicional. Ademais, com uma Constituição analítica e extensa como a brasileira, que amplia a probabilidade de conflito entre normas constitucionais e também a judicialização, o enfoque consequencialista sugerido pela análise econômica do direito apresentou-se como uma boa opção para a análise das decisões judiciais tomadas em sede de Política Públicas.

Diante dos pressupostos acima, o trabalho será dividido em três capítulos:

O primeiro tratará de alguns dos pressupostos que identificam a racionalidade econômica, abordando-se os conceitos considerados essenciais para a compreensão da temática proposta. Serão objeto de exposição conceitos como economia positiva e normativa, escassez, equilíbrio, falhas de mercado, externalidades, custos de

transação, custo de oportunidade, vantagem comparativa, mecanismos de atuação do Estado entre outros. Ou seja, o primeiro capítulo dedica-se a expor o instrumental técnico de análise a ser utilizado no restante do trabalho.

Em seguida, será aberta a exposição a respeito do marco teórico eleito, aprofundando-se nas ideias de Richard Posner e alguma crítica que lhe é direcionada, em especial a de Ronald Dworkin. Vale adiantar, contudo, que, no início, seu pensamento, quase que exclusivamente dizia respeito as consequências da maximização da riqueza como princípio normativo e positivo do Direito. Por outro lado, essa ênfase na face normativa da maximização da riqueza se modificou com o passar do tempo, para se aproximar cada vez mais dos ideais defendidos pelo pragmatismo.

Já no terceiro capítulo, verificar-se-á inicialmente o contexto jurídico brasileiro a respeito das políticas públicas, aproximando-se do conceito de políticas públicas, suas fases e as principais características que a identificam.

Estabelecidos os pressupostos de análise, a parte final do capítulo será dedicada à indicação e avaliação da possibilidade da racionalidade econômica contribuir para a tomada de decisão pelo Poder Judiciário em relação às políticas públicas.

Assim, será feita uma breve análise do papel que a análise de custo benefício pode, eventualmente, contribuir com o ato de julgar. Reconhece-se que a tradição jurisdicional brasileira rejeita um papel determinante para a análise de custo benefício, especialmente quando os pleitos levados ao seu conhecimento envolvem direitos e garantias fundamentais.

Por outro lado, buscar-se-á verificar se a análise de custo-benefício pode desempenhar importante papel na atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas. Para construção da resposta, serão indicadas algumas peculiaridades da construção de políticas públicas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, vez que o melhor conhecimento de tal processo pode auxiliar na condução do caso por parte do magistrado.

Com isso, o trabalho se aproximará de tema novo e pouco aprofundado no Brasil, qual seja, a legística, ou o estudo da eficiência no ato de legislar. Além disso, será indicado o caminho pelo qual um projeto de lei deve seguir para ser proposto pelo Poder Executivo, bem como os requisitos formais a serem superados no âmbito do Poder Legislativo.

Feitos esses registros, o trabalho analisará quatro casos em que o Poder Judiciário avaliou algumas políticas públicas: O direito à creche, o reconhecimento da união homoafetiva, o julgamento em suspensão de liminar a respeito do licenciamento da

Hidrelétrica de Belo Monte e a impugnação da legislação que autoriza a fabricação de medicamentos genéricos. A intenção é averiguar se tais análises guardaram alguma sistematicidade quanto às repercussões econômicas de suas decisões.

E, com base no conhecimento acumulado, será possível, então, verificar a contribuição que a análise econômica do Direito poderá desempenhar na tomada de decisão por parte do Poder Judiciário em relação às políticas públicas. Adianta-se que para construir a análise proposta mostrou-se necessário recorrer também às ideias de Neil MacCormick a respeito da argumentação consequencialista, bem como de Amartya Sen, especificamente o seu livro denominado Sobre a Ética na Economia. Ao final, será exposta uma sugestão de alteração legislativa que se coaduna com a proposta da análise econômica do direito.

Reconhece-se, é verdade, que o trabalho não tem por objetivo “reinventar a roda”, mas apenas indicar algumas sugestões para atuação prudente por parte do Poder Judiciário na judicialização de políticas públicas, tomando por base a relação entre o pragmatismo, a análise econômica do direito e as políticas públicas em determinada função estatal.

1 A RACIONALIDADE ECONÔMICA

O presente trabalho tem por tema a racionalidade econômica e a construção de políticas públicas no contexto do modelo jurídico brasileiro contemporâneo. Como o problema central, verificar-se-á a racionalidade econômica pode orientar a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas. Neste primeiro momento, serão explorados alguns conceitos relacionados à racionalidade econômica, com vistas a facilitar o entendimento do marco teórico eleito e sua repercussão para a hipótese que se pretende analisar: a de que o Poder Judiciário deve levar em conta critérios apontados pela racionalidade econômica nos atos decisórios que tenham influência sobre políticas públicas.

Optou-se por explorar alguns dos postulados econômicos básicos, ciente de que a utilização de termos da economia é um desafio para aqueles habituados ao Direito. Todavia, mais do que o aprofundamento a respeito dos conceitos econômicos, o que se pretende deixar mais claro é a ideia da racionalidade econômica e verificar a sua relação com as políticas públicas quando judicializadas. Não está dentre os objetivos do trabalho exaurir toda a contribuição que a economia teria a dar ao direito e as políticas públicas, mas apenas apontar algum instrumental básico de análise.

A opção pelo tema que ora se apresenta inclui-se no movimento cada vez mais presente da contribuição da economia como método de análise do direito. A relação entre economia e políticas públicas está longe de ser fora de propósito, a escassez de determinado bem pode induzir a elaboração de normas jurídicas necessárias para regular¹, sendo que as políticas públicas buscam regular justamente essa situação de escassez. Assim, Direito e Economia devem ser vistos não apenas como duas disciplinas relacionadas, e sim como um todo unitário, especialmente, mas não exclusivamente, no que diz respeito às políticas públicas. Reconhece-se, a dificuldade de se dizer até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele².

Deve-se agora começar propriamente a lidar com o instrumental considerado necessário para o melhor entendimento das discussões que serão postas, sendo que uma das primeiras distinções, até porque se auxiliará no entendimento da tese da

¹ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 20.

² NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 30

maximização da riqueza, diz respeito à distinção entre economia positiva e economia normativa.

1.1. Economia positiva, economia normativa e modelos de explicação

Muitas vezes, busca-se dos economistas a explicação das causas de certos acontecimentos econômicos, como as causas do maior desemprego entre adolescentes em comparação a pessoas mais velhas. Por outro lado, pretende-se dos mesmos economistas recomendações a respeito de políticas que melhorem os índices econômicos. No primeiro caso efetuam uma análise positiva e por isso atuam como cientistas, já no segundo caso procedem a uma análise normativa, o que os aproximaria de conselheiros políticos³.

A economia positiva é aquela que analisa, explica e prevê comportamentos econômicos⁴, ou seja, efetua uma declaração sobre a maneira como o mundo funciona pelo exame de evidências⁵. Enquadram-se no conceito de economia positiva a (a) análise econômica, responsável por estabelecer modelos de explicação da realidade, bem como a (b) economia aplicada, que, lidando com casos concretos, busca auxiliar no desenvolvimento de um raciocínio indutivo a fim de estabelecer a verdade⁶.

Por outro lado, há a economia normativa, entendida como aquela que direciona, prescreve e determina condutas, ou seja, aquelas que envolvem julgamentos de valor e como tal nem sempre são diretos ou uniformes⁷. Classificada como economia normativa tem-se: (a) a doutrina econômica, que busca delimitar a organização social, com o intuito de implementar modelos econômicos lastreados em uma série de valores, como o socialismo, comunismo e capitalismo, bem como (2) a política econômica, que também busca a organização social, todavia, de maneira mais pragmática, pois parte dos primados da doutrina econômica estabelecida⁸, podendo repercutir nas normas jurídicas daquele país⁹.

³ MANKIW, N. Gregory. Princípios de microeconomia. Tradução da 3ª ed. norte-americana. São Paulo. Cengage Learning. 2009. p. 28.

⁴ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 30.

⁵ MANKIW, N. Gregory. Princípios de microeconomia. Tradução da 3ª ed. norte-americana. São Paulo. Cengage Learning. 2009. p. 28.

⁷ MANKIW, N. Gregory. Princípios de microeconomia. Tradução da 3ª ed. norte-americana. São Paulo. Cengage Learning. 2009. p. 28.

⁸ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 82-86

⁹ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 81.

Tanto na explicação da realidade, ou seja, na verificação entre meios e fins¹⁰, quanto na definição de valores a serem seguidos, a ciência econômica, como qualquer outra ciência, utiliza-se dos modelos de explicação. Reconheça-se, todavia, que um modelo, apesar de ser um instrumento poderoso de análise, serve para simplificar a realidade^{11 12} e no caso da Economia, a realidade é traduzida por meio de diagramas e equações, o que serve, é verdade para afastar aqueles que não são tão afetos a tal linguagem¹³. Para o presente trabalho, mais do que a análise de diagramas e equações, a proposta será extrair a racionalidade que orienta a elaboração de tais gráficos e verificar sua pertinência para o Direito.

Uma premissa comum às ciências é que se um modelo consegue razoavelmente explicar um determinado fenômeno é bem provável que ele também reúna as condições de previsão, sendo que ambos os aspectos tem intrínseca relação com a atividade de julgar. Afinal, uma das funções do juiz não é apreender a realidade dos autos para que com base nela elabore a melhor decisão?

Voltando para o ponto, deve-se registrar ainda que o poder da previsão de um modelo deve ter em conta a manutenção das variáveis endógenas e exógenas, ou seja, o poder de previsão de determinado modelo tem apenas um caráter probabilístico, uma expectativa comum a outras áreas do conhecimento¹⁴. Com isso, uma das preocupações iniciais no estabelecimento de um modelo é definir as variáveis a incluir e aquelas que devem ser retiradas¹⁵ e no que toca especificamente as políticas públicas, vale o registro de Amartya Sen, de que as decisões políticas devem conviver com justificações parciais¹⁶.

¹⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p. 55

¹¹ Um exemplo dessa simplificação esta na denominada lei da procura, tendo por variável endógena apenas o preço, sem levar em conta, por exemplo, o nível de renda dos consumidores ou mesmo o aspecto sócio-cultural, mas que é bastante utilizável para explicação de variações de demanda em curto prazo. NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 77

¹² “Um modelo científico é como um mapa. Ele pode ser mais ou menos realista, a depender das necessidades de seu usuário. Obviamente, quanto mais realista for um mapa, maior e mais difícil de lidar ele será. Assim, um mapa perfeito da cidade de São Paulo terá o mesmo tamanho da própria cidade, o que o tornará praticamente inútil. No mesmo sentido, quanto mais próximo da realidade for o modelo científico, mais complexo ele se tornará, até o ponto em que deixa de ser um modelo e se torna a própria realidade, quando então se torna inútil enquanto mecanismo de facilitação de compreensão. GICO JÚNIOR. Ivo Gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

¹³ MANKIWI, N. Gregory. Princípios de microeconomia. Tradução da 3ª ed. norte-americana. São Paulo. Cengage Learning. 2009. P. 23

¹⁴ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 75

¹⁵ GICO JÚNIOR. Ivo Gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

¹⁶ SEN, Amartya. Sobre Ética e Economia. São Paulo. Companhia das letras. 2012. 8ª reimpressão.

Assim, a interface sugerida entre Direito e Economia, mais do que prever com exatidão o comportamento econômico de um cidadão¹⁷, serve para conferir um parâmetro com um grau aceitável de previsibilidade da conduta humana, revelando uma tendência. Ou seja, a Economia deve contribuir com o Direito como uma caixa de ferramentas, devendo-se ter consciência de seus pressupostos e limitações¹⁸. Afinal, uma política pública reflete, conscientemente ou não¹⁹, a adoção de determinados modelos, tanto de explicação da realidade quanto normativos, sendo que as limitações do modelo devem sempre ser levadas em consideração.

Os modelos, como se sabe, partem de algumas hipóteses e pela restrição do presente trabalho optar-se-á por indicar os modelos que buscam explicar como a economia funciona e aqueles que tratam da interação entre Estado e mercado.

Na explicação de como a Economia funciona, pode-se indicar o diagrama do fluxo circular, bem como as fronteiras de possibilidades. Pelo primeiro, a economia é simplificada para incluir apenas as famílias e as empresas como tomadores de decisão pelo qual as famílias vendem o uso do trabalho, terra e capital para que as empresas a utilizem para produzir bens e serviços que são vendidos a essas mesmas famílias. Por outro lado, a fronteira de possibilidades de produção constrói sua explicação baseada em modelos de matemática em que se estabelece um gráfico indicativo das diversas combinações de produção de bens. Busca-se, com isso, verificar se a produção está eficiente, ou seja, se está se obtendo aquilo que se pode com os recursos escassos que se tem a disposição. Por esse modelo, por exemplo, fica claro que a sociedade enfrenta vários *tradeoffs* pelos quais deve decidir que tipo de bem deve ser produzido à custa a produção menor de outro²⁰.

Já no tocante a interação entre Estado e Economia pode-se indicar os modelos baseados na (1) tradição, (2) na autoridade e (3) na autonomia. Quanto a tradição, o traço característico está nos padrões de comportamento imemorialmente estabelecidos – como na divisão do produto da terra com aqueles que nela trabalham ou mesmo o consumo costumeiro de certos produtos. Quanto ao sistema baseado na autoridade, nota-se uma coincidência entre os planos políticos e econômico, em que se estabelece uma economia

¹⁷ Até porque o próprio conceito de *homo economicus* vem passando por reformulações na economia, como será visto adiante.

¹⁸ NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 80.

¹⁹ Vez que pode acontecer de uma proposta de política pública pode ser elaborada de maneira totalmente intuitiva.

²⁰ MANKIWI, N. Gregory. Princípios de Microeconomia. Tradução da 3ª ed. norte-americana. São Paulo. Cengage Learning, 2009. p. 25

planejada, que definirá as formas e técnicas de produção, sendo o Estado o único produtor e empregador, lastreado na crença a respeito das virtudes e da racionalidade do planejamento e confiança no órgão planejador. Por fim, há o modelo de sistema baseado na autonomia, também denominado sistema de mercado. Por este modelo, haveria uma separação total entre os planos políticos e econômico, baseando a sua análise a partir da autonomia de vontade, bem como do princípio do hedonismo e sua construção utilitarista de que o homem visa sempre a maximizar os resultados de suas ações e iniciativas, buscando o mais alto retorno, levando em conta remunerações pecuniárias e não pecuniárias²¹.

Em relação ao sistema baseado na autonomia, a produção leva em conta as preferências do mercado, devendo ser capaz de conferir ao empresário o lucro necessário²². Por este último modelo, o mercado orientaria não apenas a produção e o consumo, mas também a própria distribuição dos bens pelos cidadãos e justamente para enfrentar as externalidades positivas e negativas decorrentes do sistema de mercado é que o Estado é chamado para estabelecer políticas públicas com vistas a intervir quando tal se mostra necessário para manter o equilíbrio de forças.

Como o presente trabalho parte da premissa da insuficiência do sistema de mercado como único modelo – diante do artigo 170 da Constituição Federal²³ e o grande número de políticas públicas existentes no Brasil – deve-se agora indicar outra diferença importante, que deve ser levada em consideração na definição dos modelos econômicos e do nível de intervenção por parte do Poder Judiciário nas políticas públicas, qual seja, a diferença entre micro e macro economia.

²¹ NUSDEO, Fábio. Curso de Economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 110

²² NUSDEO, Fábio. Curso de Economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 110.

²³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

1.2. Micro e Macroeconomia

Para compreender melhor a racionalidade econômica, torna-se necessário remontar a divisão clássica entre Micro e Macroeconomia, pois isso será importante para verificar o impacto de determinada medida econômica no âmbito da política a ser desenvolvida²⁴, pois da mesma forma que outras ciências, também a economia é estudada em diversos níveis²⁵.

A microeconomia pretende estudar como as famílias e empresas decidem e como é a sua interação em mercados específicos²⁶, ou seja, preocupa-se com a unidade econômica – consumidor, produtor, empresa, ou seja, um centro decisório não identificado – e a forma como eles interagem, priorizando a explicação da forma como as pessoas escolhem em situações de escassez²⁷, não se limitando exclusivamente a recursos monetários²⁸. Neste âmbito é que tem maior sentido a aferição dos custos benefícios, pois se os custos superam os benefícios não se deve tomar aquela medida proposta.

Já a macroeconomia está preocupada com os grandes agregados, ou seja, o conjunto dessas atividades, como consumo, emprego, renda e investimento²⁹. Ou seja, a macroeconomia estuda a economia como um todo, considerando os resultados agregados de todas as decisões tomadas pelos consumidores, firmas e governos, voltados, por exemplo, para questões de política econômica³⁰.

O preço, por exemplo, é um conceito microeconômico, enquanto inflação, taxa de câmbio ou taxa de juros são macroeconômicos. Na microeconomia, há uma análise mais detalhada do que certas firmas ou consumidores estão fazendo, enquanto que na macroeconomia se analisa o pano de fundo das condições em que as famílias e firmas

²⁴ ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 33.

²⁵ MANKIW, N. Gregory. Princípios de Microeconomia. Tradução da 3ª ed. norte-americana. São Paulo. Cengage Learning. 2009. p. 26.

²⁶ MANKIW, N. Gregory. Princípios de Microeconomia. Tradução da 3ª ed. norte-americana. São Paulo. Cengage Learning. 2009. p. 25

²⁷ FRANK, Robert H. Microeconomia e comportamento. Lisboa. MacGraw – Hill. 3ª ed. p.04.

²⁸ Um exemplo simples pode auxiliar: Se começar um programa televisivo de que não gosta, mas o controle remoto está sem pilhas, você fará o seguinte cálculo. Levanto-me para mudar de canal ou admito o incômodo de permanecer assistindo ao programa? Se alguém lhe oferecesse R\$ 0,01 para se levantar, provavelmente não o faria, já se lhe oferecesse R\$ 1.000,00 levantaria imediatamente. Entre R\$ 0,01 e R\$ 1.000,00 há o preço de reserva, ou seja, o preço ao qual uma pessoa fica indiferente entre fazer x ou não fazer. In. FRANK, Robert H. Microeconomia e comportamento. Lisboa. MacGraw – Hill. 3ª ed. p.04

²⁹ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 90

³⁰ SCOTT, Andrew. MILES, David. Macroeconomia. São Paulo. Saraiva. P. 03

decidem³¹. Enquanto a microeconomia se preocupa com a árvore, a análise macroeconômica volta os olhos para a floresta, sendo que os problemas a árvore não necessariamente impactam na floresta e vice-versa³².

A análise macroeconômica se volta, por exemplo, para a análise do produto e renda nacional, bem como para a economia monetária. Envida os esforços para estabelecer o fluxo de renda e o papel do governo e de outros agentes econômicos na sua distribuição. Outros problemas relacionados à macroeconomia dizem respeito à política monetária e a inflação, esta última um problema bastante recente da história econômica brasileira. Trabalha ainda com conceitos de consumo, poupança e investimento, bem como de pleno emprego. Suas principais grandezas são o produto bruto, o produto nacional, o produto interno, a renda nacional, a renda disponíveis, entre outros.³³

Segundo Mankiw, muito embora atuem em âmbitos distintos, a micro e a macro economia estão intimamente relacionadas, dado que a economia se modifica tendo em conta milhões de pessoas e seria impossível compreender os desdobramentos macroeconômicos sem levar em conta as decisões microeconômicas a ela associadas³⁴.

Compreender os interesses envolvidos na economia global, especialmente de outros jogadores como outras empresas ou organismos internacionais é essencial para o desenho de determinada política pública. Mudanças na taxa de juros, flutuações da taxa de câmbio, alterações no nível geral de preços, do mercado acionário ou mesmo competição internacional ou progresso tecnológico podem afetar as firmas individualmente³⁵, e mais cedo ou mais tarde alterará a natureza dos mercados de uma firma³⁶, o que poderá exigir a atuação do Estado.

Essencial frisar que a macroeconomia preocupa-se com o bem-estar social, todavia, com a fluidez do conceito, o analista pode vir a tomar um atalho, medindo o bem-estar pelo o produto de um país, por exemplo³⁷. Assim, o estudo macroeconômico se justifica para que o analista da política possa averiguar os componentes de determinado índice de bem estar, e com isso, orientar mais precisamente as metas a serem alcançadas, bem como

³¹ SCOTT, Andrew. MILES, David. Macroeconomia. São Paulo. Saraiva. p. 04

³² NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 90

³³ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011 P. 286-326.

³⁴ MANKIW, N. Gregory. Princípios de microeconomia. Tradução da 3ª ed. norte-americana. São Paulo. Cengage Learning. 2009. p. 27.

³⁵ SCOTT, Andrew. MILES, David. Macroeconomia. São Paulo. Saraiva. p. 06

³⁶ SCOTT, Andrew. MILES, David. Macroeconomia. São Paulo. Saraiva. p. 09.

³⁷ SCOTT, Andrew. MILES, David. Macroeconomia. São Paulo. Saraiva. p. 13

terá maior capacidade de prescrever alterações. Afinal, para os economistas, as medidas macroeconômicas ainda são os indicadores principais do padrão de vida, não se podendo negar, contudo, que metodologias alternativas estão sendo desenvolvidas, como o IDH – Índice de Desenvolvimento humano das Nações Unidas, que se preocupa se os indivíduos dispõem de recursos para participar na sociedade e desenvolver o seu potencial³⁸.

Por outro lado, os desafios da análise microeconômica, muitos mais afetos a análise econômica do Direito, estão relacionados, por exemplo, a aferição da oferta, dos detalhes que orientam a procura, bem como os regimes de mercado. Ou seja, a análise microeconômica busca definir a elasticidade ou não da oferta e da procura, seus impactos na definição do preço, a utilidade e o custo marginais, a análise da empresa e da função produção e dos seus custos³⁹ e os processos de concentração econômica⁴⁰.

Em ambos os conceitos, o Estado pode desempenhar papel central especialmente com a constatação de falhas de mercado. Como se verá abaixo, o próprio conceito de políticas públicas exige uma participação mais ou menos ativa do Estado no mercado. Parte-se justamente do reconhecimento da insubsistência do modelo autônomo em sua face radical, pois não há como negar a existência de falhas do modelo autônomo, sendo que conhecê-las pode auxiliar na melhor forma de intervenção da política pública, pois cabe a estas, em alguns casos, solucionar o problema e aumentar a eficiência da economia⁴¹.

1.3. A respeito das falhas do mercado e do papel do Estado

Quando se fala em falhas do mercado estar-se a se dizer da incapacidade que alguns mercados não regulados têm para alocar recursos com eficiência⁴².

³⁸ SCOTT, Andrew. MILES, David. *Macroeconomia*. São Paulo. Saraiva. p. 23.

³⁹ A doutrina indica os seguintes custos de produção: (1) Custos diretos ou variáveis, ou seja, aqueles que variam de acordo com a quantidade produzida (mão-de-obra, energia elétrica, matéria-prima, etc); (2) Custos indiretos ou fixos, considerados aqueles que não dependem do volume produzido (aluguel, máquinas, equipamentos). (3) Custos médios, entendidos como a soma dos custos, dividido pelo número de unidades produzidas; (4) Custo marginal: o custo de produzir uma unidade a mais do bem; (5) custo social, que se trata da transferência das externalidades negativas a sociedade, como a poluição, as doenças profissionais, etc e (6) Custo de transação – que se trata do custo decorrente da organização institucional de cada país, o que muitos chamam de custo “Brasil” IN: NUSDEO, Fábio. *Curso de economia, Introdução ao direito econômico*. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011P. 255

⁴⁰NUSDEO, Fábio. *Curso de economia, Introdução ao direito econômico*. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011 P. 231-285

⁴¹ MANKIW, N. Gregory. *Princípios de Microeconomia*. Tradução da 3ª ed. norte-americana. São Paulo. Cengage Learning. 2009. p. 154.

⁴² MANKIW, N. Gregory. *Princípios de Microeconomia*. Tradução da 3ª ed. norte-americana. São Paulo. Cengage Learning. 2009. p.154.

As principais dificuldades⁴³ do sistema de mercado, ou seja, podem ser sintetizadas em: falhas de mobilidade, de transparência, de estrutura, de sinal e de incentivo⁴⁴.

A mobilidade diz respeito ao automatismo como o mercado deveria reagir aos estímulos, especialmente, no tocante ao preço, super ou subprodução. O que se constata, todavia, é que muitas vezes, há um imobilismo nos fatores de produção. Tal imobilismo, aliás, poderá trazer o tema para agenda política e justificar a elaboração de determinada política pública, ou seja, diante do imobilismo do mercado, o Estado pode passar a atuar de maneira a ampliar os gastos públicos e a edição de atos normativos por parte do Estado⁴⁵.

A respeito da transparência, o pressuposto do sistema autônomo mercado é de que todos teriam acesso às informações do mercado e dos produtos nele comercializados. Constatada a falta de transparência, o Direito passaria a obrigar os agentes econômicos a prestarem as informações necessárias para a tomada de decisão⁴⁶.

O sistema de mercado também parte do pressuposto de que o mercado é atomizado, ou seja, composto por uma quantidade razoável de compradores e vendedores em interação mútua com ampla concorrência. A ideia inicial, contudo, ignorou a possibilidade de um poder econômico que busca a vantagem econômica decorrente da economia de escala e a possibilidade de determinada empresa influir no mercado⁴⁷.

Quanto à sinalização, nota-se que na esfera econômica muito dificilmente todos os custos e os respectivos benefícios recaem sobre aquele que conduz a atividade, como seria pressuposto⁴⁸. Assim, todo o esforço de cálculo a respeito da atividade efetuada pelos centros decisórios tem o risco de ser viciada, pois não tem condições de incorporar todas as informações relevantes, enviadas pelo sistema de preços. Dificilmente uma decisão consegue levar em conta todas as externalidades, bem como todos os custos de transação.

⁴³ Outras classificações podem existir, todavia, esta foi escolhida porque responde bem aos objetivos do trabalho.

⁴⁴ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 139.

⁴⁵ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 143.

⁴⁶ Anote-se, como exemplos, o Código de Defesa do Consumidor e a lei das sociedades anônimas, neste último caso a fim de se evitar o *insider trading*. NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 146

⁴⁷ “Em alguns mercados, um único comprador ou vendedor (ou um pequeno grupo de compradores e vendedores) pode ser capaz de controlar os preços de mercado. (...) O poder de mercado pode fazer com que os mercados sejam ineficientes ao manter o preço e a quantidade distantes do equilíbrio entre oferta e demanda.” MANKIWI, N. Gregory. Princípios de microeconomia. Tradução da 3ª ed. norte-americana. São Paulo. Cengage Learning. 2009. p. 27.

⁴⁸ NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 152

Aliás, a respeito das externalidades, estas significam os custos ou benefícios que circulam externamente ao mercado, os quais são impensados, e que o mercado encontra dificuldades em imputar um preço, podendo ser positivas ou negativas⁴⁹.

Em face de determinada externalidade, cabe ao Direito promover a internalização dos efeitos positivos ou negativos, ou seja, a alteração dos incentivos de forma que os agentes levem em conta os efeitos externos de suas ações⁵⁰. São exemplos dessa internalização o estabelecimento de novo imposto (sobre a poluição causada, por exemplo) no caso de externalidades negativas e a concessão de subsídios no caso de externalidades positivas, como a disponibilização de escolas públicas e bolsas de estudos. Além disso, pode-se até mesmo concluir que a melhor saída será impedir a ocorrência de tais externalidades⁵¹, algo que, muitas vezes cabe ao Estado por meio de determinada política pública.

Recorrer ao conceito de externalidade pode auxiliar na explicação de determinados fenômenos econômicos que o Direito pretende regular quando códigos morais e sanções morais não resolvem o problema⁵². Por exemplo, para responder ao que os donos podem fazer com sua propriedade, que flerta com o conceito de função social, a explicação parte do conceito de externalidade como forma de aferir os custos que são impostos a terceiros sem a sua anuência expressa, devendo o Direito ordenar que aquele que causa a externalidade proceda a sua internalização para se evitar a imposição de prejuízo a terceiros. Pode-se concluir, por exemplo, pela imposição de medidas que evitem a poluição de determinada área, sendo que o Direito é essencial nas hipóteses em que a negociação privada é incapaz de resolver os problemas da externalidades negativas⁵³, como a poluição do meio ambiente.

Além das externalidades, o centro decisório pode ter outra dificuldade: A definição dos custos de transação, ou seja, aqueles custos que vão além dos custos de produção, e que muitas vezes são desconsiderados, como os custos de degradação ambiental, as externalidades, exame da qualidade dos bens e adequação aos fins desejados, bem como a

⁴⁹ NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 158

⁵⁰ MANKIOW, N. Gregory. Princípios de Microeconomia. Tradução da 3ª ed. norte-americana. São Paulo. Cengage Learning. 2009. p. 207

⁵¹ NUSDEO, Fábio. Curso de Economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 159.

⁵² MANKIOW, N. Gregory. Princípios de Microeconomia. Tradução da 3ª ed. norte-americana. São Paulo. Cengage Learning. 2009. p. 209

⁵³ ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 33.

necessidade de recorrer a instituições auxiliares, como a consultoria jurídica, serviços notariais ou o próprio risco de judicialização da demanda⁵⁴.

Quanto aos custos de transação, pode-se recorrer ao teorema de Coase pelo qual se sugere que a estrutura deve remover os impedimentos aos acordos privados⁵⁵. Afinal, em não havendo custos de transação, a alocação inicial de um direito seria sempre eficiente, pois em havendo as condições propícias, as partes terão plenas condições de barganhar, distribuindo entre si o excedente. Aliás, uma recomendação diretamente relacionada à aplicação efetiva do teorema de Coase é o estabelecimento de regras claras que facilitem a negociação privada, bem como a sua aplicação por parte do Poder Judiciário⁵⁶.

Outra falha do mercado diz respeito aos incentivos. Dentre os variados exemplos possíveis, pode-se destacar a conclusão de que uma economia baseada apenas no mercado tenderá a desprestigiar os bens públicos e exagerar na proteção dos bens privados. Veja que isso não significa propriamente que os bens públicos não sejam importantes para o sistema de mercado. Muito pelo contrário, trata-se na verdade da constatação de uma falha de incentivo⁵⁷, tendo em vista que os bens públicos se caracterizam pela ausência de rivalidade e exclusividade, viabilizando ainda o “efeito carona” que é um incentivo negativo para que tais bens sejam oferecidos pelo agente privado, como é o caso da defesa. Os incentivos são considerados preços implícitos⁵⁸, ou seja, circunstâncias que devem ser levadas em consideração pelo agente racional ao tomar uma decisão, funcionando como um inventário de custos e benefícios envolvidos da decisão racional a ser tomada.

Tendo em vista as falhas apontadas acima, o modelo de separação total entre mercado e estado não prevaleceu. Além disso, não há como negar a interface entre o

⁵⁴ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 165.

⁵⁵ COASE, Ronald apud ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 110.

⁵⁶ O que seria essencial para a acumulação de capital jurídico e assim reduzir a sobreutilização do Poder Judiciário sendo que o maior problema não está propriamente no ativismo judicial, mas no anarquismo judicial, ou seja, segundo o autor mesmo que a decisão judicial tenha sido proferida ao arrepio da lei, desde de que tal decisão seja seguida uniformemente pelos demais membros do poder judiciário isso não seria um problema, pois estar-se-ia acumulando capital jurídico. O problema estaria no anarquismo judicial em que cada juiz tem total liberdade de decidir, o que faz com que as partes se utilizem do Poder Judiciário seja para ter acesso a direito que não está certo quando a sua existência quanto pelo réu que pode postergar o atendimento da demanda direcionando recursos para outras áreas enquanto o processo segue lentamente. Ivo T. Gico Jr.. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. Brasília: Universidade de Brasília - UnB, 2012. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/53

⁵⁷ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 162.

⁵⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p. 55

plano político e o plano econômico⁵⁹. A questão agora passa a ser quando intervir e de que forma. Com isso, os parâmetros para tal interface podem ser colhidos da Constituição, pois será esta a responsável por indicar os princípios metafísicos que devem orientar a política.

Constituições clássicas não politizaram o campo econômico, o que garantiu aos particulares a possibilidade de movimentação dos bens de produção ao seu bel prazer, orientada por uma ordem natural que presidiria as relações econômicas. Aliás, o movimento de codificação, típico do movimento liberal, apresentou-se como uma teia de regramentos a fim de preservar a segurança, a propriedade e a liberdade de negócio entre os particulares.

Assim, o Estado que saiu pela porta da frente no liberalismo, voltou paulatinamente e sistematicamente pelas portas dos fundos, passando a ser um agente habitual, voltado para a alteração do mau funcionamento do mercado ou para implantar novos e melhores resultados. Com isso, a doutrina sugere não falar mais em intervenção e sim integração do Estado ao domínio econômico estabelecendo um sistema dual⁶⁰.

Dessa forma, as modalidades de integração do Estado são segundo Eros Grau: Por direção, por absorção, por participação e por indução⁶¹ e é a Constituição a responsável por conferir tais parâmetros concretizando-os por meio de políticas públicas, envolvendo o estado e os particulares

Deve-se reconhecer que tal modelo encontra algumas dificuldades, tais como: (a) os princípios motores diversos que movem o setor privado – hedonismo – e o setor público – bem comum; (b) uma inegável dificuldade de lidar com a multiplicação das normas legais e regulamentares e burocracia que geram barreiras a entrada no mercado; (c) o risco da captura dos agentes públicos, vez que os laços estreitos entre regulados e reguladores podem afrouxar a melhor regulação, seja ampliando as exigências para se criar barreiras a entrada, seja reduzindo as exigências para facilitar a atuação do regulado.⁶²

Com isso, um pressuposto essencial para a presente dissertação é a inviabilidade da adoção pura e simples do sistema de mercado, pois este foi considerado

⁵⁹ NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 120

⁶⁰ NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 187

⁶¹ NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011 p. 200.

⁶² NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011 p. 221

insuficiente para atingir as finalidades a que se propunha, então, a integração do Estado por meio de políticas públicas pelo Estado⁶³ tornou-se uma necessidade jurídico-econômica.

Embasado na conclusão acima, o esforço do presente trabalho será voltado para a seguinte questão: Sendo a política pública uma decorrência do modelo atual do Estado Brasileiro, como a racionalidade econômica poderá colaborar com a atuação do Poder Judiciário em tais políticas? Com a intenção de auxiliar neste problema, uma das propostas do trabalho é sugerir algumas perguntas que orientariam a tomada de decisão por parte dos magistrados para que sejam incluídas preocupações para além do raciocínio meramente dedutivo, utilizando-se da racionalidade econômica para construir a justificação de segunda ordem⁶⁴ com nítido viés consequencialista.

1.4. Da terminologia econômica básica

Com vistas a facilitar o diálogo entre o Direito e a Economia, nota-se a necessidade de indicar alguns termos básicos que viabilizarão o melhor entendimento da racionalidade econômica. Não se pretende, nem poderia ser diferente, efetuar um resumo da literatura a respeito da micro e macroeconomia, mas apenas expor alguns conceitos básicos que importantes para a definição do modelo de interação, quais sejam: A escassez, maximização racional, o equilíbrio, incentivos e a eficiência^{65 66}.

Uma das primeiras conclusões construídas com base na racionalidade econômica é de que não é possível antever um limite para as necessidades⁶⁷ humanas, muito embora em termos éticos, filosóficos ou morais possa-se desautorizar essa procura infinita⁶⁸. Assim, o conceito de escassez pressupõe que os indivíduos vivem em um mundo de recursos limitados, que exigem a realização escolhas⁶⁹.

⁶³ Há uma ampla bibliografia que trata a respeito da mudança do sistema de mercado para o intervencionista, todavia, não se trata de objeto específico do presente trabalho. Como visto, parte-se desde logo da insuficiência do sistema de mercado, sendo as políticas públicas a opção de atuação do Estado.

⁶⁴ MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. São Paulo. Martins Fontes. 2006. p. 127-165.

⁶⁵ ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 37

⁶⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p. 54.

⁶⁷ Entendidas como aqueles que expressam uma ação do agente no âmbito econômico e não apenas aspirações e desejos (NUSDEO, p. 31).

⁶⁸ NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 23

⁶⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p. 54

Vale lembrar que para a economia não há que se falar em necessidades reprováveis, nocivas, autodestruidoras ou imorais, pois à ciência econômica caberá apenas constatar e explicar a atividade desenvolvida para o atendimento das necessidades humanas.⁷⁰ Isso não significa, todavia, a impossibilidade de divisão dos bens em essenciais e supérfluos, mesmo sem recorrer a qualquer filosofia moral, pois sob o enfoque econômico tal diferenciação dependerá do padrão cultural e exigências físicas de cada local ou clima, por exemplo⁷¹.

É digno de nota que o conceito de escassez é relativo e não absoluto, dado que aquela decorre da maior ou menor procura. Com isso, deve ser estabelecido um padrão decisório para destinação dos recursos escassos e ganha importância a regra jurídica justamente para estabelecer esse padrão, o qual deverá esclarecer a destinação dos bens econômicos, sendo digno de nota que a plena satisfação das promessas constitucionais é impossível em um mundo de escassez⁷²

Já no tocante a maximização racional, há algumas abordagens: (1) uma que diz respeito a consistência das escolhas, ou seja, um conjunto de preferências estáveis e pré-determinadas, ou (2) que ela é capaz de ordenar diversas alternativas em função da utilidade ou (3) que diante de determinadas alternativas o agente econômico opta por aquela em que os benefícios superam os custos⁷³.

Ou seja, segundo a maximização racional, deve-se partir da premissa de que os indivíduos efetuam cálculos para alcançarem os maiores benefícios ao menor custo⁷⁴, estando ínsita a ideia de capacidade e imputação⁷⁵⁷⁶. Dessa forma, os modelos econômicos pressupõem que os consumidores maximizam a utilidade, as empresas os lucros, os políticos os votos, as burocracias maximizam as receitas, as organizações beneficentes maximizam o bem-estar e assim por diante. Pressupor o comportamento maximizados funciona porque a

⁷⁰ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 31

⁷¹ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 35.

⁷² AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Rio de Janeiro, renovar, 2001.

⁷³ RODRIGUES, Vasco. Análise Económica do Direito. Uma introdução. Coimbra. Almedina. 2007. p. 13.

⁷⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p. 54.

⁷⁵ SZTAJN, Rachel ZYLBERSZTAJN, Décio et all. Direito e Economia. Análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro. Campus elsevier. 4 reimpressão. p. 80. “Até os padrões do home médio, do bom pai de família, do homem ativo e probo tomam a racionalidade econômica como suporte, porque essas pessoas se baseiam, ao determinar suas ações, nos padrões sociais ou institucionais existentes, aprovados, desejados, estimulados”

⁷⁶ Seria um comportamento autoconcentrado, com objetivos limitados a própria pessoas, sendo que o uso da escolha pode levar a uma menor satisfação dos interesses de cada um em comparação com a cooperação entre eles. SEN, Amartya. Sobre Ética e Economia. São Paulo. Companhia das Letras. 2012. 8ª reimpressão

maioria das pessoas é racional. Assim, os agentes econômicos maximizam a função utilidade dependendo da restrição da viabilidade⁷⁷.

Ainda quanto a este ponto, deve-se registrar que aliado ao conceito de maximização racional está o de utilidade ou benefício marginal, qual seja, aquela que decorre do acréscimo de uma unidade ou dose adicional de qualquer produto. É o acréscimo marginal que leva as pessoas a tomarem decisões quanto à utilização de bens escassos, pois as decisões econômicas não são tomadas de acordo com o critério da média, mas sim na margem⁷⁸. Assim, a maximização racional pressupõe que a receita marginal é maior do que o custo marginal, ou seja, pressupõe-se que para a produção de determinado bem se tenha menos custos do que benefícios pela sua comercialização.⁷⁹

Tal circunstância deve ser levada em consideração quando da elaboração de determinada política pública, que regula justamente a distribuição de bens escassos para necessidades cada vez maiores, sendo que o benefício marginal deve ser superior ou igual ao custo marginal da mudança⁸⁰. Daí que muitas vezes se conclui, por exemplo, que a quantidade socialmente ótima de esforço para reduzir algo negativo para a sociedade como crimes ou poluição não levará necessariamente a sua eliminação, dado que o custo para chegar a tal desiderato é muito superior ao benefício marginal que se alcançará⁸¹, ou seja, pode ser socialmente ótimo tolerar certa quantidade de poluição ou mesmo de crimes.

Diferente do que se pode pensar, todavia, os economistas não partem do pressuposto de que as pessoas façam os cálculos acima de maneira explícita, todavia, acreditam que é possível compreender melhor o comportamento admitindo que se age orientado pela leis de tomada racional de decisão^{82 83}. Afinal, as preferências dos agentes

⁷⁷ ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 37

^{78 78} NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 33

⁷⁹ Registre-se ainda que a utilidade marginal tende a cair como no exemplo do copo d'água ao sedento, pois a cada copo d'água ingerido diminui-se a utilidade marginal daquele bem econômico. NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 32

⁸⁰ ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 46

⁸¹ Essa visão certamente vai de encontro a uma tradição jurídica que dispensa a análise das consequências de uma decisão judicial. ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 47

⁸² FRANK, Robert H. Microeconomia e comportamento. Lisboa. MacGraw – Hill. 3ª ed. p.06.

⁸³ “É importante salientar que a hipótese é que os indivíduos se comportam como se fossem racionais e não que eles efetivamente são racionais. A teoria econômica não pressupõe que internamente cada agente esteja conscientemente realizando contas o tempo todo e ponderando custos e benefícios de cada ato de suas vidas, apenas que na média eles se comportam como se estivessem.” GICO JÚNIOR. Ivo gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Economic Analysis of Law review. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010.

econômicos são subjetivas e a economia deixa para outras disciplinas o estudo dessas preferências e as considera como fatores exógenos, ou seja, fora do sistema econômico^{84 85}, muito embora reconheça-se que cada vez mais a Economia introduz em seus modelos de análise aspectos éticos⁸⁶ e psicológicos⁸⁷.

Os conceitos acima servem para orientar a tomada de decisão a respeito da racionalidade econômica que orientará a política pública. Assim, na tomada de decisão, o agente deve, segundo a racionalidade econômica, pressupor que (1) os bens são escassos, (2) o agente/público alvo da política faz escolhas racionais, (3) a interação entre os atores tende ao equilíbrio, devendo intervir apenas em caso de falhas do mercado, (4) a verificação dos incentivos em torno da opção feita, (5) bem como, o modelo deve envidar esforços para buscar a eficiência da opção desenhada⁸⁸.

⁸⁴ ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 46

⁸⁵ A teoria da escolha racional vem sofrendo crítica, a exemplo do psicólogo Daniel Kahneman que ganhou o prêmio nobel de economia em 2002 por explicar como, às vezes, os consumidores não optam pela escolha racional. Cf. ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Direito e Economia. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 37

⁸⁶ SEM, Amartya. Sobre ética e Economia. São Paulo. Companhia das Letras. 2012. 8ª reimpressão.

⁸⁷ KANNEMAN, Daniel. Rápido e Devagar. Duas formas de pensar. São Paulo. Objetiva. 2012.

⁸⁸ Segundo Ivo Gico Teixeira Júnior: Para explicar o comportamento dos agentes e, assim, ser capaz de realizar juízos de prognose, a juseconomia adota como unidade básica de análise a escolha individual de cada agente ou de pequenos grupos envolvidos no problema. Essa postura é o que se convencionou chamar de individualismo metodológico. Segundo essa metodologia para se explicar e compreender comportamentos coletivos, primeiro deve-se compreender os comportamentos individuais dos agentes que compõem a coletividade estudada (seja ela o Judiciário, a sociedade ou o Estado) e que, em última análise, serão responsáveis pelo resultado macro que desejamos compreender. Note-se que a análise do comportamento individual deve considerar a dinâmica da interação entre agentes e não apenas a conduta isolada de um agente. Dessa forma, se desejamos entender porque o Judiciário funciona como funciona, temos que ser capazes de explicar e compreender a estrutura de incentivos de cada magistrado, a dinâmica entre juízes e desembargadores e destes com os ministros e assim sucessivamente. Se desejamos compreender como funciona o Congresso, devemos ser capazes de explicar a estrutura de incentivo de deputados, senadores, assessores e consultores. Compreender a estrutura de incentivos desses agentes é investigar como eles realmente agem e não supor que agirão no interesse público pura e simplesmente com base na fé. Do mesmo modo, se desejamos saber como consumidores e fornecedores se comportarão diante de uma mudança legislativa, precisamos entender a estrutura de incentivos de cada grupo. A AED é uma teoria sobre comportamentos não um parâmetro de avaliação de condutas. Além disso, não se deve confundir o preceito de individualismo metodológico com individualismo político. Mesmo que um regime comunista surgisse no mundo, ele também deveria ser sociologicamente entendido com base em princípios do individualismo metodológico, isto é, compreendê-lo e explicá-lo requereria a compreensão da estrutura de incentivos de seus componentes. Não obstante, a confusão do individualismo metodológico com o individualismo político (i.e. o liberalismo no sabor *laissez-faire*) é muito comum tanto entre economistas e juseconomistas quanto entre os críticos do método. Enfim, a abordagem juseconômica não requer que se suponha que os indivíduos são egoístas, gananciosos ou motivados apenas por ganhos materiais, tão-somente assume-se que os agentes são racionais maximizadores de sua utilidade, seja lá o que isso significa para eles. Nessa linha, por exemplo, são plenamente passíveis de análise econômica situações em que o comportamento humano tenha como motivação central elementos imateriais ou psicológicos, como prestígio (e.g. academia), poder (e.g. política) ou mesmo altruísmo (e.g. família). Ainda assim, é o indivíduo quem age e a partir dele iniciamos nossa busca pela compreensão do coletivo. GICO JÚNIOR. Ivo gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Economic Analysis of Law review. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010.

Reconhecer a possibilidade de equívoco do modelo proposto é uma realidade e mesmo que eles falhem em matéria de descrição do mundo, eles podem indicar a tomada de melhores decisões⁸⁹.

1.5. Erros comuns dos modelos de análise econômica

Segundo Robert Frank, os modelos de escolha racional cometem alguns erros comuns, tais como (1) Ignorar custos implícitos, (2) Incapacidade de ignorar os custos afundados ou (3) Concentrar-se apenas em alguns custos relevantes^{90 91}.

A respeito dos custos implícitos que podem ser ignorados, há que se falar de outros dois conceitos bastante caros a economia que podem auxiliar na definição desse tipo de custo, quais sejam, o custo de oportunidade e a vantagem comparativa.

Quanto ao custo de oportunidade, tem-se que ao maximizar a utilidade o agente deve levar em conta as oportunidades de que abrirá mão ao escolher uma determinada opção em desfavor de outra. Veja um exemplo: Uma parente rica lhe dá um carro no valor de US\$ 15.000,00 e diz que você (1) poderá vender o carro ou (2) usar o carro sendo que ela pagará todas as despesas, ou seja, que o uso do carro seria grátis. Mas, será que seria realmente grátis? Segundo o raciocínio dos autores, ao ficar com o carro, o agente deixará de ganhar juros com o investimento do valor, bem como enfrentaria perdas decorrentes da depreciação do carro. Nesse caso, muito embora o custo contábil seja zero, a análise do custo de oportunidade sugeriria que ele devesse vender o carro⁹².

Já quanto à vantagem comparativa, tem-se que as pessoas devem se envolver em empreendimentos nos quais seus custos de oportunidade são menores que os de outras e exemplifica: Uma advogada habilidosa também é uma excelente digitadora. Neste caso, ela própria deveria digitar seus próprios textos ou contratar alguém para tal utilizando o tempo para se especializar na advocacia? A vantagem comparativa sugere que ela se

⁸⁹ FRANK, Robert H. Microeconomia e comportamento. Lisboa. MacGraw – Hill. 3ª ed. p.07.

⁹⁰ FRANK, Robert H. Microeconomia e comportamento. Lisboa. MacGraw – Hill. 3ª ed. p.06.

⁹¹ Em resumo, a arte da análise de custo-benefício consiste em ser-se capaz de especificar e ponderar os custos e os benefícios relevantes, capacidade que falta notoriamente a muitos decisores. Alguns custos, como por exemplo os custos afundados, parecem muitas vezes relevantes, mas acabam por não o ser. Outros, tal como os custos implícitos, são por vezes ignorados, apesar de serem de importância fulcral. Os benefícios também são por vezes difíceis de conceptualizar e avaliar. A experiência ensina-nos que a tomada de consciência das armadilhas mais comuns ajuda a maior parte dos indivíduos a tornar-se um melhor decisor. FRANK, Robert H. Microeconomia e comportamento. Lisboa. MacGraw – Hill. 3ª ed. p.27

⁹² ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 53.

especialize na advocacia, pois poderá ganhar muito mais dinheiro com isso do que realizando ambas as tarefas⁹³.

Ainda a respeito da escolha racional, chama-se a atenção para o conceito de governança corporativa. Esta defende que, atualmente, a preocupação dos centros decisórios não está totalmente voltada para a maximização dos lucros, sendo que outros objetivos também são ou devem ser levados em consideração. Isso não levaria totalmente ao fim do princípio hedonista, mas uma forma de integrar outros objetivos importantes e necessários para a vida em sociedade^{94 95}.

Por essa visão, a empresa moderna não deve e, de regra, não deveria pensar apenas em maximizar o lucro, mas sim deve buscar maximizar uma série de variáveis, mesmo que tendo o lucro como objetivo maior. Dentre essas outras variáveis, enquadram-se aquelas ligadas ao meio ambiente onde está localizada a empresa. Ou seja, não se pode ignorar o relacionamento e os condicionamentos decorrentes das relações da empresa com seus fornecedores, os seus consumidores (e suas associações), os seus concorrentes, a comunidade onde se localiza (e suas associações, por exemplo, de defesa ecológica), as autoridades governamentais, sem esquecer, dos seus acionistas, empregados, financiadores e fornecedores de tecnologia, com vistas inclusive a reduzir os custos de transação⁹⁶.

Há ainda o conceito de racionalidade limitada, desenvolvido por Herbert Simon que permite flexibilizar a hipótese neoclássica acima delineada de que as instituições evoluem necessariamente de modo eficiente e explica porque surgem direitos de propriedade e forma de alocação de recursos econômicos que, mesmo ineficientes, persistem em determinado contexto social⁹⁷. Ou seja, a ação individual não é soberana, mas influenciada pelas instituições formais e informais, que exigiria uma interface entre o Direito, a Economia e as instituições e organizações⁹⁸. Veja o que explica a doutrina:

Os agentes podem descumprir promessas, motivados pelo oportunismo e pela possibilidade de apropriação de valor dos investimentos de ativos específicos.

⁹³ ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 53

⁹⁴ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011P. 260.

⁹⁵ Que orientaria mais detidamente a atuação de associações sem fins lucrativos ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p..

⁹⁶ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011P. 260-261.

⁹⁷ SZTAJN, Rachel ZYLBERSZTAJN, Décio et all. Direito e Economia. Análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro. Campus Elsevier. 4ª reimpressão. p. 02.

⁹⁸ SZTAJN, Rachel ZYLBERSZTAJN, Décio et all. Direito e Economia. Análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro. Campus Elsevier. 4ª reimpressão. p. 03.

Na impossibilidade de desenhar contratos completos (decorrência da racionalidade limitada), as lacunas são inevitáveis. Os agentes, potencialmente oportunistas, sentir-se-ão estimulados a romper ou adimplir os contratos, sendo justificável a existência de um corpo legal, formal de normas, que se soma as regras informais, para disciplinar o preenchimento de lacunas⁹⁹.

Ainda nessa linha, deve-se ainda reportar a um importante registro a respeito da escolha racional:

Para uma parcela substancial de problemas, estes pressupostos não apenas são adequados, mas extremamente úteis. A racionalidade no dia a dia da vida está em todos os lugares. No entanto, em uma série de situações, principalmente aquelas envolvendo risco e incerteza, às vezes os agentes não se comportam da forma esperada. Os primeiros a investigar esses desvios comportamentais foram Daniel Kahneman e Amos Tversky com sua Prospect Theory e sua importância é considerada tamanha que Kahneman foi agraciado com o Nobel em 2002 pelos seus estudos (Tversky já era falecido). A má notícia é que estes pesquisadores e seus seguidores demonstraram que o comportamento humano diverge do modelo econômico tradicional em várias circunstâncias. A boa notícia é que essa divergência é sistemática, isto é, ela não é aleatória. Como essa divergência possui um padrão, o comportamento humano continua sendo previsível, basta que adaptemos os modelos para incorporar limitações cognitivas¹⁰⁰.

Assim, o conceito de maximização ou de escolha racional – dogma inicial da ciência econômica – vem recebendo contribuições para o seu melhor entendimento e a análise econômica do Direito que se propõe não pode desconhecer esse pressuposto básico de análise. Vale lembrar que Williamson indica as suas críticas justamente à base neoclássica do pensamento de Posner.

Quanto à incapacidade de ignorar os custos afundados, Robert Frank menciona uma outra armadilha na tomada de decisões, ou seja, a de que por vezes uma despesa parece ser um custo relevante quando na realidade não o é, como nos casos dos custos afundados, ou seja, custos que já não são mais recuperáveis no momento da decisão¹⁰¹.

Por fim, deve-se atentar para não priorizar apenas os custos considerados mais relevantes, sendo que é recomendável deixar sempre espaço para o improvável.

Já o equilíbrio é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente, uma lei

⁹⁹ SZTAJN, Rachel ZYLBERSZTAJN, Décio et all. Direito e Economia. Análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro. Campus elsevier. 4 reimpressão. p. 09.

¹⁰⁰ KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos. *Prospect Theory: an Analysis of Decisions under Risk*, *Econometrica*, Vol. 47, n. 2 (Mar. 1979), pp. 263-292 apud GICO JÚNIOR. Ivo gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law review*. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

¹⁰¹ FRANK, Robert H. *Microeconomia e comportamento*. Lisboa. MacGraw – Hill. 3ª ed. p.12.

é o resultado – o ponto de equilíbrio – decorrente de quando todos os agentes políticos maximizam seus interesses no processo político¹⁰². Ou seja, o equilíbrio pode ser entendido como um padrão de interação que persiste a menos que seja perturbado por forças externas. Os economistas partem do pressuposto de que as interações tendem ao equilíbrio, independentemente de se tratarem de mercados, eleições, clubes, jogos, equipes, empresas ou casamentos^{103 104}. Como visto acima, são várias as falhas do mercado que podem alterar esse equilíbrio, o que não pode ser desconsiderado por aquele que estabelece o modelo de interação, bem como por aquele que avalia a política pública por ele orientada.

Já a eficiência se trata de um conceito central para os economistas e também para os juristas com a sua inclusão no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 dentre os princípios que devem orientar a Administração Pública. O termo eficiência tem várias acepções que giram em torno da maximização dos ganhos com a minimização de custos. A eficiência pode ser entendida em qualquer das duas conclusões: (1) não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando a combinação de insumos de custo menor; ou (2) não é possível gerar mais produção usando a mesma combinação de insumos¹⁰⁵. Um exemplo pode clarear a aferição da eficiência:

Suponha que cada acidente aéreo cause, no total, custos de \$100 milhões (refiro-me aqui à soma de todos os custos sociais relevantes que englobam tanto as perdas da companhia aérea quanto as das vítimas dos acidentes). Suponha também que uma empresa possa investir \$2 milhões em uma nova tecnologia de segurança aérea, e que essa tecnologia causará uma diminuição de 1% na probabilidade de ocorrência de acidentes. Será que este investimento é eficiente? A resposta é negativa. Afinal, a empresa investirá \$2 milhões para evitar custos de \$1 milhão. O investimento nesta tecnologia diminui as chances de acidentes, mas torna a sociedade mais pobre, e por isso não é eficiente¹⁰⁶.

Outra forma de tratar da eficiência diz respeito à eficiência de Pareto ou também denominada eficiência alocativa, que trata da satisfação de preferências pessoais.

¹⁰² SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p. 55

¹⁰³ ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 37

¹⁰⁴ Equilíbrio é um conceito técnico utilizado para explicar qual será o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes. Modificada a regra em um contexto onde a barganha é possível (mercado), os agentes realizarão trocas enquanto lhes for benéfico até que o equilíbrio seja alcançado. Esse resultado poderá ser diverso se estivermos tratando de um contexto hierárquico no qual a livre barganha não ocorre. O padrão de comportamento da coletividade se depreende da idéia de equilíbrio das interações dos agentes individuais. GICO JÚNIOR. Ivo gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Economic Analysis of Law review. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

¹⁰⁵ ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 37

¹⁰⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p. 56.

Segundo os economistas, a situação é pareto eficiente se é impossível modificá-la de modo a deixar pelo menos um dos agentes em situação melhor (em sua própria opinião) sem deixar outra pessoa em situação pior (igualmente em sua própria opinião)¹⁰⁷. Para fins de simplificação, Thomas Ulen e Robert Cooter desenvolvem o seguinte exemplo:

Suponhamos que haja apenas dois consumidores, Smith e Jones, e dois bens, guarda-chuvas e pão. Inicialmente, os bens são distribuídos entre eles. Essa alocação é pareto eficiente? Sim, se é impossível realocar o pão e o guarda-chuvas de modo a deixar ou Smith ou Jones em situação melhor sem deixar o outro em situação pior¹⁰⁸.

Como será visto abaixo, Posner reconhecerá o mérito do referido critério de alocação, todavia, reconhecerá também a dificuldade de atingi-lo na prática. Com isso, sua contribuição teórica proporrá outro critério de eficiência, uma melhoria potencial de Pareto ou eficiência Kaldor-Hicks^{109 110}

Estabelecidos os pressupostos mínimos e básicos para a construção de uma decisão de acordo com a racionalidade econômica, cabe agora procurar detalhar o conteúdo com o que a racionalidade econômica poderá contribuir para a análise das políticas públicas.

1.6. Passo a passo sugerido para análise econômica

Antes de se aprofundar a respeito das políticas públicas, pode-se desde logo, sugerir um roteiro que poderá auxiliar na análise econômica. No ponto seguinte, esse

¹⁰⁷ ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 37

¹⁰⁸ ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 37

¹⁰⁹ Outra opção ao critério eficiência pode ainda ser dado pela teoria dos jogos e o equilíbrio de Nash, segundo o qual nenhum jogador individualmente pode se sair melhor mudando seu comportamento, desde que os outros jogadores não mudem os deles¹⁰⁹. A propósito da teoria dos jogos, esta pretende elucidar as atitudes dos players em mercados nos quais os jogadores, individualmente, tem grande poder de influência, como ocorre nos oligopólios. A teoria dos jogos se apresenta como um poderoso instrumento de análise quando há poucos tomadores de decisão e a estratégia seja importante¹⁰⁹. A propósito, uma das conclusões mais importantes é de que o resultado do jogo é mais eficiente quando os atores colaboram em comparação ao resultado quando todas as partes atuam maximizando a sua utilidade individual, sem levar em conta a atuação do outro jogador¹⁰⁹. Conclui também que os jogadores somente tem um incentivo a colaborar quando o jogo se repete infinitas vezes, caso contrário a tendência é a não colaboração tendo em vista a ausência de expectativa quanto a reciprocidade. Em casos como tais, pode o Direito regular a relação, com vistas a manter as condições para tal colaboração ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 38

¹¹⁰ No caso da judicialização do direito a saúde, o problema está na disseminação de ações individuais, que, individualmente, tem pouco peso levando-se em consideração o orçamento do ente estatal. O problema está, todavia, quando tais ações individuais são tomadas em conjunto, o que reflete grande impacto nos orçamentos públicos.

roteiro proposto poderá servir de instrumental para análise de determinada política pública. Assim, para se propiciar uma análise econômica, dever-se-á inicialmente recorrer à doutrina e política econômica, estabelecidas para aquele Estado, pois a racionalidade econômica deve ser orientada pelo contexto histórico, político, econômico e jurídico, especialmente por força dos parâmetros constitucionais estabelecidos, bem como as dificuldades recentes do Brasil para controle de inflação.

No caso brasileiro, a própria Constituição estabeleceu os objetivos da República Federativa do Brasil, como construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Além disso, também estabeleceu os princípios da ordem econômica¹¹¹.

O alerta feito acima tem em conta que o registro feito pela doutrina de que preocupação com a moral, a honestidade, as amenidades da vida, a defesa do meio natural, a coesão social, os valores estéticos, a saúde física e, sobretudo, a mental constituem um grupo de objetivos que, por se quedarem fora do campo estrito da economia, não recebem normalmente a devida consideração dos responsáveis pela implementação da política econômica e soam, portanto, preteridos ao longo do processo de sua formulação e execução¹¹². Todavia, qualquer análise econômica das políticas públicas, qualquer modelo de atuação do Estado deve partir da racionalidade econômica que emerge da Constituição, pois mesmo os argumentos consequencialistas que decorrem da racionalidade aqui proposta devem se enquadrar na moldura da norma analisada¹¹³.

Estabelecida a política econômica, esta deve levar em conta o âmbito de aplicação, ou seja, se a medida tem objetivos micro ou macroeconômicos, pois a forma de intervenção do Estado se diferencia a depender do objetivo traçado.

¹¹¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹¹² NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 185.

¹¹³ MACCORMICK, Neil. Argumentação Jurídica e teoria do direito. São Paulo. Martins Fontes. 2006.

Verificada o âmbito de atuação, caberá a escolha dos vários meios e instrumentos de que o Estado pode lançar mão na condução da política econômica, como medidas relacionadas aos sistemas de finanças públicas, sistema monetário, creditício e cambial, bem como os meios de controle direto. Ademais, o governo pode optar pela adaptação institucional¹¹⁴, muitas vezes voltadas para mudança do próprio sistema, como nas reformas previdenciária, tributária ou administrativa¹¹⁵ ou até mesmo a própria abstenção estatal.

Além disso, a atuação do estado pode se dar por meio de estímulos indiretos, que introduzem distorções no mercado ou mesmo para a determinação de certas variáveis (com a definição de preço e cotas de produção). Já no tocante à adequação institucional, esta se trata mudança de enfoque da legislação, como aquela relacionada a sociedades, desapropriação, etc¹¹⁶, buscando reduzir os custos de transação.

Ocorre que, como dito acima, o elaborador do modelo não consegue vislumbrar todos os custos e externalidades presentes na opção feita. Assim, o agente decisor deve contar com cenários de atuação mais ou menos seguros¹¹⁷, com vistas a evitar fiascos na construção de decisões de grande impacto.

Afinal, no modelo de diálogo entre economia e direito na elaboração e avaliação de políticas públicas que se pretende construir, deve-se levar em conta, como não poderia de ser diferente, um grau de abstração por parte daquele que se utiliza do modelo, pois estes buscam ou deveriam buscar desenvolver cenários com base nos dados a sua disposição, especialmente porque devem lidar com o comportamento humano.

Assim, para a construção de cenários, pode ganhar importância a utilização da econometria, que busca a aplicação da matemática e estatística para a análise de conjuntos de dados econômicos, com o objetivo de prover o suporte empírico às teorias econômicas¹¹⁸.

¹¹⁴ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011P. 194

¹¹⁵ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011 p. 194

¹¹⁶ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011. p.. 195

¹¹⁷ Deve-se reconhecer que tais modelos optam, como não poderia deixar de ser, por atuar em um conjunto de dados, nem todos alteráveis (condições de solo, contexto de valores e até aspectos psicológicos) no espaço de tempo necessário para implementação da mudança e a avaliação do mercado pode ter sido feita de maneira incompleta. NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 189

¹¹⁸ VASCONCELLOS, Marco Antônio, ALVES, Denisard (org). Manual de Econometria. São Paulo. Atlas. P. 13

De plano, deve-se ter em conta que a estatística dispõe de elementos para evitar as críticas que lhe são endereçadas¹¹⁹, pois detém elementos para perceber distorções. São as denominadas medidas de dispersão, pelas quais se estabelece a forma pela qual os dados são agrupados, mais ou menos próximos entre si, ou seja, mais ou menos dispersos¹²⁰. Os instrumentos disponíveis são a variância, o desvio padrão, a co-variância e o coeficiente de correlação¹²¹.

Outro instrumento de que se pode valer é a lei dos grandes números, pela qual se conclui que ao se focalizar um grupo maior ou a sociedade como um todo seria possível estabelecer um comportamento razoavelmente uniforme, permitindo detectar tendências e estabelecer probabilidades. Aplicada a referida lei, as reações discrepantes e dispersivas passariam a ser a exceção¹²², devendo chamar a atenção apenas quando os índices se alterarem constante e significativamente¹²³. Não se nega, por outro lado, que essa metodologia pode envolver falhas, contudo, não deve ser um motivo para rejeição completa do modelo de análise, pois tomando as devidas cautelas com a matemática, pode-se desenvolver um argumento que apresentará um maior rigor científico, superior a mera argumentação verbal.

Não há como negar, todavia, as críticas que são direcionadas a medição da eficiência proporcionada pela econometria, especialmente se utilizada para mercados não tradicionalmente vistos sob a ótica econômica, pois haveria interesses não passíveis de precificação. Ocorre que a doutrina especializada entende que isso é uma incompreensão, pois a atenção que a Economia dá aos preços decorre apenas destes serem o incentivo que determina as escolhas que os agentes do mercado fazem. O que verdadeiramente interessaria à economia é a percepção dos incentivos que fazem com que as pessoas reajam e como se dá essa reação e a comparação entre dois agentes deve agregar os benefícios e sacrifícios que cabem a cada deles. O dinheiro, por sua vez, seria a unidade menos imperfeita para agregar a utilidade que diferentes situações proporcionam a diferentes pessoas. Ou seja, a agregação poderia ser feita em outra unidade, mas isso ampliaria o problema da comparação.¹²⁴

¹¹⁹ Segundo o senso comum: se uma pessoa come dois pratos de comida, enquanto outra passa fome, na média teriam comido um prato de comida

¹²⁰ SARTORIS, Alexandre. Estatística e Introdução à econometria. São Paulo. Saraiva. 2003. P.41

¹²¹ SARTORIS, Alexandre. Estatística e Introdução à econometria. São Paulo. Saraiva. 2003. P.42.

¹²² NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 68

¹²³ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 69. Daí, vem a máxima estabelecida de que a ciência social não raciocina com exemplos e sim com estatísticas.

¹²⁴ RODRIGUES, Vasco. Análise Económica do Direito. Uma introdução. Coimbra. Almedina. 2007

Essa distinção é importante, pois ao se falar em outro conceito econômico importante, como o mercado de alguma coisa, podem efetuar uma associação automática à ideia de dinheiro e de desvalorização do bem, todavia, esse preconceito não corresponde à realidade. Na análise econômica do Direito, a referência a mercado significa pura e simplesmente o contexto social no qual os agentes poderão tomar suas decisões livremente, barganhando com os demais para obter o que desejam por meio da cooperação e o dinheiro, como visto acima, poderia ser uma unidade, a menos imperfeita, para agregar a utilidade¹²⁵.

A econometria, como modelo que é, também padece de algumas dificuldades metodológicas, como erros nas variáveis, erros de medida de uma variável¹²⁶, inexistência dos dados – uma realidade comum em se tratando de políticas públicas – e formas funcionais incorretas¹²⁷. Por outro lado, mesmo que não contando com todos os dados e variáveis que ampliariam a verossimilhança do modelo econômico, a utilização da econometria pode ser um instrumento valioso na elaboração e avaliação de políticas públicas, especialmente para a construção de cenários possíveis para decisão.

Dessa forma, a racionalidade econômica pressupõe um agente que escolhe racionalmente, em um mercado em que a interação tende ao equilíbrio, caso contrário justificará a atuação do Estado por meio de políticas públicas, bem como a busca contínua pela eficiência. Como visto, esses pressupostos devem ser lidos sob a lente da Constituição Federal, responsável por estabelecer os contornos jurídicos da política econômica. E, com base nisso, o agente avaliará se é caso de atuação na esfera macro ou microeconômica e a forma de atuação, tendo por orientação a análise de custos e benefícios, bem como o estabelecimento de cenários com o suporte que pode ser obtido da econometria. Com isso, pode-se dizer que há um indício de racionalidade econômica na decisão que se irá tomar.

Frise-se mais uma vez que não está dentre os objetivos do presente trabalho aprofundar-se nos conceitos econômicos acima citados, mas tão somente fornecer ao leitor o mínimo necessário de compreensão a respeito da racionalidade econômica com vistas ao melhor entendimento do marco teórico eleito, sendo que para a construção do argumento

¹²⁵ GICO JÚNIOR. Ivo gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law review*. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

¹²⁶ Como calcular a função da demanda de imóveis tendo em conta as vendas transacionadas. Da mesma forma, o cálculo do preço se tiver em conta o registro de imóveis dos cartórios civis. VASCONCELLOS, Marco Antônio, ALVES, Denisard (org). *Manual de Econometria*. São Paulo. Atlas. P. 18

¹²⁷ VASCONCELLOS, Marco Antônio, ALVES, Denisard (org). *Manual de Econometria*. São Paulo. Atlas. P. 17

cabe agora tecer algumas considerações a respeito do movimento da Análise Econômica do Direito.

2. O MOVIMENTO DIREITO E ECONOMIA

Antes de voltar os olhos especificamente para a análise econômica do Direito, segundo a ótica de Richard Posner, é de todo recomendável expor brevemente as origens do movimento Direito e Economia, com vistas a contextualizar o seu pensamento na naquela linha de pensamento.

Muito provavelmente, um dos motivos que incentivou a aproximação dessas duas áreas do conhecimento foi a constatação, cada vez mais presente, de que os juristas não possuem qualquer instrumental analítico robusto para descrever a realidade. Apesar do dia-a-dia do Direito exigir por parte do aplicador um exercício de juízos de valor, não há na doutrina jurídica tradicional qualquer instrumental para prever prováveis consequências de decisões jurídico-políticas. Essa constatação, aliás, pode ser considerada um resquício atribuível à degeneração da proposta juspositivista, enquanto metodologia a ser empregada e levada ao extremo pelas ideias e escolas que lhe sucederam, entre as quais o neo-constitucionalismo¹²⁸.

Exatamente nesse sentido que a Análise Econômica do Direito – AED é mais útil ao direito, pois oferece um instrumental teórico que auxilia a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos¹²⁹.

Assim, a Análise Econômica do Direito ou o movimento denominado Direito e Economia é que a aplicação do instrumental de análise e empírico da economia, notadamente a microeconomia e a economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e estabelecer uma previsão para as implicações fáticas do ordenamento jurídico, assim, como da racionalidade do próprio ordenamento jurídico. De forma geral, “os juseconomistas estão preocupados em tentar responder duas perguntas básicas: (i) quais as

¹²⁸ “Não por outra razão, enquanto os jusrealistas buscaram aproximar o direito da realidade social pelas ciências, os neo-constitucionalistas buscam reaproximar o direito da filosofia, em uma tentativa de síntese e superação do jusnaturalismo e do juspositivismo, por meio da relativização do direito escrito que, no caso concreto, pode e deve ser flexibilizado se não for razoável (e, porque não dizer, justo). Todavia, a distinção mais marcante entre o neo-constitucionalismo e o jusnaturalismo é que naquele as valorações morais e éticas realizadas em paralelo com a suposta interpretação da lei são operacionalizadas por princípios jurídicos 21 , incorporados expressa ou implicitamente às constituições nacionais e não por um direito natural metafísico, característico do jusnaturalismo”. GICO JÚNIOR. Ivo gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Economic Analysis of Law review. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

¹²⁹ GICO JÚNIOR. Ivo gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Economic Analysis of Law review. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (ii) que regra jurídica deveria ser adotada¹³⁰.”

Há no Direito e especialmente nas Políticas Públicas muitas escolhas para analisar¹³¹ e com isso surge a possibilidade de aplicar a Economia, pois esta se identifica justamente pelo método de análise de problemas. Perguntas como quais são os efeitos de determinado enquadramento jurídico ou qual o enquadramento jurídico deveria existir são preocupações inerentes ao movimento que se analisará abaixo¹³².

Vale registrar também que no Movimento Direito e Economia, assim como na economia propriamente podem ser identificadas pretensões tanto positivas quanto normativas, sendo que esta última, sem sombra de dúvida é a que mais encontra resistência na doutrina jurídica tradicional.

Muito embora haja tal resistência, não é incomum encontrar na doutrina a assertiva de que o diálogo entre o Direito e Economia é antigo. Guiomar T. Estrela Faria recorda que já no século XVIII, Adam Smith e Jeremy Bentham relacionavam conceitos jurídicos e econômicos, pois o primeiro estudou os efeitos econômicos decorrentes da formulação de regras jurídicas, enquanto o segundo associou a legislação e utilitarismo^{133 134}. Posner também recorda da discussão hobbesiana de propriedade, bem como da influência de Danid Hume e de teóricos da década de 1930 que estudavam temas afetos a concorrência¹³⁵.

Não obstante a importância do debate acima indicado, o movimento denominado Direito e Economia – *law and economics* – teve início propriamente na década de 60, com um primeiro artigo escrito por Guido Calabresi, sob o título *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law and Torts*, os estudos de Ronald Coase¹³⁶, além da obra

¹³⁰ GICO JÚNIOR. Ivo gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

¹³¹ Entre elas: como é que os legisladores escolhem fazer uma lei de determinado conteúdo? Porque é que, dado o conteúdo da lei, alguns indivíduos escolhem respeitá-las ou não? Como é que o sistema judicial toma as decisões relativas a aplicação da lei? Ou, questão anterior a todas as outras, porque é que os indivíduos que vivem em sociedade escolhem ter leis que restringem o seu comportamento? In. RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito. Uma introdução*. Coimbra. Almedina. 2007, p. 33

¹³² RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito. Uma introdução*. Coimbra. Almedina. 2007.

¹³³ SZTAJN, Rachel ZYLBERSZTAJN, Décio et all. *Direito e Economia. Análise econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro. Campus elsevier. 4 reimpressão. p. 74.

¹³⁴ Aliás, é forte o movimento dos críticos da Análise econômica do direito ao identificar a pensamento de Posner ao utilitarismo de Benthan, todavia, isso será objeto de análise mais a frente

¹³⁵ POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2011, p. 06.

¹³⁶ *The Nature of the firm* (1937) e *The Problem of social cost* (1960) sendo que para a análise econômica do Direito ganha destaque a identificação da firma contratual, a substituição da função de produção pelo nexo de contratos e a relevância dos direitos de propriedade.

Economic Analysis of Law de Posner publicada no ano de 1977¹³⁷ ¹³⁸ e revistos em sua obra “Economia da Justiça”¹³⁹.

Vale indicar, com Arnaldo Godoy, que a análise econômica do direito e aqui ele está falando dentre outros do próprio Posner, tem suas origens filosóficas no utilitarismo e nos princípios morais estabelecidos por aquela filosofia, especificamente por Bentham, segundo o qual o princípio do prazer e do alívio da dor determinaria os parâmetros morais da legislação. O problema estaria, contudo em definir quem define quem deve usufruir o prazer e quem deverá padecer da dor (...)”¹⁴⁰ ¹⁴¹.

Para Bentham, o utilitarismo como princípio ético significa a máxima felicidade do maior número de indivíduos¹⁴², sendo digno de registro a indicação de Posner de que o outro nome para dor é custo e para o prazer é lucro. Assim, o utilitarismo está relacionado ao princípio do hedonismo, que sustenta que os atos humanos não devem ser julgados e justificados moralmente apenas pelas suas intenções, devendo ser levado em consideração também os seus resultados e consequências práticas, desde que não nocivos em si. Em outras palavras, certas tendências da natureza humana, como a ambição, o desejo de desfrutar bens do mundo, a procura por ascensão social, devidamente canalizadas poderiam levar a resultados úteis a todos¹⁴³.

Por outro lado, apesar da inspiração conceitual do utilitarismo, reconhecido expressamente por Posner¹⁴⁴, este rechaçou a identificação completa. Aliás, ao defender a sua ideia de maximização de riqueza, menciona que dificilmente poder-se-ia

¹³⁷ FARIA, Guiomar T. Estrella. *Intepretação econômica do direito*. Porto Alegre. Livraria do advogado. 1994, p. 33.

¹³⁸ Outros artigos de Posner. *Utilitarianism, economics and Legal Theory*. The journal of Legal studies. V 8, n 1, 1979, p. 103-140. *Some uses and abuses os economics in law*. The university of Chicago Law review, v. 46, n.2, 1979, p. 281-306. e *The Homeric version of the minimal state*. *Ethics*, v. 90, n. 1, 1979, p. 27-46.

¹³⁹ “Embora Calabresi não se tenha declarado um pragmático, a verdade é que a escola de Direito e economia de New haven diferencia-se do pragmatismo posneriano muito mais em função da agenda política (Posner e a escola de Chicago mais a direita, e Calabresi e a escola de New Haven mais a esquerda) do que de seu substrato teórico”. In. SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é Direito e economia?* In. *Direito e Economia*. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p. 57. Por outro lado, há quem diferencie as referidas Escolas no sentido de a Escola de Chicago seria mais voltada para a descrição de fenômenos, enquanto a escola de Yale era conhecida como normativista ou prescritiva. In: SZTAJN, Rachel ZYLBERSZTAJN, Décio et all. *Direito e Economia. Análise econômica do Direito e das Organizações*. Rio de janeiro. Campus elsevier. 4 reimpressão. p. 74.

¹⁴⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Análise Econômica do Direito e Políticas Públicas: Câmaras de Conciliação e Arbitragem no Executivo Federal e a Busca de Eficiência nos Marcos Regulatórios Administrativos**. Disponível em <http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/analisepeblica.htm>

¹⁴¹ Os estudos de Benthan a respeito da economia do crime e da pena levaram algumas questões econômicas que inspiraram os criadores da análise econômica do Direito. Por exemplo, “uma pessoas só comete um crime se o prazer que ela espera obter com exceder a dor esperada. POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2011, p. 32.

¹⁴² POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2011., p. 37

¹⁴³ NUSDEO, p. 125.

¹⁴⁴ POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2011. P. 06

estabelecer uma relação de causa e efeito entre o utilitarismo de Bentham e um evento que ocorreu quase um século e meio depois de sua morte¹⁴⁵. Além disso, registra que a Economia atualmente deixou de tentar calcular a utilidade, dado que a informação a respeito das preferências e emoções das pessoas parece ser impossível de se obter, e tal constatação fez romper de vez o elo entre a economia e o utilitarismo¹⁴⁶.

Aliás, o próprio Posner indica três razões para que o utilitarismo não seja uma orientação confiável para resolver problemas sociais. Inicialmente, adverte que a obtenção de maior contentamento, ou seja, a maior felicidade, é um objetivo importante, mas não é tudo. Em segundo lugar, o utilitarismo trata as pessoas como parte de um organismo e não como indivíduos, o que poderia levar ao sacrifício proposital de inocentes para aumentar a quantidade total de felicidade da sociedade. Por fim, o utilitarismo padece da ausência de princípios que o limitam¹⁴⁷.

Muito embora Posner rejeite a identificação da análise econômica com o utilitarismo, deve-se ao menos indicar que o movimento está longe de ser coeso, pois apresenta várias escolas e orientações, o que repercute no grande e variado número de publicações¹⁴⁸. Além dos autores acima, a doutrina brasileira ainda indica outros, tais como Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema,¹⁴⁹. Há ainda autores contemporâneos como Douglas North e Oliver Williamson, este último, inclusive, ampliou o debate introduzindo as organizações como o terceiro pilar a dar suporte ao debate^{150 151}.

De toda forma, o fato comum a todas as orientações é a implementação da racionalidade econômica no trato de questões que eram eminentemente jurídicas¹⁵², em que a aplicação do direito restringia-se ao raciocínio dedutivo¹⁵³.

¹⁴⁵ A análise econômica do Direito é uma linha de pensamento relativamente recente, tendo como marcos os anos de 1958 e 1973. Em 1958, houve a publicação do *Journal of law and economics* e em 1978 houve a publicação da primeira edição de *Economic analysis of law* de Richard Posner. POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2011. p. 04

¹⁴⁶ POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2011, p. 99

¹⁴⁷ POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2011, p. 101.

¹⁴⁸ LINHARES, José Manuel Aroso e Rosa, Alexandre de Moraes. Diálogos com a *Law and economics*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. P. 55

¹⁴⁹ SZTAJN, Rachel ZYLBERSZTAJN, Décio et all. *Direito e Economia. Análise econômica do Direito e das Organizações*. Rio de janeiro. CampusElsevier. 4 reimpressão. p. 74.

¹⁵⁰ SZTAJN, Rachel ZYLBERSZTAJN, Décio et all. *Direito e Economia. Análise econômica do Direito e das Organizações*. Rio de janeiro. Campus Elsevier. 4 reimpressão. p. 04.

¹⁵¹ Tal movimento, inclusive seu ensejo ao campo da neuroeconomia desenvolvido pelo grupo de *Law and economics* na George Manson University. SZTAJN, Rachel ZYLBERSZTAJN, Décio et all. *Direito e Economia. Análise econômica do Direito e das Organizações*. Rio de janeiro. Campus Elsevier. 4 reimpressão. p. 08.

¹⁵² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e Economia. Uma introdução ao movimento Law and economics*. Revista Brasileira de Direito, n. 02, ano I, pp. 40-55, 2006.

De toda forma, Posner adverte que a aplicação da teoria econômica ao direito não é nova, mas apenas a multiplicidade de problemas jurídicos a que se pode aplicá-la¹⁵⁴. Com isso, ao se falar em Direito e Economia, pode-se defini-la com um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas¹⁵⁵. A distinção está justamente no papel que a Economia deve desempenhar passando por aqueles que defendem o papel determinante da ciência econômica em face do Direito, seja no aspecto normativo ou positivo, bem como aquela que enfatiza a possibilidade de utilização do instrumental da economia para análise dos problemas jurídicos.

Não há como negar, todavia, que a interface pretendida entre Direito e Economia encontra alguns revezes. Um deles é justamente certas diferenças metodológicas entre Direito e Economia, pois o tempo do direito é diferente do tempo da economia, pois a decisão judicial volta a sua preocupação para o passado na tentativa de reconstruir um estado anterior, enquanto que a economia olha essencialmente adiante, tentando prever e precificar o futuro¹⁵⁶. Além disso,

o Direito é essencialmente verbal enquanto a Economia é também matemática. Ademais, enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica. Por outro lado, enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; sendo que a crítica econômica se dá pelo custo, enquanto que a crítica jurídica se dá pela legalidade¹⁵⁷

Com isso, a interface entre Direito e Economia desagrada a muitos, especialmente por conta da denominada precificação dos interesses não econômicos, algo que, como visto ao se tratar da econometria, não deve ser supervalorizado, vez que se trata apenas de uma unidade de medida que viabiliza a comparação. Vale recordar, aliás, que nem sempre a palavra preço significa a expressão monetária de um bem, pois pode igualmente representar

¹⁵³ MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. São Paulo. Martins Fontes. 2006. p. 127-165.

¹⁵⁴ Ao se tratar do movimento da análise econômica do Direito, não se estará a falar do auxílio técnico que o economista poderá dar no cálculo de valores de compensação ou quando se trata de questões intrinsecamente econômicas, como o direito da concorrência. A análise econômica do direito corresponde a um terceiro caso, qual seja, utilizar a economia para compreender fenômenos que a maioria diria não serem fenômenos econômicos RODRIGUES, Vasco. Análise Económica do Direito. Uma introdução. Coimbra. Almedina. 2007, p. 36.

¹⁵⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed p. 51.

¹⁵⁶ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado:cooperação ou confronto. In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. P. 21.

¹⁵⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. Direitos Sociais: Teoria e prática. São Paulo. Ed. Método, 2006, p. 271 apud SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p. 49.

a relação entre as posições daquele que dá e o que recebe em troca, o que não necessariamente envolve movimentação pecuniária¹⁵⁸.

Por outro lado, se há alguns pontos que dificultam a interface, há outros tantos que acabam por aproximar o Direito da Economia, pois ambos lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Vale ter em mente, todavia, que a Análise Econômica do Direito não pretende atribuir à economia a responsabilidade de conferir respostas definitivas a problemas normativos, mas sim atribui-lhe o papel de importância na elaboração eficiente de normas jurídicas, bem como valer-se do seu caráter explicativo¹⁵⁹.

Dessa forma, quando um praticante da análise econômica do Direito utilizar seu instrumental para realizar uma análise positiva (e.g. um exercício de prognose, uma aferição de eficiência), diz-se que ele está praticando ciência econômica aplicada ao direito. Com isso, o máximo que ele pode fazer é identificar as possíveis alternativas normativas e investigar as prováveis consequências de cada uma, comparando a eficiência de cada solução possível, auxiliando em uma análise de custo-benefício¹⁶⁰.

Por outro lado, no tocante à análise normativa (e.g. afirmar que uma política pública X deve ser adotada em detrimento de política Y, ou que um caso A deve ser resolvido de forma W), ele está apto a fazê-lo se, apenas se o critério normativo com base no qual as referidas alternativas devem ser ponderadas estiver previamente estipulado em uma lei, por exemplo. Assim, o que se pretende é o aconselhamento não apenas em relação ao **meio** de se alcançar certa política pública, mas também qual **objetivo buscar**¹⁶¹.

Nesse ponto, é que está a principal área de discordância entre os seguidores da análise econômica do direito, pois se para alguns, especialmente, Posner, a maximização da riqueza pode ser critério ético, já para outros, como Ivo Gico Teixeira Júnior, a análise juseconômica não necessariamente trará ganhos substanciais em relação à análise oferecida por outras áreas do conhecimento ou ciências, devendo ser considerada em conjunto com as demais, dentro de suas limitações¹⁶².

¹⁵⁸ SZTAJN, Rachel ZYLBERSZTAJN, Décio et all. *Direito e Economia. Análise econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro. Campus Elsevier. 4 reimpressão. p. 80.

¹⁵⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. *Direito e Economia*. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2ª ed. p. 50.

¹⁶⁰ GICO JÚNIOR. Ivo Gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law review*. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

¹⁶¹ GICO JÚNIOR. Ivo Gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law review*. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

¹⁶² GICO JÚNIOR. Ivo Gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law review*. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

Assim, ao se falar em Direito e Economia buscar-se-á (a) aprofundar e ampliar o debate acerca dos cenários institucionais disponíveis, empreendendo esforços para visualizar os efeitos de cada opção, (b) indicar os incentivos postos pelas instituições jurídico-políticas existentes, com vistas a disponibilizar a identificação dos interesses de diversos segmentos, inclusive os sub-representados no processo político representativo, (c) repensar o papel do Poder Judiciário, de modo que este se encaixe nos sistemas modernos de formulação de políticas públicas, todavia, sem esquecer que o país já possui uma tradição jurídica, e (d) Além disso, enriquecer a “gramática jurídica”, oferecendo novo ferramental conceitual que ajude os estudiosos, os profissionais, e os pesquisadores em Direito a enfrentar dilemas normativos e interpretativos¹⁶³.

Firme nos objetivos acima definidos, chega-se ao momento de se aprofundar na visão do marco teórico eleito pelo trabalho.

2.1. Richard Posner e a tese da maximização da riqueza

Como já adiantado em pontos anteriores do presente trabalho, o marco teórico eleito é o pensamento de Richard A. Posner, juiz americano do tribunal de Recursos dos EUA para a sétima Região e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago.

Deve-se registrar, contudo, que o seu pensamento se modificou com o decorrer do tempo¹⁶⁴, sendo que a importância outrora concedida à análise econômica do direito e da sua tese da maximização da riqueza cedeu espaço ao pragmatismo jurídico por ele mais recentemente defendido¹⁶⁵, concluindo que este não poderia se resumir a abordagem econômica¹⁶⁶.

Isso não significa, contudo, que a maximização da riqueza e a análise de custo benefício por ele desenvolvida deixaram de ser um conceito central na sua teoria. Neste primeiro momento, será exposto o que Posner pretende com o conceito de maximização da

¹⁶³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p. 61.

¹⁶⁴ A visão original exposta no livro *Economic Analysis of Law*, ainda não traduzida para o Português, foi sendo refinada e modificada nas suas obras posteriores como: A economia da justiça (1981), Para além do Direito (1995), Fronteiras da Teoria do Direito (2001), Direito, Pragmatismo e democracia (2003) e Problemas de filosofia do direito (2007). Os nomes dos livros estão em Português, mas a data corresponde a versão americana traduzida.

¹⁶⁵ Basta ver, por exemplo, os temas tratados dos trabalhos mais recentes de Posner, como Para além do Direito ou Direito, Pragmatismo e Democracia.

¹⁶⁶ POSNER, Richard A. Para além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Martins Fontes. 2009, p. 427

riqueza em sua face normativa, bem como suas respostas aos críticos. Em seguida, será analisado a sua visão a respeito do pragmatismo jurídico.

A análise econômica do direito desenvolvida por Posner foi elaborada para o modelo jurídico americano e isso poderia fazer com que o leitor questionasse a sua importação para problemas brasileiros. Em resposta, pode-se mencionar que a economia, pode contribuir para a explicação e análise de alguns fenômenos jurídicos Brasileiros, especialmente tempos em que a economia é cada vez mais analisada no âmbito internacional. Ademais, Posner, invariavelmente, busca analisar a repercussão de suas ideias para países de direito codificado, como é o caso do Brasil. A ideia, aliás, é tentar adequar o modelo á realidade brasileira, recorrendo, se for o caso, a literatura que trata especificamente do Brasil¹⁶⁷.

Para compreender o pensamento de Posner, deve-se entender que este concorda com o primado basilar da economia neoclássica de que as pessoas são “maximizadoras racionais de suas satisfações”¹⁶⁸. Assim, todas as pessoas – excetuadas as crianças bem novas, as pessoas que sofrem de graves distúrbios mentais, ou sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem de abuso de álcool e drogas – em todas as suas atividades que implicam uma escolha buscam a maximização das suas satisfações¹⁶⁹.

Sua teoria inovaria justamente na busca da concretização do modelo econômico de escolha racional também às condutas não mercadológicas seja sob o aspecto positivo seja sob o aspecto normativo,. Deve-se partir da premissa de que as pessoas são racionais também em suas relações sociais¹⁷⁰ e no conceito de satisfações estão incluídas tanto aquelas de natureza monetária, quanto as não monetárias.

Reconhece, todavia, que a ideia básica da maximização racional seria contraintuitiva e incompleta, pois as pessoas tem dificuldade em lidar com eventos de baixa probabilidade, bem como alguns comportamentos humanos são impulsivos, emocionais e supersticiosos, ou seja, irracionais¹⁷¹, o que tornaria a economia uma ciência fraca em comparação com as ciências naturais.

¹⁶⁷ A título exemplificativo: FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. JÚNIOR, Rudinei Toneto Jr. GREMAUD. VASCONCELOS, Marco Antonio Sandoval. Economia Brasileira Contemporânea. São Paulo. Atlas. FRANCO, Gustavo H.B. As leis secretas da economia. Revistando Roberto Campos e as Leis de Kafka. Rio de Janeiro. Zahar. 2012 em que uma das idéias principais é a de que a economia brasileira obedece a leis próprias.

¹⁶⁸ POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2007. p. 473

¹⁶⁹ POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2007. p. 474

¹⁷⁰ POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2007. p. 09

¹⁷¹ POSNER, Richard A. Problemas da Filosofia de Direito. WMF. Martins Fontes. 2007, p. 491.

Adverte também que para serem racionais, as atitudes não precisam necessariamente ser objeto de reflexão consciente, ou seja, quando se fala em escolha racional, deve-se deixar claro que se trata de uma análise em relação à adequação dos meios e fins, e não propriamente a meditação sobre as coisas, pois, muito do conhecimento é tácito¹⁷². Assim, a maximização racional não deve ser confundida com o estudo da consciência humana e suas preferências. Além disso, a busca do interesse próprio não deve ser confundida com o egoísmo, uma vez que a felicidade de outras pessoas pode tranquilamente fazer parte das nossas satisfações¹⁷³.

E, com base nesse pressuposto, desenvolve o seu conceito de maximização da riqueza como princípio normativo e positivo da conduta humana, sendo que:

Esse termo pode facilmente ser entendido de modo equivocado, como simples critério financeiro, o que significaria que qualquer coisa que produzisse um aumento da receita pecuniária maximizaria a riqueza e, portanto, seria boa. Na verdade, porém, **a essência dessa abordagem está em insistir que todos os custos e benefícios, inclusive não pecuniários**, sejam levados em conta para decidir o que é uma norma ou prática eficiente; e que sejam pecuniarizados – apenas para possibilitar uma comparação entre eles.¹⁷⁴ (Grifo ausente no original)

Veja que da explicação tomada do autor, ele indica que os custos e benefícios não pecuniários devem ser levados em consideração, mas não se trata apenas de uma pecuniarização fria de direitos e garantias. Transformar o interesse em pecúnia serve apenas para possibilitar uma comparação, comparação esta que poderá contar com o auxílio da econometria e outros critérios de mensuração típicos da ciência econômica¹⁷⁵.

Quando o autor se reporta ao termo riqueza, ele não está de reportando a um conceito meramente contábil, ou seja, pelo valor que os indivíduos pagaram pelo bem, mas sim pelo valor que eles estariam dispostos a pagar¹⁷⁶:

A riqueza é relacionada ao dinheiro no sentido de que um desejo não sustentado pela capacidade de pagar não tem como ser pleiteado – tal desejo não é nem um preço ofertado nem um preço solicitado. **Posso desejar ansiosamente um BMW, mas, se não estiver disposto a pagar o seu preço**

¹⁷² POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2007, p. 474

¹⁷³ POSNER, Richard. A. *El Análisis económico del derecho*. Mexico. Fondo de Cultura Ecoómica. 1998, p. 11.

¹⁷⁴ POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2010. p XIII e XIV..

¹⁷⁵ Cada vez mais é disponibilizada literatura que indica alguns critérios de mensuração de bens, por exemplo: SANDES, Michel. *O que o dinheiro não compra*. Os limites morais do mercado. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. Tradução Clóvis de Marques. PORTER, Eduardo Porter. *O preço*. de todas as coisas. Porque pagamos o que pagamos. São Paulo. Objetiva. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Neste último livro, aliás, há indicativos do preço da vida, da felicidade, das mulheres, do trabalho, da cultura, da fé e do futuro. GALDINO, Flávio. *Introdução a teoria dos custos dos direitos*. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost os rights*. Why liberty depends on taxes. New York. London. W. W. Norton & Company.

¹⁷⁶ POSNER, Richard. A. *El Análisis económico del derecho*. Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1998, p. 23

de compra (ou for incapaz de pagá-lo), a riqueza da sociedade não seria aumentada ao transferir o BMW de seu proprietário atual para mim. Abandone-se essa restrição essencial (uma distinção importante, também entre maximização de riqueza e utilitarismo – pois eu poderia extrair do BMW uma utilidade maior do que a de seu proprietário atual, ou de qualquer outra pessoas a quem ele pudesse vender o carro) e estará aberto o caminho para se tolerarem os crimes cometidos pelos exaltados e avarentos contra os apáticos e frugais¹⁷⁷. **(Grifo ausente no original)**

A riqueza, então, deve ser entendida não apenas sob a função do dinheiro, mas sim como a soma de todos os objetos aos quais a sociedade atribui valor¹⁷⁸, tanto tangíveis, quanto intangíveis e essa soma deve ser ponderada pelos preços que esses objetos teriam se fossem negociados no mercado.¹⁷⁹

Feita a explicação prévia a respeito do conceito de maximização da riqueza, deve-se registrar agora as repercussões estabelecidas pelo autor, quais sejam, de que a maximização da riqueza pode exercer uma função tanto normativa quanto positiva, ou seja, tanto indicam um caminho para a ação social ética, correta^{180 181}, quanto auxiliam na descrição da realidade.

2.1.1. A face normativa da maximização da riqueza

No tocante ao aspecto normativo, há pelo menos três avaliações distintas a respeito da análise econômica do direito: (1) uma fundacional, em que a maximização da riqueza seria a fundação ética para o Direito, (2) uma outra pragmática, que entende a maximização da riqueza como um objetivo a ser perseguido, dentre outros ou (3) uma visão regulatória, que parte de um contexto amplo de estudo moderno Estado do bem-estar, em que os institutos jurídicos são vistos como integrantes de políticas públicas¹⁸².

A primeira seria justamente a visão inicial de Posner, dado que defende que as instituições jurídicos-políticas devem ser avaliadas em função do paradigma da maximização da riqueza, sendo que este seria capaz de conferir um critério ético que

¹⁷⁷ POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. WMF. Martins Fontes. 2007. p. 479

¹⁷⁸ A respeito do valor econômico de determinado bem, Posner o conceitua como aquilo que determinada pessoa está disposta a pagar. POSNER, Richard. A. *El Análisis económico del derecho*. Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1998, p. 2

¹⁷⁹ POSNER, Richard. A. *El Análisis económico del derecho*. Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1998, p. 20

¹⁸⁰ POSNER, Richard A. *Problemas da Filosofia de Direito*. WMF. Martins Fontes. 2007

¹⁸¹ Uma lei pode ser pensada como um sistema de incentivos. Analisar os efeitos de diferentes sistemas de incentivos é uma das grandes preocupações da análise positiva do Direito. Por outro lado, a análise normativa se preocupa com a eficiência de determinado enquadramento normativo. RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito. Uma introdução*. Coimbra. Almedina. 2007, p. 34

¹⁸² SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. *Direito e Economia*. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p. 57

diferenciaria regras justas de injustas¹⁸³. Vale antecipar, contudo, que no início dos anos 90, Posner abandonara definitivamente a ideia de que a maximização da riqueza pudesse ser fundacional ao Direito¹⁸⁴, atribuindo papel mais discreto a maximização da riqueza e enfatizando o papel do pragmatismo jurídico¹⁸⁵. Pode-se concluir que atualmente Posner entende que não agir de maneira autointeressada não necessariamente é um agir irracional, dado que se deve levar em conta os aspectos éticos¹⁸⁶

Posner defende que existe uma relação entre valor econômico e valor no sentido ético-filosófico, reconhecendo que esses dois planos valorativos aparentemente distantes e separados encontram-se em diversos segmentos como a organização institucional da sociedade para enfrentar o problema da escassez relativa de recursos¹⁸⁷. Assim, pela face normativa da maximização da riqueza, a transação de mercado é considerada o paradigma da ação moralmente adequada¹⁸⁸. Com isso, uma ação moralmente adequada seria aquela que implicasse o aumento total da riqueza, baseando-se na análise de custo e benefício, sendo que o bem deveria permanecer com aquele que mais o valoriza.

Com isso, defende que a maximização da riqueza é uma ética de produtividade e da cooperação social, pois para ter direitos sobre os bens e serviços da sociedade, a pessoa poderá oferecer algo que as pessoas valorizem¹⁸⁹ ¹⁹⁰. Vale registrar, contudo, o alerta a respeito da necessidade de diferenciar as expectativas *ex ante* e *ex post*,

¹⁸³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p. 57.

¹⁸⁴ POSNER, Richard A. Problemas da Filosofia de Direito. WMF. Martins Fontes. 2007. P. 494

¹⁸⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p. 58.

¹⁸⁶ Neste ponto, aproxima da mesma conclusão a que chegou Amartya Sen para quem negar o autointeresse não significa necessariamente ser altruísta. SEN, Amartya. Sobre ética e economia. São Paulo. Companhia das letras. 8ª reimpressão. 2012.

¹⁸⁷ NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011 p. 44

¹⁸⁸ POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2011. p. 101

¹⁸⁹ Se “A” estiver disposto a pagar até \$100 pela coleção de selos de B, ela vale \$100 para A. Se B estiver disposto a vender a coleção de selos a qualquer preços acima de \$ 90m ela vale \$ 90 para B. Portanto, se B vender a coleção de selos valendo para A (digamos por \$100, mas qualitativamente a análise não é afetada por nenhum preço entre \$90 e \$100 – e é somente dentro desses limites que a transação vai ocorrer), a riqueza da sociedade aumentará em \$10. Antes da transação, A atinha \$ 100 em espécie, e B tinha uma coleção de selos valendo #90 (um total de \$190); depois da transação, A tem uma coleção de selos que vale \$100 e B tem \$100 em espécie (um total de \$200). **A transação não vai aumentar a riqueza acumulada – o produto interno bruto, a renda nacional ou coisas do gênero em \$10; não vai aumentá-la em nada a menos que a transação seja contabilizada e, se assim o for, é provável que aumente a riqueza calculada ao preços de compra total de \$100. Contudo, o verdadeiro acréscimo à riqueza social consiste no incremento de \$10 em satisfação não-precuniária que A extrai da compra, comparado ao de B.** Isso explica que “riqueza” no sentido empregado pelos economistas, não é uma simples medida monetária, e explica porque é uma falácia pensar que a riqueza seria maximizada ao se estimular a cobrança de preços monopolísticos¹⁸⁹ (grifo ausente no original).

¹⁹⁰ POSNER, Richard. A. **Problemas de Filosofia do Direito**. WMF. Martins Fontes. 2007. p. 526

dado que antes a escolha pode ter se mostrado a melhor opção, mesmo que posteriormente tenha se apresentado como um erro¹⁹¹.

Um exemplo talvez deixe a questão mais clara: ao tratar da negligência, Posner remete a conceito de Learned Hand “que define a negligência pela falta de precauções justificadas em termos de custos¹⁹²” e exemplifica com o fato de que se um acidente tem um custo de \$1, mas os custos para evitá-lo seria de \$3, mesmo que haja o acidente e o lesionado não seja reparado, mesmo assim, haverá a maximização da riqueza¹⁹³. É esse tipo de argumentação que choca aqueles que se orientam exclusivamente para o enfoque dedutivo, sem preocupações consequencialistas da decisão, pois, exigir a reparação no caso como acima estabelecido implicaria em ter que aumentar os custos de maneira desproporcional, gerando impactos para todos os envolvidos naquele mercado.

Assim, a face normativa da maximização da riqueza é aquela que mais gera resistência, por conta da dificuldade, senão impossibilidade, de precificação de certos valores intangíveis, como dignidade da pessoa humana, direito a saúde e outros direitos fundamentais.

Um dos maiores críticos era Ronald Dworkin¹⁹⁴ o qual defendia que a maximização da riqueza nada teria a contribuir em relação à distribuição de direitos. Afirma que não estaria claro porque a riqueza social seria um objetivo digno, mesmo que aliada a outros valores sociais¹⁹⁵. Dessa forma, acusa a visão de Posner de não levar em consideração qualquer critério de justiça e moralidade¹⁹⁶.

Dworkin defende que um ganho de riqueza, considerado por si só e separadamente de seus custos ou de outras consequências, boas ou más, não leva a um ganho social e, por isso, a maximização da riqueza não teria o condão de ser um guia de ação

¹⁹¹ POSNER, Richard. A. Problemas de filosofia do Direito. WMF. Martins Fontes. 2007, p. 523

¹⁹² POSNER, Richard. A. Problemas de Filosofia do Direito. WMF Martins Fontes. 2007. P. 480

¹⁹³ POSNER, Richard. A. Problemas de Filosofia do Direito. WMF Martins Fontes. 2007. P. 480

¹⁹⁴ Este dedicou um dos capítulos do seu “Uma questão de princípio” para rejeitar principalmente os aspectos normativos, mas também descritivos propostos por Posner. DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo. Martins Fontes.

¹⁹⁵“Derek tem um livro que Amartya quer. Derek venderia o livro a Amartya por \$2 e Amartya pagaria \$3 por ele. T (o tirano encarregado) toma o livro de Derek e o dá a Amartya com menos gasto de dinheiro ou equivalente do que será consumido em custos de transação se os dois fossem regatear a distribuição do valor excedente de \$1. A transferência forçada de Derek para Amartya produz um ganho da riqueza social, embora Derek tenha perdido algo que valoriza sem nenhuma compensação. Chamemos de Sociedade 1 a situação em que ocorreu antes da transferência forçada e de Sociedade 2 a que ocorreu depois dela. A Sociedade 2 é superior a Sociedade 1 em qualquer aspecto? Não estou perguntando se o ganho em riqueza é superado pelo custo em justiça, ou em igualdade de tratamento, ou em qualquer outra coisa, mas se o ganho em riqueza, considerado por si só, chega a ser um ganho. Acho que a maioria das pessoas concordaria comigo se dissesse que a Sociedade não é melhor em nenhum aspecto” DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo. Martins Fontes. P. 367

¹⁹⁶ POSNER, Richard A. Problemas da Filosofia de Direito. WMF. Martins Fontes. 2007, p. 06.

social¹⁹⁷. Com isso, afirma que a maximização da riqueza seria apenas um instrumento para se alcançar um outro valor¹⁹⁸. Dessa forma, a riqueza não poderia dar nome à teoria, mas sim o verdadeiro objetivo, não especificado, a que às vezes se considera que a riqueza serve¹⁹⁹.

Ele rejeita até mesmo o valor instrumental da teoria, vez que não haveria nenhum valor moral na atitude individual autointeressada. Afinal, o benefício para os outros dependeria da mão invisível e não da boa vontade do indivíduo

Adverte também que atribuir o bem àquele que pagaria mais é irrelevante do ponto de vista moral. Assim, separada da utilidade, e a riqueza social perderia toda a plausibilidade como componente de valor, ainda mais que na própria visão de Posner a maximização da riqueza não conduziria necessariamente a mais felicidade. Além disso, critica justamente a conclusão de que a maximização da riqueza não seria capaz de, independentemente da situação, conferir a resposta certa, segundo fundamentos morais²⁰⁰

Ao lado de Dworkin, pode-se também registrar o pensamento de Posner também fora analisado por outros autores, dentre eles, Mitchell Polinsky, Guido Alpa, Eric Rakowski e John Donahue²⁰¹.

Mitchell Polinsky critica o entusiasmo dos economistas com territórios que antes não estavam dentro das suas cogitações, sendo inacessíveis à média dos advogados, pois são tecnicamente sofisticadas, interdisciplinares e orientadas para controvérsias de natureza doutrinária²⁰². Adverte para o fato de que muito embora Posner reconheça os limites dos seus modelos, parece desconsiderá-los ao tentar abarcar todo universo jurídico com a racionalidade econômica, o que faz denominá-la um produto valioso, todavia defeituoso.

Já Guido Alpa entende a proposta de Posner como a mais radical, se comparada com Calabresi²⁰³, pois engloba todos os ramos do Direito, enquanto os estudos deste último restringem-se a responsabilidade civil, cabendo a Bruce Ackerman a análise do direito de propriedade. Aliado ao pensamento mais recentemente desenvolvido na área econômica defende que o indivíduo se orienta por uma pluralidade de motivações que não

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo. Martins Fontes. p. 372 e segs.

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo. Martins Fontes. p. 372 e segs.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo. Martins Fontes. p. 372 e segs.

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo. Martins Fontes.p. 372 e segs.

²⁰¹ FARIA, Guiomar T. Estrella. Intepretação econômica do direito. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1994, p. 45-67.

²⁰² POLINSKY, A Mitchell. *Economic Analysis as a Potentially Defective Product: a Buyers's guide to Posner's Economic Analysis of Law*. Harvard Law Review, v. 87, mar/1971 **apud** A FARIA, Guiomar T. Estrella. Intepretação econômica do direito. Porto Alegre. Livraria do advogado. 1994, p. 52.

²⁰³ ALPA, Guido. Interpretazione Economica del Diritto. Rivista del Diritto Commerciale, ano 79, lul-dec. 1981 **apud** FARIA, Guiomar T. Estrella. Intepretação econômica do direito. Porto Alegre. Livraria do advogado. 1994, p. 58.

podem ser explicadas apenas sob o enfoque econômico. Além disso, denuncia a finalidade política ou pressupostos ideológicos que estão de modo oculto na teoria de Posner, no caso, o liberalismo econômico, que dá ao modelo de Posner um caráter conservador²⁰⁴.

Quanto a Erik Rakowski, este analisa especialmente o livro *Problems of Jurisprudence*. O autor critica a conclusão de Posner de que não haveria uma resposta objetivamente correta para problemas difíceis. Conclui também que Posner não estabelece respostas firmes para as próprias perguntas que formula. Enfim, alega que Posner não oferece uma teoria precisa da legitimação social, da interpretação da lei ou sobre a justiça distributiva e corretiva para assistir aos juízes²⁰⁵.

A última crítica registrada pela autora, mas nem de longe a última crítica encontrada na doutrina, é a de John Donahue. Registra que a posição de ambos atraem um maior número de críticas ao adotarem duas posições controversas, quais sejam: (1) A adoção da maximização da riqueza em detrimento da maximização da utilidade, bem com (2) a convicção de que as regras da *common law* são racionais²⁰⁶.

Vale lembrar ainda as críticas de Oliver Williamson, que mesmo pertencendo ao mesmo movimento, destoa de Posner ao indicar o pensamento deste como baseado na teoria da escolha racional irrealista da escola neoclássica da economia, além de não estar preocupado com as organizações e sim com o mercado. Alega que a nova economia institucional de que faz parte Williamson quer modificar a própria economia, enquanto que o movimento *law and economics* não o faz.

Ao voltar os olhos para as críticas à face normativa da maximização da riqueza, uma primeira observação deve ser feita quanto à assertiva de Dworkin de que a análise econômica do Direito está dissociada do conceito de justiça. Posner enfrenta a questão e reconhece que as noções de justiça incluem mais do que a eficiência²⁰⁷. Veja-se:

Não é obviamente ineficiente tolerar os pactos suicidas; tolera a discriminação privada por razões sociais, religiosas ou sexuais; tolera que se mate e se devore o passageiro mais fraco em situações de desespero genuínas; obrigar os indivíduos a fazer prova contra si mesmo; açoitar prisioneiros; permitir que se vendam filhos para a adoção; permitir o uso da força homicida em defesa de interesse puramente material; legalizar a chantagem; ou permitir que os condenados escolham entre a prisão e a participação em experimentos

²⁰⁴ Apud FÁRIA, Guiomar T. Estrella. *Intepretação econômica do direito*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1994, p. 60.

²⁰⁵ RAKOWSKI, Erik. Posner's Pragmatism. *Harvard Law Review*, vol.104, 1991 apud FÁRIA, Guiomar T. Estrella. *Intepretação econômica do direito*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 1994, p. 60.

²⁰⁶ DONAHUE III, John J. *The Law and Economics os Tort Law: the profound revolution. Book review*. *The Harvard Law review*, vol. 102, 1989 apud FÁRIA, Guiomar T. Estrella. *Intepretação econômica do direito*. Porto Alegre. Livraria do advogado. 1994, p. 71

²⁰⁷ POSNER, Richard. A. *El Análisis económico del derecho*. Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1998. p. 32

médicos perigosos; todavia, todas essas coisas ofendem o sentimento de justiça dos americanos modernos e todas são ilegais em maior ou menor medida²⁰⁸.

Afirma ainda categoricamente que a justiça é algo mais do que a eficiência. Com isso, Posner deixa claro que há limites definidos, ainda que amplos, para o poder explicativo e reformador da análise econômica do direito. De toda forma, ele enfatiza que a economia sempre poderá promover um esclarecimento aquilo que deverá ser sacrificado para alcançar um ideal econômico de justiça²⁰⁹, vez que a justiça não é independente do seu preço²¹⁰.

Quanto a este ponto específico, vale a pena indicar o estudo feito por Vasco Rodrigues, o qual menciona uma série de trabalhos recentes que tem suscitado vivo debate. Por exemplo, Kaplow e Shavel argumentam que não se deve utilizar de nenhum outro critério que não seja a eficiência. Haveria apenas duas situações possíveis: ou o critério de justiça (ou qualquer outro) leva sempre às mesmas escolhas que o critério de eficiência ou isso não acontece. Se eventualmente ambos levam às mesmas escolhas, a eficiência seria a designação econômica da justiça. Já se os dois levarem a escolhas diferentes, o critério de justiça leva, nos casos de conflito, a preferir situações que são pareto inferiores: isto é, leva a defender que não se proceda a alterações que melhorariam a situação de algumas pessoas sem prejudicar ninguém. Assim, nessa segunda hipótese, o critério de justiça levaria a preferir situações em que todos os membros da sociedade estariam piores do que numa alternativa viável. Com isso, defendem que o ônus da prova sobre a bondade do critério que propõem recai sobre os proponentes do critério de justiça²¹¹²¹².

A respeito da relação entre a economia e a moral, Posner é bem claro ao advertir que ele não acredita que a economia – ou mesmo outro sistema teórico – seja capaz

²⁰⁸ POSNER, Richard. A. *El Análisis económico del derecho*. Mexico. Fondo de Cultura Ecoómica. 1998, p. 33

²⁰⁹ POSNER, Richard A. The value of weath: a comment on Dworkin and Kronman. *Journal of legal studies*, 9: 243 (1980). Disponível em <http://www.jstor.org/discover/10.2307/724131?uid=3737664&uid=4576865607&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=3&uid=60&sid=21101621270907> Acesso em 05.01.2013.

²¹⁰ POSNER, Richard. A. *El Análisis económico del derecho*. Mexico. Fondo de Cultura Ecoómica. 1998. p. 33

²¹¹ RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito*. Uma introdução. Coimbra. Almedina. 2007. p. 35.

²¹² “Se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i.e. eficiência).(...) Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra”. GICO JÚNIOR. Ivo gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010.

de exercer a força de obrigatoriedade sobre um juízo moral^{213 214}. Aliás, reconhece que certos direitos – como a liberdade religiosa – são políticas públicas de custo justificado^{215 216}. Dessa forma, afirma que “o argumento mais forte a favor da maximização da riqueza não é moral, mas pragmático^{217 218}”. Isso porque segundo defende, ao se olhar para o mundo ao redor, vê-se, como regra, que aqueles que vivem em sociedades em que os mercados atuam de maneira mais ou menos livres são, não apenas mais prósperas, como também tem mais direitos políticos, como a liberdade e estão mais satisfeitas²¹⁹.

Especificamente em relação ao critério para definir a eficiência, Posner entende que o critério de pareto é muito austero e de difícil ocorrência na prática²²⁰. Aliás, vale registrar também a crítica de Amartya Sen, pois o critério de pareto deixaria totalmente de lado considerações redistributivistas, pois levado a risca, o critério de pareto rejeitaria a melhoria de condições dos pobres, caso esta prejudicasse a condição dos ricos²²¹.

Com isso, Posner adota expressamente o critério de eficiência Kaldor-Hicks²²², ou também denominado superioridade potencial de pareto. Como visto, por esse critério, a maximização da riqueza “exige apenas que os lucros do vencedor excedam os prejuízos do devedor”²²³ e que eventualmente os prejuízos de terceiros não superem os benefícios da transação²²⁴ ou ainda que se os beneficiados pela nova situação puderem compensar os prejudicados, estar-se-ia justificada a utilidade social da ação²²⁵, sendo que justamente no casos de fracasso do mercado, o Estado deve atuar de maneira corretiva.

²¹³ POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2011, p. 26.

²¹⁴ Vale registrar, inclusive, que a economia nasceu como disciplina oriunda da ética. Basta perceber que ambas ainda buscam responder a pergunta Como devemos viver? Aliás, lembre-se, inclusive que Adam Smith era professor de ética e ele próprio admitia o sacrifício individual em face do bem comum. SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo. Companhia das letras. 2012. 8ª reimpressão. p. 39.

²¹⁵ POSNER, Richard. A. *Problemas de filosofia do Direito*. WMF. Martins Fontes. 2007, p. 508

²¹⁶ Veja que Posner alinha-se no ponto ao que defende Amartya Sen, pois para este também não é bom para a moral deixar totalmente de lado aspectos econômicos SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo. Companhia das letras. 2012. 8ª reimpressão.

²¹⁷ POSNER, Richard. A. *Problemas de filosofia do Direito*. WMF. Martins Fontes. 2007, p. 513

²¹⁸ Como dito acima, Posner acabou por abandonar a maximização da riqueza como único princípio ético, mas ainda o considera importante para o pragmatismo de sua teoria.

²¹⁹ POSNER, Richard. A. *Problemas de filosofia do Direito*. WMF. Martins Fontes. 2007, p. 514

²²⁰ POSNER, Richard. A. *El Análisis económico del derecho*. Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1998, p. 21

²²¹ SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo. Companhia das Letras. 2012. 8ª reimpressão.

²²² Aqui o pensamento de Posner e Amartya Sen se afastam tendo em vista que para este último, se há compensação, também o critério Kaldor-Hicks seria igualmente paretiano. Aliás, este último entende que há considerações para além do autointeresse, mas que padecem nos atuais modelos diante do risco de sua subjetividade. Aliás, como o utilitarismo e a eficiência de pareto exigem poucas considerações éticas talvez por isso elas teriam ganhado importância.

²²³ POSNER, Richard. A. *Problemas de filosofia do Direito*. WMF. Martins Fontes. 2007, p. 522.

²²⁴ POSNER, Richard. A. *El Análisis económico del derecho*. Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1998, p. 21

²²⁵ LINHARES, José Manuel Aroso e Rosa, Alexandre de Moraes. *Diálogos com a Law and economics*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. P. 70

Assim, a maximização da riqueza, como critério normativo, admite a existência tanto de ganhadores quanto de perdedores ²²⁶, todavia, exige que os ganhadores ganhem mais do que os perdedores perdem. Neste caso, se os ganhadores podem indenizar os perdedores, restando ainda um excedente, ²²⁷ conclui-se que se deve dar mais a quem tem maior utilidade marginal²²⁸.

Pelo o que se vê acima, é clara a mudança de pensamento de Posner, outrora defensor da maximização da riqueza como único princípio ético a ser seguido. Aliás, ao assumir os postulados da filosofia pragmática, a maximização da riqueza passa a exercer um papel mais instrumental do que basilar, mas isso, de forma alguma, constitui objeção ao seu uso como guia de direito e de políticas públicas.²²⁹:

Por último, veremos que alguns textos aceitam a validade essencial da análise de custo-benefício, mas procuram desenvolver mais o aspecto normativo desta, mediante alterações no critério de maximização da riqueza ou mesmo diante da recusa em adotá-lo como princípio norteador. Esses trabalhos ganham pouco em plausibilidade normativa e perdem muito ao embrenhar-se em complicações e incertezas. **O melhor é aceitar que a análise de custo-benefício não pode ser a única regra decisória usada pelo Estado e que ela pode ser valiosa quando usada como um entre os vários elementos que entram no processo de tomada de decisões, como mostram os estudos sobre regulamentação de riscos**²³⁰.(Grifo ausente no original)

Mesmo com essa mudança de pensamento, Posner indica duas claras vantagens da análise econômica, pois (1) oferece um ponto de vista imparcial a respeito de temas jurídicos polêmicos, uma vez que economista não favoreceria quaisquer dos lados, apenas a eficiência²³¹ e (2) auxilia no desfazimento de antinomias que podem suscitar conflitos²³², bem como pode revelar uma coesão²³³ considerável das regras jurídicas²³⁴.

²²⁶ Um exemplo pode facilitar a compreensão: Suponhamos que a indústria anuncie que vai se transferir da cidade A para a cidade B. Haverá ganhadores – as pessoas da cidade B que serão empregadas pela nova fábrica, o comércio varejista e as construtoras de casas em B, os acionistas das empresa, etc. Mas também haverá perdedores – as pessoas da cidade A que perderão seu emprego, o comércio varejista de A, os clientes da fábrica que agora ficarão mais distantes dela etc. Se aplicássemos o critério de Pareto a esta decisão, os ganhadores teriam de pagar os perdedores tudo que fosse necessário para que estes ficassem indiferentes entre a permanência da planta em A e sua mudança para B. Se aplicássemos o critério potencial de Pareto a essa decisão, os ganhadores teriam de ganhar mais do que os perdedores perdessem. ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 64

²²⁷ ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. p. 64

²²⁸ SZTAJN, Rachel ZYLBERSZTAJN, Décio et all. Direito e Economia. Análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro. Campus Elsevier. 4ª reimpressão. p. 76;

²²⁹ POSNER, Richard. A. Problemas de filosofia do Direito. WMF Martins Fontes. 2007, p. 520

²³⁰ POSNER, Richard. A. Fronteiras da Teoria do Direito. WMF Martins Fontes. 2011. P. 137

²³¹ POSNER, Richard. A. Fronteiras da Teoria do Direito. WMF Martins Fontes. 2011, p. 30

²³² POSNER, Richard. A. Fronteiras da Teoria do Direito. WMF Martins Fontes. 2011, p. 11.

²³³ O debate moral ocorre mais ferozmente numa atmosfera de ignorância factual; é quando as pessoas carecem de um conhecimento objetivamente reproduzível que elas se apegam a intuições arraigadas na psicologia e na

Reconhece, assim, que a análise de custo benefício delineada pode ser entendida apenas como um parâmetro para a decisão final, sem o caráter vinculante que auxiliaria na rejeição do seu postulado. Aliás, deve-se registrar que também as considerações de natureza ética não gozam de consenso, sendo que também a avaliação do status ético exige avaliação das consequências da decisão tomada²³⁵.

Além disso, no tocante a relação mais específica entre o Direito e a Economia, Posner adota expressamente as conclusões decorrente do Teorema de Coase²³⁶, que atribui ao Direito duas tarefas: (1) a minimização dos custos de transação – com a definição o mais clara dos direitos de propriedade e (2) estabelecimento de um padrão de distribuição de recursos que existisse se os custos de transação fossem nulos²³⁷ ou proibitivos.

Com isso, pelo que se pode depreender, Posner confere ao aspecto normativo da maximização da riqueza menor importância do que outrora. Todavia, enfatiza que a análise de custo benefício segundo o critério Kaldor-Hicks de eficiência poderá desempenhar caráter normativo, mas não exclusivamente, pois deve estar aliado a outros valores. Enfim, pode-se concluir que a decisão a ser tomada ou a legislação a ser editada não é a mais eficiente, contudo, a análise econômica proposta pode deixar mais clara a conclusão de que determinada será de custo justificado

Isso não significa, como a crítica de Dworkin poderia indicar, a assunção por Posner de um valor moral subjacente, pois a postura de Posner parte de outro pressuposto, qual seja, a de que não há um valor moral ideal e único, ou mesmo uma resposta certa para problemas complexos, mas sim, valores que devem se voltar para a resolução de problemas práticos e, nesses casos, a maximização da riqueza poderá fornecer importantes subsídios. Dworkin defende que o defensor da maximização da riqueza deve escolher alguma concepção padronizada de justiça, como utilidade, igualdade, *maximin*, meritocracia ou merecimento mais elevados²³⁸, todavia, como será desenvolvida a política pública, sob as luzes do pragmatismo de Posner, mais do que um valor etéreo, deve buscar atingir um indicador construído com base em alguma obrigação constitucional que lhe sustenta.

formação individuais, bem como nas experiências pessoais. Mas isso não serve de consolo para o direito, dada sua insuficiência percepção dos fatos e sua resistência ao etos científico. POSNER, Richard. A. Problemas de Filosofia do Direito. WMF Martins Fontes. 2007. P. 471

²³⁴ POSNER, Richard. A. Fronteiras da Teoria do Direito. WMF Martins Fontes. 2011, p. 16

²³⁵ SEN, Amartya. Sobre Ética e Economia. São Paulo. Companhia das letras. 2012. 8ª reimpressão

²³⁶ Pelo qual afirma que em regime de custos de transação zero, a alocação inicial dos Direitos de Propriedade não importa.

²³⁷ POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2011, p. 18

²³⁸ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo. Martins Fontes. P. 382

2.1.2. Da face positiva da maximização da riqueza

O “Direito e Economia” positivos ou a análise econômica positiva se preocupa com as repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos, ou seja, com a adequação entre meios e fins. Já o “Direito e Economia” ou Análise Econômica normativa, como visto, preocupa-se em estudar se, e como, noções de justiça se inter-relacionam com eficiência econômica, maximização da riqueza e do bem-estar^{239 240}.

O aspecto positivo pode ser lido sob o aspecto (1) reducionista, (2) explicativo ou (3) preditivo. A primeira tem em vista a redução do Direito a Economia, substituindo categorias jurídicas por categorias econômicas, tendo essa radicalidade sido rejeitada pelos próprios teóricos. A segunda visão diz respeito à capacidade da economia em explicar a estrutura das normas jurídicas, por meio da teoria da escolha racional. Essa visão, todavia, poderia deixar de lado uma série de fatores culturais e históricos, e essa constatação sugeriria uma relação mais branda, pela qual a economia apenas iluminaria problemas, sugerindo hipótese que devem ainda ser conjugadas com outros ramos do conhecimento. Por fim, há ainda a visão preditiva, ou seja, de que a economia poderia prever consequências das diversas regras jurídicas e os prováveis efeitos das regras sobre o comportamento dos sujeitos²⁴¹.

A racionalidade econômica, na visão de Posner, poderá auxiliar o juiz na reconstrução dos fatos, facilitando ainda o desenho a respeito dos impactos da decisão, acaso tomado um ou outro caminho. Conceitos como escolha racional, falhas de mercado, eficiência e equilíbrio podem conferir um instrumental vigoroso para análise da realidade que o Direito busca regular mesmo em áreas não mercadológicas.

Não obstante isso, Posner reconhece as limitações dos modelos econômicos na sua face positiva²⁴², mas mesmo com a limitações inerentes a qualquer

²³⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed p. 52.

²⁴⁰ A Análise econômica do Direito reconhece como válido e útil do ponto de vista epistemológico e pragmático a distinção entre o que é (positivo) e o que deve ser (normativo). A primeira proposição está relacionada a um critério de verdade e a segunda a um critério de valor. A idéia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos que pode ser investigada e averiguada por métodos científicos, cujos resultados são passíveis de falsificação – o que chamamos de análise positiva – e o mundo dos valores, que não é passível de investigação empírica, não é passível de prova ou de falsificação e, portanto, não é científico, que chamaremos de análise normativa. GICO JÚNIOR. Ivo gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Economic Analysis of Law review. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

²⁴¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p. 54.

²⁴² Adverte, por exemplo, que não se pode denominar a economia como a única ‘ciência da escolha racional’. Isso porque existem teorias de escolha racional que não se assemelham a economia, seja porque estabelecem preferências instáveis, que alteram muitos dos prognósticos da economia, seja porque pressupõem uma

modelo, o papel positivo da análise econômica do direito auxilia na explicação das regras como são, e não propriamente atuar na busca da sua melhoria. Reconhece que muitas áreas do Direito levam em conta a racionalidade econômica, muito embora a retórica oculte muitas vezes as verdadeiras razões da decisão legal.

Em sua face positiva, o economista não pode dizer a sociedade que deveria limitar o roubo, mas pode demonstrar que seria ineficiente tolerar o roubo ilimitado, bem como pode aclarar um conflito de valores ao demonstrar quanto de um valor deverá ser sacrificado para alcançar o outro²⁴³. Segundo Posner os antropólogos, sociólogos, psicólogos e outros cientistas sociais também elaboram análises positivas/explicativas do sistema legal, todavia, seus trabalhos tem o conteúdo teórico e empírico insuficiente em comparação ao trabalho dos economistas²⁴⁴.

Aliás, a respeito da “fraqueza” metodológica da economia, Posner assevera que todas as ciências exigem um grau de abstração²⁴⁵, ou seja, a economia compartilha com as ciências ditas naturais algumas fraquezas metodológicas reais ou aparentes²⁴⁶, mesmo assim, a economia seria capaz de apreender uma parte importante, mesmo que pequena, da realidade do mundo que pretende explicar²⁴⁷, pois não se pode imputar à economia a missão predestinada de esclarecer todos os mistérios do mercado²⁴⁸..

Há ainda os críticos que rejeitam a análise econômica sob a alegação de que tal teoria não pode ser testada, vez que os dados necessários à formação de um juízo seriam impossíveis de se obter, além do que certas teorias eleitas como eficientes, podem se demonstrar ineficientes. A essa crítica, Posner menciona que se trata de um exagero, pois muitos dos dados estão realmente disponíveis ou podem ser alcançados por meio de auxílio das entidades²⁴⁹, sendo claro que a explicação econômica tem uma força bastante grande para

pluralidade de agentes racionais dentre de cada ser humano, como um ego impulsivo e outro que se volta para o futuro. Ademais, existiriam teorias econômicas que são não-rationais ou não consistentemente racionais, como as teorias de sobrevivência na organização industrial ou outras tantas teorias macroeconômicas que pressupõem que as pessoas tenham propensões como poupar, consumir, manter uma fração fixa do patrimônio em espécie, etc que não decorrem diretamente do modelo racional de comportamento humano. POSNER, Richard A. Problemas da Filosofia de Direito. WMF. Martins Fontes. 2007.

²⁴³ POSNER, Richard. A. *El Análisis económico del derecho*. Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1998. p. 11

²⁴⁴ POSNER, Richard. A. *El Análisis económico del derecho*. Mexico. Fondo de Cultura Económica. 1998. p. 31

²⁴⁵ O verbo abstrair segundo Fábio Nusdeo “deriva etimologicamente do verbo latino *ab traho*, cujo significado é tirar de, afastar de, e, portanto, separar, apartar, destacar, indicando justamente, o processo mental pelo qual certos aspectos ou elementos da realidade são artificialmente dela destacados.” NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011, p. 67

²⁴⁶ POSNER, Richard A. Problemas da Filosofia de Direito. WMF. Martins Fontes. 2007, p. 493

²⁴⁷ POSNER, Richard A. Problemas da Filosofia de Direito. WMF. Martins Fontes. 2007, p. 491.

²⁴⁸ POSNER, Richard A. Problemas da Filosofia de Direito. WMF. Martins Fontes. 2007, p. 495

²⁴⁹ POSNER, Richard A. Problemas da Filosofia de Direito. WMF. Martins Fontes. 2007, p. 497

explicação de fenômenos relacionados a contratos, responsabilidade civil e propriedade²⁵⁰

Posner, então, defende em seu trabalho inicial, que o direito comum se explicaria melhor, mas não perfeitamente, como um sistema para maximizar a riqueza da sociedade. Adverte, contudo, que o direito constitucional, em oposição ao direito comum, tem menor probabilidade de promover a eficiência, mas mesmo assim, eles estão impregnados de interesses econômicos que podem ser esclarecidos pela análise econômica²⁵¹.

Feito esse registro, nota-se que a proposta que se seguirá, como qualquer modelo, tem limites de explicação e utilização, mas isso, como se sabe, não é empecilho para a sua utilização, pois o que se verificará no presente trabalho é justamente avaliar se os primados da teoria desenvolvida por Posner servem como contribuição a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas.

Assim, a respeito da face positiva da análise econômica do Direito, Ivo Gico Teixeira Júnior assegura que é no aspecto positivo que a economia oferece sua maior contribuição do ponto de vista da epistemologia jurídica. Isso porque se a avaliação da adequação de determinada norma está intimamente ligada às suas reais consequências sobre a sociedade, a interface entre o Direito e a Economia se apresenta como uma razoável alternativa de investigação, pois (i) oferece um arcabouço teórico abrangente, superior à intuição e ao senso comum, sendo capaz de facilitar o entendimento de questões em todas as searas jurídicas, inclusive em áreas normalmente não associadas a este tipo de análise, uma vez que (ii) emprega uma metodologia segura o suficiente para o levantamento e teste de hipóteses sobre o impacto de uma determinada norma sobre o comportamento humano - preocupação empírica inexistente no paradigma jurídico atual e também (iii) porque a economia é flexível o suficiente para adaptar-se a situações fáticas específicas e incorporar contribuições de outras, o que auxilia na compreensão mais holística do mundo e para o desenvolvimento de soluções mais eficazes para problemas sociais em um mundo complexo e não-ergódico²⁵².

Assim, visto acima como a análise econômica do Direito pode ser entendida, especialmente a visão de Richard Posner, pode-se avançar em relação ao próximo tópico do trabalho, que terá por objetivo indicar as bases do seu pensamento pragmático, especialmente em relação ao caráter normativo da maximização da riqueza.

²⁵⁰ Disponível em <http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/analisepeblica.htm> Acesso em 02.01.2013

²⁵¹ POSNER, Richard. A. El Análisis económico del derecho. Mexico. Fondo de Cultura Ecoómica. 1998, p. 29

²⁵² GICO JÚNIOR. Ivo gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Economic Analysis of Law review. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

2.2. O pragmatismo de Richard Posner

Posner em seus trabalhos mais recentes acabou por se enquadrar dentre aqueles pensadores pragmáticos. Os pragmáticos, segundo o próprio autor, reconhecem a importância do pensamento idealista desenvolvido desde Platão – que levou muitas vezes o filósofo a posição de mero espectador do tempo e da eternidade²⁵³ - todavia, entende que as ideias fundacionais cederam diante dos interesses pragmáticos do comércio e do darwinismo. Partem do pressuposto de que muito mais do que a busca da verdade^{254 255}, os homens procuram, como ocorreu na evolução natural, adaptar-se com o ambiente que lhe rodeia²⁵⁶.

Segundo anotação do próprio Posner, a doutrina tende a classificá-lo como realista clássico, classificação que não foi por ele rejeitada^{257 258}. Essa linha de pensamento reuniria o naturalismo, o quietismo e o pragmatismo. Por naturalismo, pode-se entender a aceitação de que existem fatos que não se corrigem, mas que também não são atrativos sobre os seres humanos e a natureza humana. Por quietismo, entenda-se a assertiva de que se deve ficar “quieto” a respeito da teorização normativa que não respeita os limites acima, ou seja, não tem sentido teorizar a respeito daquilo que não tem repercussão na prática.

²⁵³ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p.31 seguindo a linha desenvolvida inicialmente pelo também filósofo americano John Dewey juntamente com Charles Sanders Peirce e William James.

²⁵⁴ A verdade passa a ser um conceito complicado para o pragmático, dado que o significado basilar deste conceito é a independência do observador, algo que o pragmatista tende a questionar ou até negar. POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense.

²⁵⁵ Aliás, a respeito do conceito de verdade, segundo o *Dicionário de Filosofia*, é possível distinguir ao menos cinco conceitos de verdade: 1) **Verdade como correspondência**, ou seja, “(...)verdadeiro é o discurso que diz como são as coisas; falso é aquele que diz como as coisas não são (...); 2) **Verdade como revelação**, que na forma empirista é o que “(...)se revela imediatamente ao homem, sendo portanto, sensação, intuição ou fenômeno. Já na forma metafísica é aquela que “(...)se revela em modos de conhecimento excepcionais ou privilegiados, por meio dos quais se torna evidente a essência das coisas, seu ser ou o seu princípio (Deus)” ; 3) **Verdade como conformidade com uma regra**, ou seja, aquela que mais do que enunciar um conceito de verdade material, segundo Kant, seria um critério de verdade, ou seja, “(...) o critério pode referir-se só a forma da Verdade, ou seja, do pensamento em geral e consiste na conformidade com as leis gerais necessárias do intelecto. O que contradiz essas leis é falso, porque o intelecto nesse caso contradiz suas próprias leis, portanto a si mesmo.; 4) **Verdade como coerência**, em que os idealistas defendiam que “(...)aquilo que é contraditório não pode ser real; isso leva a admitir que Verdade ou realidade é coerência perfeita; 5) **Verdade como utilidade**, um conceito pragmático defendido por Nietzsche como: “Verdadeiro em geral significa apenas o que é apropriado à conservação da humanidade. O que me faz parecer quando lhe dou fé não é verdadeiro para mim: é uma relação arbitrária e ilegítima do meu ser com as coisas externas. Segundo o autor, uma proposição, qualquer que seja o campo a que pertença, só é verdadeira pela sua efetiva utilidade, ou seja, por ser útil para estender o domínio do homem sobre a natureza ou por ser útil à solidariedade e à ordem do mundo”. Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1182-1192.

²⁵⁶ POSNER, Richard A. Para além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Martins Fontes. 2009. p. 412

²⁵⁷ Juntamente com Tucíades, Trasímaco, Górgias e outros sofistas, bem como Maquiavel, Freud, Marx, Nietzsche e Justice Holmes na visão de Brian Leiter em *Classic Realism Philosophical issues* 244 (2001) Apud POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p. 34

²⁵⁸ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p. 34

Por fim, quanto ao pragmatismo, entende-se que apenas as teorias que tem repercussão prática valem o esforço, ou seja, a compensação prática é a medida que torna relevante as questões teóricas²⁵⁹

O seu pensamento pragmático pode ser elucidado da seguinte forma:

“Pergunte a si mesmo: se você fosse um homem que quisesse se casar, faria mais sentido formular um conceito de esposa ideal e depois buscar a melhor aproximação para ele no mundo real ou, sem pré-condições, tentar conhecer várias mulheres solteiras disponíveis (em termos de idade e formação) e, por meio desse processo exploratório, descobrir que tipo de mulher com quem você seria mais feliz casado? Meu palpite é que a segunda opção, o processo pragmático de busca, seria a mais sensata atualmente, assim como, com certeza era há 30 mil anos²⁶⁰.”

Com o exemplo acima, o autor inicia o esclarecimento da defesa do pensamento pragmático que pode ser aplicado na resolução de problemas, incluídos os de natureza legal e política²⁶¹, optando pela busca de resolução de questões sociais urgentes do dia a dia e com vocabulário não técnico. Como se pode ver, os pragmatistas rejeitam as investigações conceituais abstratas, bem como o filósofo academizado²⁶².

Para Posner, a importância do pragmatismo está em desmascarar e desafiar os vestígios platônicos, tradicionalistas e teológicos de matriz iluminista²⁶³, mas sem dúvida, dá uma guinada em relação ao papel que a abordagem econômica e sua tese da maximização da riqueza devem desempenhar. Afinal, afirma, peremptoriamente, que o pragmatismo jurídico não pode se resumir à abordagem econômica, dado que esta se torna inapropriada à campos em que os valores redistributivistas gozem de unanimidade política e moral. Aliás, reconhece que há áreas do discurso nas quais a ausência de fins em comum impede a resolução racional de um problema²⁶⁴.

Entre as posturas pragmáticas possíveis na doutrina, Posner os classifica entre ortodoxos e não ortodoxos.

Os ortodoxos entendem que “o significado de um conceito reside nas consequências que decorrem da ação e quando ela acontece, bem como que a validade de uma crença reside no fato de que leva a consequências esperadas quando da ação”²⁶⁵. Segundo

²⁵⁹ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p. 34

²⁶⁰ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p. 25

²⁶¹ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p. 25

²⁶² POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p. 32

²⁶³ POSNER, Richard A. Para além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Martins Fontes. 2009, p. 417.

²⁶⁴ POSNER, Richard A. Para além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Martins Fontes. 2009, p. 427

²⁶⁵ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p. 26

Posner, esse pensamento é espécie de filosofia acadêmica sutil que tem pouco a contribuir com o direito em nível operacional²⁶⁶, pois mesmo que interessante para alguns juízes com conhecimentos filosóficos, ele não daria a estes uma concepção alternativa do seu papel para substituir o papel lógico que foi desacreditado²⁶⁷.

Por outro lado, há os pragmatistas não conformistas, dentre os quais Posner se inclui e também Dewey, Marx e Rorty. Estes “(...) não acham que as questões epistemológicas e éticas que definiriam em grande parte a tradição clássica e que muitos pragmatistas tentaram responder valem a pena ser analisadas porque eles não acham nada de importante além de uma carreira na filosofia acadêmica²⁶⁸”. Para tal linha de pensamento, nada está em jogo quando se pergunta se a ciência fornece descrições verdadeiras da realidade. Com isso, Posner se alinha ao pensamento de Kuhn, vez que concorda com este na conclusão de que não é tão relevante para o interesse humano prático se a ciência é bem sucedida porque suas teorias escreveram com exatidão o universo e sim se ela é aceitável pelo campo²⁶⁹.

O pragmático não conformista não se impressiona seja com os argumentos utilitários para o infanticídio ou eutanásia, ou mesmo a visão kantiana a respeito da mentira, bem como os argumentos católicos contra o aborto. O pragmático busca ter conhecimento a respeito das consequências dele acreditar em qualquer dessas visões e se não gostar em especial de determinada abordagem moral, ele seguirá suas intuições. Muito embora o próprio Posner tenha reconhecido que o pensamento pragmático não ortodoxo também não tenha muito a contribuir com o Direito, alguns dos seus primados poderiam auxiliar no ato de decidir, pois o pragmatismo não ortodoxo considera o conhecimento como um instrumento de adaptação e não um lampejo de eternidade. A Ciência, então, deve ser entendida como um processo de investigação e não uma passagem para o conhecimento da realidade última²⁷⁰.

Já a respeito da moralidade, Posner as considera como um conjunto de regras úteis de se aceitar e não um dever imperativo imposto por Deus ou pelo poder da razão. O pragmático retiraria do juiz a ideia de que estão engajados em uma atividade científica neutra de “casar os fatos com as leis” e poderia conscientizá-los de que os juízes exercem uma

²⁶⁶ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p.32

²⁶⁷ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p.32

²⁶⁸ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p.26

²⁶⁹ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p.30

²⁷⁰ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p.30

atividade basicamente política de formulação e aplicação de políticas públicas denominadas direito²⁷¹.

Aliás, quanto ao ponto é possível efetuar uma relação do pensamento pragmático de Posner com os recentes estudos a respeito da teoria da argumentação segundo a qual não basta à tomada de decisão o raciocínio meramente dedutivo entre norma e fato, dado que há sempre princípios que podem derrotar o discurso jurídico subjacente e isso deve conduzir o juiz à avaliação dos argumentos anteriores e das consequências posteriores a tomada de decisão, pois as decisões judiciais lidam com o mundo real em que as decisões não são tomadas no vazio e sim dentro de um contexto. Ou seja, pragmaticamente falando, as decisões devem fazer sentido no mundo real e no sistema jurídico, sem se esquecer de que estas são tomadas depois que os atos já foram praticados, daí a prudência de se levar em conta o contexto em que a decisão será tomada.²⁷²

Aqueles que estão fora da academia, ou seja, os destinatários últimos de determinada decisão acreditam no que é útil acreditar. Assim, ganha importância a avaliação das prováveis consequências do ato, antes de concordar com uma proposta²⁷³. Daí, a inegável relação entre o pragmatismo e a análise econômica do Direito. Reporta-se ao que defendeu Dewey, de que o direito precisava de uma lógica relativa às consequências, pois a filosofização dita tradicional e dogmática é hostil ao acordo e a tolerância e, portanto a democracia²⁷⁴.

Este ainda menciona que para além do pragmatismo ortodoxo e não ortodoxo, ele descreve, com apoio em Tocqueville, o pragmatismo do cotidiano como a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra “pragmático”, significando uma visão

²⁷¹ Aliás, em reflexão feita durante os estudos de pós-graduação, chegou –se a concluir que: (...) ao analisar o ato de sentenciar, o juiz essencialmente deve se orientar pela verdade como correspondência, todavia, essa correspondência deve estar em conformidade com as regras do ordenamento jurídico. Além disso, na análise das provas o juiz deve se atentar para as limitações decorrentes da verdade exposta pelos atores processuais, pois esta revelação empírica é bastante perigosa. Ou seja, ao sentenciar, muito além da correspondência com os fatos, nota-se que a preocupação do juiz deve girar em torno de raciocínio concatenado e não contraditório, preocupando-se com a aceitabilidade das suas conclusões ao julgar. Enfim, a verdade exposta na sentença, muito embora tenha como meta a correspondência com os fatos ocorridos, pode, e muito, se distanciar deles[13], sem que isso implique que a sentença seja necessariamente falsa ou mesmo inválida. Isso porque a necessária correspondência entre os fatos reais e aqueles constantes do processo não é um valor absoluto. Além disso, há também as hipóteses de perda da pretensão decorrente do direito subjetivo no caso de prescrição (direito de indenização) ou do próprio direito potestativo, no caso da decadência (direito de anular um negócio jurídico, por exemplo). MOURA, Humberto Fernandes de. Julgador não deve buscar verdade a todo custo. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-set-11/julgador-nao-perseguir-nao-buscar-verdade-todo-custo> Acesso em 05.01.2013.

²⁷² MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. São Paulo. Martins Fontes. 2006. p. 127-165.

²⁷³ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p. 33.

²⁷⁴ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p. 34.

prática, utilizada nos negócios de maneira direta e desdenhosa, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos²⁷⁵.

Posner relata a crítica de que muitos taxam o pragmatismo de política sem princípios, que visa atingir metas sem uma âncora moral²⁷⁶. Pragmático para os críticos seria: (a) aquele que não tem ideias claras, (b) que pratica atos sem adesão a princípios morais claramente definidos, motivados por considerações do “aqui e agora”, (c) oportunista que busca alcançar o máximo benefício, (d) que tem habilidade para entrar em acordo e harmonizar posições divergentes, sendo flexível capaz de adaptar a realidade a mudanças, bem como (e) é prudente e tende a evitar soluções extremistas, pois entende a política como a arte do possível²⁷⁷.

Em resposta, Posner se vale do pensamento de Elizabeth Anderson que enfatiza o fato de que os pragmatistas evitam fundamentar-se em princípios éticos demasiadamente abstratos para a experiência humana. Aliás, o pragmatismo não tenta ancorar-se em princípios éticos supostamente verdadeiros em todos os mundos possíveis ou válidos para todos os seres racionais. Reconhece, veementemente, que os princípios éticos pragmáticos são contingentes, refletindo as circunstâncias de cultura, local e história²⁷⁸. Tal pensamento se coaduna, por exemplo, com a visão de Gustav Radbruch a respeito da democracia, quando este conclui que o relativismo²⁷⁹ (e porque não aproximá-lo do pragmatismo) é o pressuposto intelectual da democracia, dado que esta não se alinha a nenhuma concepção política específica, pois está sempre disposta a viabilizar a condução do Estado por quem alcançar a maioria, ou seja, a democracia desconheceria um critério único para as visões políticas, sendo que estas não são propriamente demonstráveis ou refutáveis²⁸⁰.

Ademais, os pragmatistas alinham suas indagações éticas com investigações empíricas, avaliando as características particulares das instituições, práticas e categorias que os agentes reais constroem e com as quais se confrontam. Os pragmatistas,

²⁷⁵ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro. Forense. p.38 Até pela utilização de Tocqueville, nota-se que a espécie de pragmatismo do cotidiano leva em conta a realidade americana e o esforço do presente trabalho será avaliar se a sua eventual aplicação no Brasil, especialmente nas políticas públicas. Além disso, a relação entre o pragmatista do cotidiano e o filósofo pragmático é que o pragmatista do cotidiano usa o senso comum para resolver problemas e o filósofo pragmatista explica porque este é um procedimento sensato

²⁷⁶ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro. Forense. p.39

²⁷⁷ CRABB, Cecil V. *American Diplomacy and de pragmatic tradition* apud POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro. Forense. p.38

²⁷⁸ ANDRESON, Elisabeth. *Pragmatism, Science, and moral inquiry. In face os de Facts: Moral Inquiry American Schorlarship* apud POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro. Forense. p.40.

²⁷⁹ E porque não dizer o pragmatismo.

²⁸⁰ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo. Martins Fontes. 2010. p.02.

então, justificam suas recomendações no contexto, na busca de princípios éticos que possam ser vividos, e situados em contextos históricos e culturais particulares,²⁸¹. Tem por objetivo aproximar o meio acadêmico da ciência social e o jogo dos juizes do jogo praticado pela ciência²⁸² na busca incessante de se manter como antídoto para o formalismo²⁸³. Aliás, a respeito da diferença entre o formalismo e o pragmatismo, Posner dá a seguinte explicação:

O formalista força as práticas dos homens de negócio e das pessoas em geral a encaixarem-se nos molde dos conceitos jurídicos existentes, vistos como imutáveis, tais como o de “contrato”. O pragmatista, ao contrário, considera que os conceitos devem servir às necessidades humanas e, portanto, deseja que sempre se considere a possibilidade de ajustar as categorias do direito, para que se adaptem às práticas das outras comunidades que não a jurídica²⁸⁴

Ainda quanto às diferenças de postura, ao tratar de uma questão relacionada à interpretação, os pragmatistas questionarão qual das resoluções possíveis tem as melhores consequências²⁸⁵. Nessa análise, buscará preservar a linguagem como meio de comunicação eficaz, bem como a separação de poderes, vez que deverá acatar, em linhas gerais, as decisões do legislativo²⁸⁶.

Esse acatamento das linhas gerais das decisões do legislativo deve, contudo levar em conta os ensinamentos decorrentes da teoria da escolha pública que expôs a dificuldade de conjugação de preferências pelo método eleitoral, e ainda a teoria política dos grupos de interesse. Não há como negar, por exemplo, que o processo legislativo, invariavelmente, tem por objetivo o atendimento dos desejos redistributivos de pequenas coalisões, o que frustraria qualquer concepção plausível de interesse público. Assim, muito embora deva se prestigiar as linhas gerais traçadas pelo legislativo, o pragmatista orienta que os juizes decidam tendo em mente pelas consequências de sua decisão²⁸⁷, evitando-se, todavia, a degeneração da linguagem legislativa e o raciocínio exclusivamente dedutivo²⁸⁸. Aliás, segundo Posner:

²⁸¹ ANDRESON, Elisabeth. *Pragmatism, Science, and moral inquiry. In face os de Facts: Moral Inquiry American Schorlarship* apud POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p.40.

²⁸² POSNER, Richard A. Para além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Martins Fontes. 2009, p. 417

²⁸³ POSNER, Richard A. Para além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Martins Fontes. 2009, p. 421.

²⁸⁴ POSNER, Richard A. Para além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Martins Fontes. 2009, p. 422.

²⁸⁵ E aqui a interface com o pensamento a respeito do consequencialismo de Neil Macconmick é latente.

²⁸⁶ POSNER, Richard A. Para além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Martins Fontes. 2009, p. 423

²⁸⁷ Mais uma vez fica clara a relação da análise econômica do direito com o pragmatismo.

²⁸⁸ POSNER, Richard A. Para além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Martins Fontes. 2009, p. 423

Conforme o país se transforma, os juízes, dentro dos amplos limites estabelecidos pelos legisladores e constituintes, devem adaptar as leis a um novo ambiente social e político. Nenhum tipo de tradicionalismo os ensinará como fazer isso. O que precisam fazer é idealizar fins e desenvolver uma percepção de como as transformações sociais afetam os meios apropriados a alcançá-los. Precisam ter a sensibilidade instrumental, essencial ao pragmatismo²⁸⁹.

Posner assume que o pragmatismo não possui limites morais, todavia, não vê isso como uma crítica e sim um “passo essencial para reenfocar a teoria legal e política”²⁹⁰, pois auxilia no esclarecimento de que se trata apenas de um sonho a busca da utilização da teoria como guia e restrição da ação política. Segundo ele, se a ação política for para ser restringida, esta deverá sê-lo por fatores psicológicos, profissionais e institucionais, em vez da busca de um consenso moral e político. Dessa forma, conclui por aceitar a pluralidade irreduzível de metas e preferências dentro de uma sociedade moralmente heterogênea como a dos Estados Unidos²⁹¹.

“A falta de fundamentação não perturba a nós pragmatistas. Não questionamos se a abordagem econômica do direito funda-se adequadamente na ética de Kant, Rawls, Bentham, Mill, Hayek ou Nozick e nem se cada uma dessas éticas possui fundamentos satisfatórios, mas sim se é a melhor abordagem a ser seguida pelo atual sistema jurídico dos Estados Unidos; em vista do que sabemos sobre os mercados (e, a cada dia, aprendemos mais sobre estes a partir das transformações econômicas e políticas porque passam os países estrangeiros), bem como sobre o legislativo americano, os juízes americanos e os valores do povo americano”²⁹².

Como dito no início desta abordagem, não se buscou esmiuçar o pensamento de Posner, mas sim, estabelecer as linhas mestres do seu pensamento, justamente para que se prossiga e verifique se suas ideias podem contribuir para a formulação e avaliação de políticas públicas.

E após a análise, muito já se pode concluir, veja-se: A relação entre Direito e Economia é bastante antiga, todavia, a análise econômica do Direito é fenômeno relativamente recente, da década de 60 do século XX. Muito embora não seja um movimento necessariamente coeso, há em comum a ideia de que é possível analisar os institutos jurídicos sob o enfoque da racionalidade econômica. E, dentre os autores existentes, optou-se por

²⁸⁹ POSNER, Richard A. Para além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Martins Fontes. 2009, p. 425

²⁹⁰ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p.43.

²⁹¹ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense. p.43

²⁹² POSNER, Richard A. Para além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Martins Fontes. 2009, p. 427

aprofundar o estudo de um dos seus precursores, Richard Posner. Este parte do pressuposto da economia de que os seres humanos em condições normais são maximizadores das suas satisfações, estabelecendo, com isso, o seu conceito de maximização da riqueza seja como guia de ação social seja como parâmetro de explicação das atitudes humanas.

Posner, então, rejeita a ideia de que o Direito esteja fundado em princípios permanentes, dado que os significados das coisas seriam essencialmente sociais e contingentes, rejeitando todos os critérios fundamentais que possam pautar a normatividade do Direito, inclusive o da eficiência²⁹³, pois a repulsa a certas situações como a escravidão, a tortura, a exploração de menores, discriminações raciais terão de ser feitas a partir de outras bases que não a eficiência²⁹⁴ e é essa visão pragmática que o trabalho pretende explorar nas linhas abaixo.

Por outro lado, o autor reconhece as limitações de seu pensamento, mas deixa claro que isto é inerente aos modelos de explicação da realidade. Ao agregar a sua visão da análise econômica do direito ao pragmatismo, Posner reconhece que a maximização da riqueza deixou de ser, isoladamente, um guia de ação social, para se aliar a outros valores igualmente importantes. Isso, sem dúvida, auxilia na conclusão de que existem políticas públicas que mesmo ineficientes tem o seu custo justificado em políticas redistributivistas que contam com apoio político. Assim, nota-se que o instrumental disponibilizado pela análise econômica do direito tem muito a auxiliar o Judiciário na aferição das consequências de sua decisão e com isso pode ser um importante guia para a prudência das decisões em sede de políticas públicas. Vale registrar, contudo, que o relativismo defendido pelos pragmáticos não é incompatível com a segurança e previsibilidade que a Análise Econômica do Direito defende. Afinal, o pragmatismo apenas defende que não haveria um valor absoluto e dessa forma também não haveria apenas uma decisão judicial certa e se tal decisão foi tomada com base nos conhecimentos econômicos, a mudança do *status quo* dependerá da nova tese responder melhor as questões que a decisão anterior respondia.

Essas conclusões, certamente, poderão auxiliar na próxima fase do trabalho que é justamente a relação entre a racionalidade econômica, a visão de Posner e a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas.

²⁹³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p. 59

²⁹⁴ Posner, Richard A. *Overcoming Law*. Cambridge, Mass: Harvard University press, 1995, p. 23.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E RACIONALIDADE ECONÔMICA

Como já enfatizado, o presente trabalho se enquadra na temática relativa a prudência das decisões judiciais em relação as políticas públicas, optando pelo diálogo entre a racionalidade econômica, especialmente na visão de Richard Posner, e a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas. Ultrapassada, mesmo que rapidamente, algumas observações a respeito dos dois primeiros pontos, deve-se tratar mais especificamente do segundo ponto da dissertação a respeito das políticas públicas.

3.1. Conceito e fases das políticas públicas

O conceito de políticas públicas a ser utilizado é aquele exposto por Maria Paula Dallari Bucci, que as define como

(...)arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias formalizadas ou programas de ação governamental, visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, e resultam de processos conformados juridicamente²⁹⁵

Um registro importante feito pela autora é de que as políticas públicas não devem ser confundidas com direitos. Esclarece a autora que a Constituição não contém políticas públicas, mas direitos econômicos, sociais, culturais, etc, sendo que a sua concretização depende das políticas públicas²⁹⁶. E, a concretização de direitos constitucionais, até pelo sistema econômico dual que prevalece em países como o Brasil, depende de decisões políticas por parte do Estado que se concretizarão em políticas públicas, vez que estas devem refletir um conjunto de valores capazes de promover diversos níveis de justificação argumentativa²⁹⁷.

Para Enrique Saravia:

Nas definições dos dicionários de ciência política, encontram-se os seguintes componentes comuns: a) institucional: a política é elaborada ou decidida por autoridade formal legalmente constituída no âmbito da sua competência e é

²⁹⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. Fórum Administrativo – Direito Público – FADM, Belo Horizonte, n. 103, ano 9, set. 2009, p. 07. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=62501 Acesso em 09.10.2011.

²⁹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. Fórum Administrativo – Direito Público – FADM, Belo Horizonte, n. 103, ano 9, set. 2009, p. 07. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=62501 Acesso em 09.10.2011.

²⁹⁷ DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método, p. 83.

coletivamente vinculante; b) decisório: a política é um conjunto sequência de decisões, relativo à escolha de fins e/ou meios, de longo ou curto alcance, numa situação específica e como resposta a problemas e necessidades; c) comportamental, implica ação ou inação²⁹⁸, fazer ou não fazer nada; mas uma política é, acima de tudo, um curso de ação e não apenas uma decisão singular; d) causal: são os produtos de ações que têm efeitos no sistema político e social²⁹⁹.

Feitos os registros iniciais, deve-se verificar, na prática, como identificar uma política pública. Um ponto inicial diz respeito à regra de competência, ou seja, quais autoridades detêm a atribuição de elaborar políticas públicas? De regra, verifica-se que caberá essencialmente aos membros eleitos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo a seleção dos objetivos e instrumentos de interesse da comunidade³⁰⁰.

Segundo Enrique Saravia, para se identificar uma política pública, as autoridades acima deverão pontuar os princípios metafísicos gerais, as hipóteses, a metodologia, bem como os instrumentos específicos utilizados pela Política Pública³⁰¹, pois segundo essa forma de ver a política pública deve estabelecer padrões jurídicos de ação com vistas a alcançar objetivos de interesse social, econômico ou políticos³⁰².

Existem ainda alguns outros modelos de análise de políticas públicas³⁰³, todavia, levar-se-á em consideração mais uma vez a visão de Enrique Saravia que enfatiza mais o processo político e as fases formais, sem levar em consideração propriamente a substância da política, pois supõe, bem na linha do pragmatismo de Posner, que um processo

²⁹⁸ SECHI, Leonardo. POLÍTICAS PÚBLICAS: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. CENGAGE. 2011. Neste livro, discute-se a possibilidade ou não de uma política pública ser ou não possível em caso de omissão, sendo que a opinião do autor é de que não se pode falar em política pública em caso de omissão. Muito embora seja uma posição respeitável, discorda-se, pois se entende que a inação também reflete uma tomada de posição por parte do governo, sendo que a inação é justamente a decisão pela manutenção das regras estabelecidas pelo mercado, ou seja, em caso de inação, opta-se por fazer prevalecer a autonomia dos atuantes do campo, seja ele tradicionalmente alinhado a preocupações mercadológicas ou não, como é a proposta da análise econômica do direito.

²⁹⁹ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. Disponível em http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858&dir=ASC&order=name&limit=5&limitstart=0

³⁰⁰ DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método, p. 42. O autor deixa claro que na sua atividade funcionalmente prevista não caberia ao Judiciário a elaboração de política pública, todavia, como será visto, esta não é propriamente a realidade brasileira, dado que já se admite amplamente o controle judicial de políticas públicas, aliás, como registrado pelo próprio autor.

³⁰¹ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. Disponível em http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858&dir=ASC&order=name&limit=5&limitstart=0

³⁰² DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método, p. 44.

³⁰³ Existem os modelos de (i) resposta institucional, (ii) o centrado no processo político, (iii) aquele em que a análise se dá na relação entre grupos e como as políticas refletem os seus interesses, (iv) o que reflete a ideia de que o conteúdo das políticas está relacionado ao que busca a elite de uma sociedade, (v) a que evidencia uma análise econômica dos resultados, (vi) o incrementalismo, (vii) aquele baseado na teoria dos jogos, (viii) o da escolha racional e o de (ix) resposta sistêmica. DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método, p. 47

aberto e de debate tenderá a produzir uma melhor resposta à demanda³⁰⁴. Por essa visão, as fases do processo de construção de uma política pública são: Agenda, elaboração, formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação³⁰⁵.

A agenda pode ser considerada a inclusão de um assunto na lista de prioridades do poder público³⁰⁶. Recorrendo a Maria das Graças Rua, pode-se notar que o estado das coisas se modifica quando há uma mobilização política – ações coletivas de grupos – constituam uma situação de crise – calamidade ou catástrofe, em que o ônus de resolver e menor do que resolvê-lo – ou constitua uma situação de oportunidade – em que há vantagens antevistas por algum ator relevante.

O segundo momento diz respeito à elaboração da política. Segundo Saravia, na elaboração se identifica e delimita um problema atual ou potencial da comunidade e a determinação das possíveis alternativas, com a avaliação de custos e benefícios. Adverte o autor, todavia, que a política pública é vista como barganha, o meio ambiente como conflitivo e o processo mesmo é caracterizado pela diversidade e pelas suas limitações³⁰⁷.

Em seguida, há a fase de formulação, que inclui a seleção e especificação da alternativa considerada mais conveniente. A formulação das alternativas é um momento importante, porque é quando se colocam claramente as preferências dos atores, manifestam-se os seus interesses e é então que diversos atores entram em confronto³⁰⁸. Assevera a autora que essas preferências dependem do cálculo de custo/benefício de cada ator, e este não se restringe a custos econômicos ou financeiros, envolvendo ainda elementos simbólicos, como o prestígio, ou elementos políticos, como ambições de poder³⁰⁹.

A próxima fase diz respeito à implementação, que abrangeria o planejamento e organização do aparelho administrativo e dos recursos humanos, financeiros,

³⁰⁴ DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método, p. 45. Veja ainda que segundo a teoria dos jogos, em situações de pouco atuantes no mercado, a cooperação entre as partes leva a uma consequência mais favorável para ambos do que a conduta voltada para a maximização do autointeresse.

³⁰⁵ SARAIVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. Disponível em http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858&dir=ASC&order=name&limit=5&limitstart=0

³⁰⁶ SARAIVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. Disponível em http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858&dir=ASC&order=name&limit=5&limitstart=0

³⁰⁷ SARAIVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. Disponível em http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858&dir=ASC&order=name&limit=5&limitstart=0

³⁰⁸ RUA, Maria das Graças. Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos **In**: O Estudo da Política: Tópicos Seleccionados Ed. Brasília Paralelo 15, 1998

³⁰⁹ Fazendo um paralelo, dada a discricionariedade conferida a decisão judicial, também esses elementos podem influir na decisão judicial, especialmente no tocante a grandes políticas públicas como a construção de hidrelétricas ou acesso a medicamentos.

materiais e tecnológicos³¹⁰. Vale registrar a advertência de Maria das Graças Rua de que o processo de implementação pode ser uma continuação da formulação com idas e voltas, envolvendo flexibilização, idas e vindas, etc³¹¹.

Quanto à execução, ou seja, em relação ao conjunto de ações destinado a atingir os objetivos estabelecidos, a colocação em prática efetiva da política, devendo-se rememorar todas as providências tomadas no período.

Em seguida, tem-se a fase de acompanhamento da política pública, ou seja, nesta fase deverá ser constatado um processo sistemático de supervisão da execução de uma atividade, com vistas a introduzir eventuais correções³¹².

Enfim, deve haver a fase de avaliação, na qual deverá haver a mensuração e análise *a posteriori* dos efeitos produzidos na sociedade, especialmente em relação às realizações e consequências previstas³¹³.

Agora, deve-se propriamente iniciar o diálogo entre a racionalidade econômica defendida por Posner na atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas. Isso porque é insuficiente estabelecer apenas que a política pública analisada deve efetuar uma análise de custo e benefício, pois se deve avaliar a forma como tal análise deve ser feita e se ela leva a maximização da riqueza segundo Posner.

Com isso, inicialmente, será exposta a matriz paradigmática em que se encontra a atuação do Poder Judiciário nas Políticas Públicas, bem como algumas peculiaridades na elaboração legislativa pelo Poder Executivo e Poder Legislativo, pois para que o Poder Judiciário atue nas políticas públicas é de todo recomendável o conhecimento a respeito do processo que antecedeu a criação da política pública. Feito isso, serão analisados alguns casos em que o Poder Judiciário foi instado a se manifestar com o objetivo de ser verificar se estes avaliaram os aspectos econômicos de maneira uniforme. Por fim, como se pretende elaborar uma pequena sugestão de perguntas que podem orientar a atuação do Poder Judiciário em sede de políticas públicas, bem como uma sugestão de alteração legislativa

³¹⁰ SARAVIDA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. Disponível em http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858&dir=ASC&order=name&limit=5&limitstart=0

³¹¹ RUA, Maria das Graças. Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos **In:** O Estudo da Política: Tópicos Seleccionados ed. Brasília : Paralelo 15, 1998

³¹² SARAVIDA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. Disponível em http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858&dir=ASC&order=name&limit=5&limitstart=0

³¹³ SARAVIDA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. Disponível em http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858&dir=ASC&order=name&limit=5&limitstart=0

com vistas a oferecer singela contribuição para a resolução de problemas relacionados a judicialização de políticas públicas.

3.2. Racionalidade econômica, políticas públicas e atuação do Poder Judiciário.

Como já mencionado, a ideia do trabalho é buscar possíveis contribuições do pragmatismo e da racionalidade econômica propostas por Posner para a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas.

Inicialmente, a contribuição da racionalidade econômica pode se dar em nível macro – ao levar a reflexão a respeito da organização e administração da Justiça, mas também em nível micro ao fornecer um balizamento à decisão judicial individual, na busca de libertar o direito de sua concepção positivista rígida e formalista, a fim de ampliar a análise para além do raciocínio meramente dedutivo³¹⁴.

Para cumprir o objetivo acima delineado, relembre-se que ultrapassada a visão liberal, o Estado passou novamente a intervir ou mesmo se integrar à economia, estabelecendo o que se chamou acima de sistema dual. Com isso, todavia, mais lentamente, o Poder Judiciário, como uma das funções do Estado, inevitavelmente foi chamado a atuar sendo invariavelmente convocado a decidir a respeito da execução de política pública, ou mesmo de sua ausência em relação a determinado tema que entrou na agenda.

Aliado ao princípio liberal, anteriormente a atuação do Poder Judiciário partia de uma matriz paradigmática³¹⁵, qual seja, a sua total limitação na análise de políticas públicas. Essa limitação, por sua vez, tinha e ainda tem fundamentação variada, como o respeito à discricionariedade administrativa, déficit democrático do Poder Judiciário, reserva do possível, bem como falta de preparo técnico dos membros do Poder Judiciário^{316 317}, bem como argumentos de ordem econômico-financeira relacionados à reserva do possível³¹⁸.

³¹⁴ LINHARES, José Manuel Aroso e Rosa, Alexandre de Moraes. Diálogos com a *Law and economics*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. P. 55

³¹⁵ KUHN, Thomas. Estrutura das revoluções científicas.

³¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. Fórum Administrativo – Direito Público – FADM, Belo Horizonte, n. 103, ano 9, set. 2009, p. 07. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=62501 Acesso em 09.10.2011.

³¹⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. Fórum Administrativo – Direito Público – FADM, Belo Horizonte, n. 103, ano 9, set. 2009, p. 07. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=62501 Acesso em 09.10.2011.

³¹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. Fórum Administrativo – Direito Público – FADM, Belo Horizonte, n. 103, ano 9, set. 2009, p. 07. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=62501 Acesso em 09.10.2011.

Ocorre que essa matriz paradigmática³¹⁹ de que o controle judicial dependeria exclusivamente de uma interpretação dos interesses sociais que somente são veiculáveis pelo processo político baseado em procedimentos eleitorais³²⁰, encontra-se em estado de crise, justamente porque não é mais capaz de resolver os novos, multifacetados e complexos interesses que são levados ao Poder Judiciário.

Assim, mais do que a fundação ou a sugestão de uma nova matriz, o presente trabalho pretende clarear o paradigma já estabelecido. Afinal, desde muito o Superior Tribunal de Justiça³²¹, bem como o Supremo Tribunal Federal³²² já admitem a atuação judicial nas políticas públicas. Ou seja, o controle judicial se apresenta como uma salvaguarda institucional na linha de que o sistema de funcionalização dos poderes não constitui um fim em si mesmo, mas um modelo de relacionamento que tem por objetivo a preservação dos membros de uma sociedade perante o Estado³²³. Aliás, justamente porque a legitimidade do Poder Judiciário não decorre de sua eleição, o sistema constitucional conferiu a ele uma posição privilegiada do ponto de vista das interações funcionais³²⁴

³¹⁹ KUHLMAN, Thomas. **Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1996

³²⁰ DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método, p. 101

³²¹ (...) 1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento. 2. Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a idéia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. 3. Sobre o tema não dissente o Egrégio Supremo Tribunal Federal, consoante se colhe da recente decisão, proferida em sede de Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 175/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17.3.2010, cujos fundamentos se revelam perfeitamente aplicáveis ao caso sub examine, conforme noticiado no Informativo 579 do STF, 15 a 19 de março de 2010, STA 175 Agr/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.3.2010. 4. *Last but not least*, a alegação de que o impetrante não demonstrou a negativa de fornecimento do medicamento por parte da autoridade, reputada coatora, bem como o desrespeito ao prévio procedimento administrativo, de observância geral, não obsta o deferimento do pedido de fornecimento dos medicamentos pretendidos, por isso que o sopesamento dos valores em jogo impede que normas burocráticas sejam erigidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte de cidadão hipossuficiente. (...) 7. Ademais, o fato de o relatório e a receita médica terem emanado de médico não credenciado pelo SUS não os invalida para fins de obtenção do medicamento prescrito na rede pública, máxime porque a enfermidade do impetrante foi identificada em outros laudos e exames médicos acostados aos autos (fls.26/33), dentre eles, o exame "pesquisa qualitativa para vírus da Hepatite C (HCV)" realizado pelo Laboratório Central do Estado, vinculado à Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Paraná, o qual obteve o resultado "positivo para detecção do RNA do Vírus do HCV" (fl. 26). 8. Recurso Ordinário provido, para conceder a segurança pleiteada na inicial, prejudicado o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 261/262), em razão do julgamento do mérito recursal e respectivo provimento. (RMS 24.197/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/08/2010)

³²² STF, ADPF45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.04.2004, DJ 4.5.2004.

³²³ O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método, p. 99.

³²⁴ DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método. p. 144.

Essa atuação do Poder Judiciário é denominada ativismo judicial por muitos. Esse termo, contudo, carece de uma interpretação uniforme, todavia, para os fins do presente trabalho, o termo será considerado para identificar a atuação do Poder Judiciário que avalia, complementa ou corrige uma determinada política pública estabelecida pelo Poder Executivo ou Legislativo, baseado na interpretação decorrente da Constituição.

O que se nota é que o fundamento pragmático da tese de que o poder discricionário conferido ao Poder Executivo, diante da impossibilidade de regulação específica pelo Poder Legislativo de todas as situações que demandam atuação estatal, não leva mais a uma suposta imunidade em relação ao controle do Poder Judiciário. Aliás, adotada a regra do *rule of Law* anglo saxã, que pressupõe direitos que existem independentemente da existência do Estado, a atuação do Poder Judiciário entende-se menos chocante³²⁵.

Reconhece-se assim, como realidade dada, que o controle judicial pode atuar como um prolongamento do processo de discussão constitucional, com vistas a possibilitar a correção e aperfeiçoamento de qualquer falha ou incorreção que tenha ocorrido na política pública³²⁶, trazendo para o âmbito judicial atores diretamente afetados que, muitas vezes, não são consultados a respeito de temas que lhe são bastante caros.

Até pelo pragmatismo eleito como marco teórico, não se questionará a possibilidade de atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas, ou seja, trata-se de realidade dada. Aliás, muitas vezes a sua atuação significou a adoção de posturas avançadas, servindo até como molas propulsoras de mudanças sociais. A ideia é apenas verificar como esta linha de pensamento e o instrumental oferecido pela racionalidade econômica propostas por Posner podem auxiliar na forma como o Poder Judiciário deverá atuar^{327 328}.

Na doutrina brasileira é variada a argumentação que limita ou mesmo instrui a atuação do Poder Judiciário, sendo como limitar a atuação do Poder Judiciário exatamente ao necessário para a proteção dos direitos fundamentais³²⁹, conceito esse que

³²⁵ DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método, p. 103.

³²⁶ DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método, p. 157

³²⁷ DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método, p. 135.

³²⁸ Vale registrar, aliás, que a preocupação da economia quanto ao ativismo está mais para a clareza e uniformidade em que seguida regra definida pelo Poder Judiciário do que propriamente se decisão está ou não dentro da moldura normativa. Ivo T. Gico Jr.. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. Brasília: Universidade de Brasília - UnB, 2012. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/53

³²⁹ DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método, p. 104.

carece de certa imprecisão terminológica³³⁰, refletindo em certa insegurança no estabelecimento de parâmetros de controle.

Um dos problemas do ativismo está na lógica credor-devedor, própria do sistema liberal, que orienta as decisões judiciais a respeito do assunto³³¹. Com isso, um ativismo, dito “despreparado”, acaba por ordenar, por exemplo, a disponibilização de medicamentos e ou tratamentos, sem levar em conta a política pública já estabelecida, ou seja, sem levar em conta o cenário global do problema³³².

Assim, Virgílio Afonso da Silva sugere que o Judiciário faça uma análise global da situação quando avalia determinada política pública ou a sua ausência e essa proposta, que pode ser facilitada pelo pragmatismo e a racionalidade econômica do marco teórico eleito³³³.

Diante disso, a hipótese do presente trabalho é: Pragmaticamente falando, o Poder Judiciário atua efetivamente nas políticas públicas, mas a sua atuação deve levar em conta o contexto cultural e histórico em torno do tema sob o qual se decidirá, ou seja, deve levar em conta a política pública eventualmente já existente bem como as consequências das suas decisões. Ainda com Posner, a racionalidade econômica pode contribuir na prudência com que o Poder Judiciário deve exercer a sua função.

Assim, a análise proposta sugere a ponderação entre custos e benefícios dos cenários possíveis e com isso verificar qual, em princípio, seria a decisão mais eficiente a ser tomada no caso concreto e verificar se é o caso ou não de adotá-la tendo, em vistas os outros valores igualmente importantes em jogo. Ou seja, toda decisão em torno de políticas públicas deveria ter como uma de suas premissas aquela decisão que fosse, sob o aspecto econômico, a mais eficiente, mesmo que não seja ela a ser tomada tendo em vista outros valores considerados³³⁴.

³³⁰ DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método, p. 108.

³³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. in: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 587-599

³³² SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. in: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 587-599

³³³ Outras propostas existem, como por exemplo a do Professor Jean Carlos Dias (O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método, p. 104) que busca limitar a atuação do Poder Judiciário a implementação da posição original de John Rawls, rejeitando, expressamente a eficiência como critério de validação de políticas em países marcados pela miséria, como é o caso do Brasil (p. 162), todavia, o marco teórico eleito, até para colaborar com outras visões a respeito do assunto, tem pensamento diverso. Isso não impede, contudo, que muitas das idéias do professor Jean permeiem o presente trabalho.

³³⁴ SEN, Amartya. Sobre ética e economia. São Paulo. Companhia das Letras. 2012. 8ª Reimpressão.

A proposta desenhada, reconheça-se, poderá enfrentar resistências inerentes àqueles que adotam uma visão pragmática. Certamente encontrará tensões com a visão de que os direitos fundamentais são universais, algo contrário à ótica da contingência típica do pensamento pragmática, todavia, em um mundo caracterizado pela integração econômica internacional, cada vez mais regulamentado e dependente de contratos³³⁵.

Feito esse breve resumo inicial, passar-se-á a indicar algumas outras orientações decorrentes do estudo acima estabelecido e, em seguida, serão avaliadas algumas políticas públicas que foram levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

Inicialmente, pode-se indicar que a visão pragmática, aliada a racionalidade econômica vista acima, confirmam a assertiva de Posner de que as funções atribuídas aos juízes são de duas ordens: “interpretar as negociações de grupos de interesses incorporadas à legislação e oferecer o serviço público básico de solução legítima de litígios³³⁶”.

Em relação ao primeiro aspecto, a análise econômica do Direito auxilia no reconhecimento de que as relações político-sociais podem levar a certa conformação de políticas públicas que se afastam do interesse comum. Pode levar a conclusão de que os objetivos buscam apenas a proteção das elites, de minorias organizadas, de interesses econômicos de grupos influentes, sem qualquer ganho social e com agressão aos direitos fundamentais dos cidadãos³³⁷.

Assim, um juiz pragmático deve identificar os grupos de interesse envolvidos e deverá decidir sopesando as consequências de sua decisão, sem, contudo, degenerar a linguagem emanada do Poder Legislativo. Deve-se verificar se sua decisão maximiza a riqueza social, sopesando os custos e benefícios, prejudicados e beneficiários, bem como os objetivos em torno de sua decisão. Com isso, mesmo que a sua decisão não seja economicamente eficiente, que ela se utilize da racionalidade econômica para clarear as opções feitas ou mesmo justificar a ineficiência proposital da decisão.

Além disso, a proposta pragmática aqui desenvolvida deve levar em conta a visão dos próprios juízes a respeito da sua forma de decidir. Afinal, qualquer orientação pragmática deve levar em conta o público para a qual será feita.

³³⁵ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado:cooperação ou confronto. In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. P. 20

³³⁶ POSNER, Richard. A. **Problemas de Filosofia do Direito**. WMF Martins Fontes. 2007. P. 477

³³⁷ DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método, p. 47

Em artigo repleto de dados e pesquisas a respeito do papel do Poder Judiciário, Armando Castelar registra uma interessante pergunta feita aos magistrados, qual seja: “Quando se aplica a lei, há frequentemente uma tensão entre contratos que precisam ser respeitados, e os interesses de grupos sociais menos privilegiados. Considerando o conflito que ocorre nesses casos entre esses dois objetivos, duas posições opostas tem sido defendidas: a) Os contratos devem ser sempre respeitados independentemente de suas repercussões sociais, e b) O juiz tem um papel social a cumprir e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos. Com qual das duas posições o senhor concorda mais?”³³⁸

A resposta foi a seguinte: 73,1% dos magistrados apontaram para a posição B, contra 19,7% que apontaram para a posição A³³⁹. Tais respostas, segundo o autor, destoam da visão dos economistas, bem como de outros segmentos da sociedade³⁴⁰. Segundo apurado pelo mesmo estudo, a morosidade do Judiciário não está necessariamente relacionada à busca pela Justiça, servindo muitas vezes para que partes mal intencionadas adiem o cumprimento da decisão³⁴¹.

O sinal acima identificado pode, com alguma parcimônia do leitor, ser utilizada como um breve indicativo para o presente trabalho, no sentido de que entre a manutenção da política pública estabelecida e a realização da justiça social, muito provavelmente os juízes responderiam de forma semelhante, optando pela justiça social segundo a sua ótica.

Tendo em vista o dado coletado, uma recomendação que decorre do presente trabalho é de que os juízes devem entender melhor a repercussão econômica de suas decisões. Afinal, quando os juízes buscam a justiça social mandam sinais ao mercado, afetando expectativas e comportamentos dos agentes econômicos em geral, no Brasil e Exterior. Assim, a busca da justiça para um determinado caso concreto pode, em um segundo

³³⁸ PINHEIRO, A. C e CABRAL, C. Judiciário, Reforma e Economia: A visão dos magistrados. IDESP: 2002 apud PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado:cooperação ou confronto. In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p.39.

³³⁹ PINHEIRO, A. C e CABRAL, C. Judiciário, Reforma e Economia: A visão dos magistrados. IDESP: 2002 apud PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado:cooperação ou confronto. In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p.39

³⁴⁰ LAMONIEUR, Bolívar e SOUZA, Amaury. As elites brasileiras e o desenvolvimento nacional: Fatores de consenso e dissenso. Idesp, 2002 apud PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto. In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p.46

³⁴¹ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado:cooperação ou confronto. In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p.25.

momento, não levar ao objetivo pretendido, pois os agentes econômicos adaptam-se a forma de decidir, repassando os custos da decisão para a coletividade³⁴².

Com isso, o privilégio concedido ao trabalhador pode incentivar negativamente a redução do nível de emprego, o favorecimento desarrazoado do inquilino pode diminuir a quantidade de imóveis disponíveis e a proteção dos pequenos credores é uma sinalização para o aumento do spread bancário³⁴³. Por outro lado, partir, por exemplo, de um modelo assistencialista para promover a distribuição da riqueza não pode deixar de lado uma questão preliminar, qual seja, o estímulo à criação da própria riqueza, vez que dificultar a apropriação do valor por quem o produza tende a reduzir o bem-estar geral³⁴⁴.

A indicação acima, por outro lado, não se trata de empecilho completo a atuação do Poder Judiciário, pois também é igualmente importante para a economia que este atue de maneira independente. O que se sugere é que a intervenção também leve em conta as repercussões econômicas da sua decisão. Assim, a atuação do Poder judiciário deve ser a baixo custo, rápida, justa e previsível em termos de conteúdo e prazo.

Ademais, incluir a racionalidade econômica na argumentação jurídica também exigirá uma modificação da atuação dos próprios litigantes em juízo. Ou seja, deve-se preencher de conteúdo argumentações genéricas como a presunção de solvência do Estado ou mesmo a alegação da reserva do possível indicada pelos réus.

Abrir espaço para a argumentação pragmática e de caráter econômico, especialmente, na visão de Richard Posner, sugere a necessidade de que o Poder Judiciário cabe vez mais lide como um mediador de conflitos— muitas vezes entre órgãos do próprio governo. Isso porque como se viu acima, na realização de negócios voluntários, as partes envolvidas tendem a satisfazer melhor as suas expectativas, desde que mantidas as condições de negociação. Ou seja, decisões judiciais que chancelam os acordos levam mais facilmente à maximização da riqueza e pelo critério Kaldor-Hicks de eficiência, os prejuízos de terceiros não podem superar os benefícios das partes envolvidas. Com isso, a busca de consenso,

³⁴² “(...) mesmo políticas públicas redistributivas devem ser eficientes e responsáveis. Não podemos criar um fetiche com a redistribuição como tem acontecido com inúmeros juízes, promotores, legisladores e agentes públicos Brasil a fora. O simples fato de uma medida redistribuir riqueza não é suficiente para caracterizá-la como moralmente boa ou ruim em si, muito menos como socialmente desejável. É necessário identificar e ponderar suas consequências para o agente afetado e para os demais grupos afetados. Lembrem-se, pessoas respondem a incentivos e mudarão seu comportamento se as regras mudarem. Nesse contexto, a AED pode contribuir para o julgamento informado”. GICO JÚNIOR. Ivo gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010.

³⁴³ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto. In. *Direito e Economia*. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. p.40.

³⁴⁴ SZTAJN, Rachel ZYLBERSZTAJN, Décio et all. *Direito e Economia. Análise econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro. Campus Elsevier. 4 reimpressão. p. 82.

quando envolve políticas públicas, deve admitir a presença de terceiros interessados que possam também trazer a sua contribuição para o debate.

Com isso, pode-se avaliar se o gestor público, ou mesmo a posição do autor, do réu e da decisão judicial optaram por uma escolha racional maximizadora da riqueza^{345 346} ou se optaram por uma escolha ineficiente, mas de custo justificado.

3.2.1. O papel da Suspensão de liminar ou de sentença na avaliação dos impactos econômicos de decisões judiciais em torno de políticas públicas

Visto a questão na esfera teórica, como o presente trabalho tem em conta avaliar as contribuições da racionalidade econômica para a realização de políticas públicas, optou-se por verificar algumas questões recentes relacionadas à atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas, sendo que os casos escolhidos tem em comum o fato de que em todos a argumentação econômica foi aventada.

Inicialmente, deve-se reconhecer que já há bastante tempo o Estado dispõe de instrumento jurídico capaz de levar a consideração do Poder Judiciário argumentação prioritariamente de ordem econômica. É o caso da suspensão de liminar ou de sentença previstas no art. 4º da Lei 8.437/1992 e artigo 15 da Lei 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança):

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para **evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.**

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

O Poder Judiciário, ao analisar pedidos de suspensão de liminares ajuizados com base nas referidas leis, já tem o posicionamento sedimentado de que eles não

³⁴⁵ POSNER, Richard. A. *El Análisis económico del derecho*. México. Fondo de Cultura Económica. p. 153.

³⁴⁶ POSNER, Richard A. *Problemas da Filosofia de Direito*. WMF. Martins Fontes. 2007. p. 490

admitem profundas incursões sobre o mérito da demanda³⁴⁷ prevalecendo o aspecto econômico em torno da paralisação de determinado empreendimento ou decisão tomada em determinada política pública.

Veja que o instituto da suspensão de liminar e segurança visto sob o enfoque da racionalidade econômica é perfeitamente admissível e até recomendável, pois (a) admite uma decisão rápida a respeito de tema importante para a condução de políticas públicas a cargo do Governo; (b) tal decisão ainda gera segurança para o empreendimento, tendo em vista que, de regra, prevalece até o trânsito em julgado da decisão no processo principal³⁴⁸.

Por outro lado, não se desconhece a crítica doutrinária de que seria um instrumento autoritário, antidemocrático³⁴⁹. Aliás, essa é uma crítica constante em relação às propostas feitas para conferir maior racionalidade às decisões do Poder Judiciário, como ocorreu em relação à Súmula Vinculante³⁵⁰, a repercussão geral no Supremo Tribunal Federal e o procedimento de recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça. Para certa parte da Doutrina Brasileira, aplicar a racionalidade econômica ao exercício do poder jurisdicional

³⁴⁷ 1. TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviço - ICMS. Decreto paulista nº 54.177/2009. Energia elétrica. Novos substitutos tributários. Distribuidoras. Liminar que restabelece os comercializadores de energia como substitutos. Dupla sistemática de tributação. Inadmissibilidade. Risco de grave lesão à ordem pública. Suspensão de segurança deferida. Agravo regimental improvido. O estabelecimento de dois regimes simultâneos de tributação provoca risco de grave lesão à ordem pública. 2. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. Exame pleno da causa. Inadmissibilidade. ICMS. Decreto paulista nº 54.177/2009. Substituição tributária. Constitucionalidade da questão. Alta complexidade. ADI nº 4.281. **Impossibilidade de aprofundado exame de mérito no incidente de suspensão. Precedentes. Agravo regimental improvido. O incidente de suspensão não permite plena cognição da causa.** (SS 4177 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2011, DJe-047 DIVULG 11-03-2011 PUBLIC 14-03-2011 EMENT VOL-02480-01 PP-00112)

³⁴⁸ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA 626: A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.

³⁴⁹ ALMEIDA, José Domingos de. Da inconstitucionalidade da suspensão de liminar ou de segurança pelo Presidente do Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.shopjuridico.com.br/index.php/artigo/ver/9>. Acesso ao 27.01.2013.

³⁵⁰ “Dois meses depois de o Congresso Nacional ter promulgado a reforma do Judiciário, o deputado **José Eduardo Cardozo** (PT-SP) apresentou proposta de emenda à Constituição (PEC nº 359/05) para substituir a súmula vinculante - instrumento que obriga as demais instâncias da Justiça a adotar as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF). Na avaliação do deputado, a súmula vinculante é autoritária e pouco democrática, além de dar super poderes ao STF, na medida em que atribui aos juizes, que não foram eleitos pelo povo e ocupam cargos vitalícios, o poder de fixar normas que devem ser seguidas sem contestação. "Isso coloca o Supremo em patamar acima do Poder Legislativo, descaracterizando o processo democrático", diz Cardozo. Na proposta, o deputado substitui a súmula vinculante pela súmula impeditiva de recursos, que ele considera mais avançada. Pela súmula impeditiva, o STF poderá, após sentenças reiteradas sobre um determinado assunto, aprovar uma súmula que impeça a apresentação de recursos em instâncias inferiores contra a mesma decisão. Porém, o instrumento não tira a liberdade do juiz para decidir contrariamente à súmula.” Disponível em http://www.joseeduardocardozo.com.br/entrevistas_integra.asp?cd_entrevista=7 Acesso em 27.01.2013.

seria um acinte, algo totalmente contrário a Constituição, mas que por outro lado, pode gerar um verdadeiro anarquismo judicial³⁵¹.

Todavia, vista a questão sob o olhar pragmático, especialmente, quanto ao ponto de que mais do que a decisão perfeita, deve-se buscar a decisão viável, os procedimentos racionalizantes são totalmente admissíveis e recomendáveis, sem que isso implique necessariamente uma redução do “nível de justiça” da decisão tomada. Afinal, como visto acima, a eficiência pode ser tomada como uma das faces da justiça, podendo, todavia, ser deixada de lado caso haja justificativa bastante para tanto.

3.3. Da análise do conteúdo econômico das decisões judiciais a respeito de quatro políticas públicas

Serão quatro os casos que terão o conteúdo de suas decisões analisados: O reconhecimento do direito à creche e pré-escola, o reconhecimento da legalidade da união homoafetiva, o licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e a produção de medicamentos genéricos.

A análise de conteúdo volta-se para o tratamento e averiguação de informações que compõem um documento, especialmente o discurso, com o objetivo de compreender de maneira crítica o sentido manifesto ou oculto das comunicações³⁵². No caso específico do presente trabalho, será avaliado se o conteúdo das decisões, pois estas são indicadores significativos para avaliar o papel que a argumentação de característica econômica desempenhou na decisão em relação às políticas públicas judicializadas.

Para tanto, o trabalho seguirá a seguinte lógica: Antes propriamente de analisar o conteúdo das decisões, será indicada a pertinência temática, bem como a relevância das decisões escolhidas. Em seguida, em cada tópico, será exposta, resumidamente, (a) a decisão tomada, (b) se e como a argumentação econômica foi utilizada; (c) uma reflexão

³⁵¹GICO JÚNIOR, Ivo T.A **Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. Brasília: Universidade de Brasília - UnB, 2012. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/53

³⁵²SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. São Paulo. Cortez Editora. 23ª edição revista e atualizada. 8ª reimpressão. p.121. Segundo o autor: “ela descreve, analisa e interpreta as mensagens e enunciados de todas as formas de discurso, procurando ver o que está por detrás das palavras.

crítica a respeito da decisão, tomando por base a racionalidade econômica eleita como marco teórico para a presente dissertação³⁵³.

Nota-se que duas das decisões analisadas são do Supremo Tribunal Federal (direito a medicamentos e reconhecimento da união homoafetiva), uma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (licenciamento ambiental de Belo Monte) e a última foi proferida em última instância pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, a pertinência da escolha das referidas decisões está em que elas abrangem as quatro instâncias decisórias no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro, o que significa que a atuação do Poder Judiciário em políticas públicas é algo comum a qualquer esfera decisória dentro do Poder Judiciário.

Por outro lado, a relevância das decisões escolhidas está no inegável impacto que tais decisões tiveram no âmbito jurídico ao reconhecer o direito constitucional à creche, bem como da possibilidade de união homoafetiva, além das decisões que mantiveram o licenciamento ambiental de Belo Monte e da política nacional de produção de medicamentos genéricos. Ademais, para os objetivos do presente trabalho, todas essas decisões lidaram, direta ou indiretamente, com argumentação econômica e sua análise pode servir como subsídio para a conclusão a respeito do papel que a argumentação econômica vem desenvolvendo nas discussões a respeito das políticas públicas, bem como se há espaço para que tal tipo de argumentação contribua para a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas.

3.3.1. Do reconhecimento do direito à creche.

A educação infantil até 1988 era atribuída à área de assistência social e apenas com a Constituição de 1988 passou a ser de responsabilidade prioritária dos Municípios³⁵⁴.

O STF entendeu que quanto ao direito à creche³⁵⁵ para as crianças abaixo de 06 anos³⁵⁶, o direito era indisponível e impunha ao Estado a necessidade de seu atendimento, excluindo qualquer avaliação discricionária por parte do Poder Executivo.

³⁵³ Tal metodologia foi inspirada na leitura do texto. FILHO, Roberto Freitas. LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3634.pdf> Acesso em 14.05.2013 às 19:12.

³⁵⁴ Art. 211. (...) § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

³⁵⁵ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Ao se analisar a decisão, nota-se que não há qualquer avaliação direta quanto a viabilidade econômica da decisão, nem mesmo a faculdade ao Poder Público quanto à realização de programação para atendimento do referido direito. Aliás, a respeito do argumento da reserva do possível o Ministro foi enfático ao decidir que:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004). Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Aliás, estudo do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA, contemporâneos a decisão do STF, já apontavam a dificuldade dos municípios em atender a demanda da educação infantil, especialmente a creche:

Existem evidências suficientes de que um dos investimentos educacionais que mais trazem retornos sociais e financeiros é o destinado às crianças de até seis anos de idade. No Brasil, ainda são insuficientes os níveis de atendimento a essa faixa etária. Por outro lado, como a oferta da educação infantil é atribuição constitucional dos municípios, e grande parte deles tem deficiências técnicas e financeiras para assumir esse papel, torna-se imprescindível o apoio

³⁵⁶ (...)A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-Administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (STF, RE 436996/SP, Tribunal Pleno. Relator, Min. Celso de Mello, decisão em 26.10.2005)

efetivo do governo federal, conforme preceitua o regime de colaboração. No entanto, as ações do MEC em educação infantil têm sido tímidas e o apoio financeiro quase insignificante³⁵⁷³⁵⁸.

Assim, a decisão padece justamente da dificuldade apontada pelo pragmatismo, ou seja, na busca da “justiça ideal”, aplicando-se o raciocínio meramente dedutivo e se olvida as contingências culturais e históricas e especialmente as consequências financeiras típicas do federalismo brasileiro. Aliás, a dificuldade de cumprimento da orientação acima, tomada em determinado caso concreto, renova-se e culminou com o reconhecimento em maio de 2012 da repercussão geral do Agravo de Instrumento n.º 761.908, que trata de um recurso interposto pelo município de Criciúma (SC), em que discute justamente se a Constituição Federal de 1988 garante ou não acesso obrigatório de crianças a estabelecimentos de educação infantil.

Com isso, sem adentrar no mérito inegável da decisão, pode-se concluir que os argumentos econômicos foram desconsiderados, prevalecendo o argumento dedutivo baseado na Constituição.

Avaliando a situação sob o enfoque da racionalidade econômica, nota-se que o direito em discussão tem caráter redistributivo, o que não afasta a possibilidade de utilização da análise econômica aqui proposta. Assim, mais do que a imposição da decisão, seria mais eficiente se o Poder Judiciário tivesse agido como agente intermediador, na busca do consenso entre as partes, ampliando o debate com outros Municípios, Estados e o próprio Governo Federal.

Aliás, a intermediação proposta seria um incentivo econômico a que a decisão conhecesse o aspecto global do problema e se tornasse modelo a ser seguido em outras situações semelhantes. Agindo de tal forma, o Judiciário teria maiores subsídios para estabelecer, com clareza, a regra a ser seguida, criando capital jurídico e reduzindo o anarquismo judicial de que fala Ivo Gico em trabalho já citado.

Além disso, intermediando a cooperação entre as partes o que poderia gerar uma redução da litigiosidade em torno da questão, pois ordenar pura e simplesmente porque isso decorre de uma interpretação da Constituição pode não ser o caminho para tornar viável um direito assegurado, segundo a visão pragmática exposto no presente trabalho.

³⁵⁷ IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise. Edição especial. Disponível em http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_13/Educacao.pdf

³⁵⁸ Em 2005, apenas 13,3% desta faixa etária freqüentavam creches. No período 1995-2005, o atendimento de crianças em creche cresceu apenas 5,7 pontos percentuais, ou seja, ritmo insuficiente para garantir o alcance da meta estabelecida no Plano Nacional de Educação (PNE), de terem matriculadas 50% das crianças de zero a três anos, em 2011. Disponível em http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_13/Educacao.pdf

3.3.2. Do reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva

Outra questão levada ao Poder Judiciário diz respeito ao reconhecimento da constitucionalidade união homoafetiva³⁵⁹, situação que até então não tinha sido regulada pelo Poder Executivo.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN n.º 4277 foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República, enquanto a Ação de Descumprimento de preceito fundamental – ADPF n.º 132 foi ajuizada pelo Governador do Rio de Janeiro. Esta última ação, todavia, foi convertida em Ação Direta de Inconstitucionalidade, pois havia pedido subsidiário nesse sentido. Além disso, a legislação originariamente impugnada, qual seja, os artigos 19, II e V, e 33 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da aludida unidade federativa previstos no Decreto-lei 220/75 foram revogados pela Lei 5.034/2007, art. 1º, a qual conferira aos companheiros homoafetivos o reconhecimento jurídico de sua união. Rejeitaram-se, ainda, as preliminares suscitadas.

Enfim, as referidas ações contestavam a interpretação restritiva que prevalecia na interpretação do artigo 1723 do Código Civil, que restringiria de maneira discriminatória, a união estável à relação heteroafetiva.

No julgamento, prevaleceu o voto do Ministro Carlos Ayres Brito que conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC excluindo qualquer significado que leve a impedir o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônima de família.

Inegavelmente, o Supremo Tribunal Federal levou em conta o atual contexto cultural para tomar a decisão, todavia, alegadamente manteve, como recomenda o pragmatismo, a linguagem utilizada pelo Poder Constituinte.

Quanto à argumentação, deve-se reconhecer que por muito tempo o impacto econômico para a previdência e receita federal foi considerado uma externalidade que limitava a decisão.

Sem dúvida alguma, o reconhecimento das relações homoafetivas como espécie de entidade familiar reflete uma decisão política do Poder Judiciário, decisão política essa que tem inegáveis reflexos econômicos. Afinal, antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, constata-se um silêncio normativo a respeito da questão, sendo que pelo que se verificou em

³⁵⁹ Optou-se por falar mais detidamente dessa decisão, vez que ela foi objeto de análise na disciplina Finanças Públicas ministrada pelo Professor Arnaldo Godoy no Centro Universitário de Brasília – Uniceub e também foi apresentado no grupo Direito e Economia do CONPEDI realizado no segundo semestre de 2011.

momento anterior, também a omissão do Poder legislativo e Executivo a respeito do tema pode ser enquadrada como uma política pública³⁶⁰.

Ao analisar o contexto em que a decisão foi proferida, pode-se vislumbrar que o STF pode ter levado em conta o contexto econômico em que decidida a questão, com uma oculta avaliação consequencialista da decisão.

Isso porque quanto ao impacto previdenciário, desde muito já existia a regulamentação interna admitindo tal hipótese por força de decisão judicial. Além disso, a Receita Federal, pouco antes da decisão do STF³⁶¹ reconheceu no âmbito administrativo o direito de um companheiro ou companheira indicar seu parceiro do mesmo sexo como dependente para fins de imposto de renda. Ou seja, as alegadas externalidades outrora impostas ao reconhecimento já tinham sido superadas pelo próprio Poder Executivo.

Ademais, a respeito do impacto econômico da decisão, este já foi objeto de análise mais detida pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA, na pessoa do pesquisador Marcelo Caetano que concluiu:

Desde 2000, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) reconhece o direito na relação homoafetiva e concede benefícios previdenciários aos casais. Marcelo Caetano, especialista em previdência e pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), faz os cálculos cruzando as informações do instituidor da pensão com o do beneficiário companheiro do mesmo sexo. Segundo ele, a Instrução Normativa no 25 publicada pelo órgão, de junho daquele ano, chegou a alterar a tendência na concessão de pensões por morte do companheiro/a. "Mas seu efeito tem sido marginal", ressalta. Pelas suas estimativas, a taxa de crescimento anual dos benefícios cresceu 0,003%, passando de 2,565% para 2,568%. Caetano ainda estima que, após quase 11 anos de vigência da instrução, haja hoje em torno de 1.700 beneficiários de pensão por morte de cônjuge do mesmo sexo a um custo de aproximadamente R\$ 15 milhões ao ano. Para ter uma ideia do que esse volume significa, em 2010, a Previdência pagou em pensões por morte de uma forma geral em torno de R\$ 54 bilhões.

Mas o pesquisador faz a ressalva de que as estimativas podem ser radicalmente modificadas, caso se saiba em algum momento os dados reais da DataPrev (banco de dados da Previdência). "Mas, com os dados que temos, elas são bem razoáveis", afirma. O INSS ainda não classifica separadamente

³⁶⁰ SECHI, Leonardo. POLÍTICAS PÚBLICAS: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. CENGAGE. 2011. Até porque após a decisão ainda houve alguma movimentação do Congresso quanto á suspensão da referida medida, mas isso não foi levado adiante, como que uma manifestação de anuência tácita por parte do Poder Legislativo.

³⁶¹(...). 1. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) analisou situação apresentada pelo Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), relativa a requerimento administrativo objetivando a inclusão cadastral de companheira homoafetiva como dependente, para fins do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física. Da análise, por intermédio do Parecer PGFN/CAT/Nº 1503/2010, de 19 de julho de 2010, a PGFN opinou pela juridicidade da inclusão de companheira homoafetiva como dependente para efeito de dedução do Imposto sobre a Renda, desde que preenchidos os demais requisitos exigíveis à comprovação da união estável disciplinada pela legislação. IN. http://www.receita.fazenda.gov.br/automaticoSRFSinot/2010/08/02/2010_08_02_13_02_22_876601216.html

as pensões por orientação sexual e, procurado pela reportagem, não quis se pronunciar.³⁶²

Veja, então, que o impacto econômico da decisão apresentou-se reduzido diante do cenário negativo que se apresentara antes ou logo após a decisão. Com isso, com a análise econômica acima desenvolvida ficou ainda mais claro, como propõe a análise econômica do Direito, que o reconhecimento da união homoafetiva se apresenta como um direito com custo justificado.

Aliás, a análise econômica feita acima está aquém daquela proposta por Posner, que inclui também os aspectos não monetários, vez que estes também devem considerados, quais sejam:

Aliás, deve-se registrar que o reconhecimento formal da relação homoafetiva pode implicar em certa redução de custos para o Estado. Isso porque em áreas ainda refratárias a esse reconhecimento, o recurso ao Poder Judiciário era inevitável, o que exigiria a movimentação da burocrática máquina do Poder Judiciário para ter o direito reconhecido.

Com a decisão do STF e supridas eventuais lacunas pelo Legislativo³⁶³, os homossexuais não mais necessitarão recorrer a essa via. Isso, sem dúvida alguma, implicará em redução de gastos com o Poder Judiciário.

Tendo por referência o estudo feito pelo Instituto de Pesquisas Aplicadas – IPEA, com base no custo de um processo de execução fiscal, que normalmente não demanda a realização de audiência, a redução de demandas implicaria na redução do valor aproximado de R\$ 4.300,00 (quatro mil e trezentos reais)³⁶⁴ por processo, e isso não pode ser desconsiderado.

Assim, todo um mercado voltado para o público de orientação homossexual poderá ganhar um inegável incremento. A decisão do STF, sem dúvida alguma, é um incentivo positivo para os mercados orientados para o público homossexual, pois o perfil desse público é considerado mais consumista que o público heterossexual³⁶⁵

Assim, segundo a proposta do presente trabalho, um estudo econômico mais aprofundado poderia ter deixado ainda mais claro que o reconhecimento da união homoafetiva geraria uma maximização da riqueza, dado que reconheceu um direito que os beneficiários seriam capazes de pagar um alto valor, sem necessariamente prejudicar a terceiros, exceto sob o aspecto religioso.

³⁶² Disponível em <http://www.anapar.com.br/noticias.php?id=18205>. Acesso em 02.10.2011

³⁶³ Isso porque o STF apenas emprestou ao caso interpretação conforme a constituição para impedir qualquer interpretação que impeça o reconhecimento de pessoas com mesmo sexo como entidade familiar, mas algumas discussões podem exigir a intervenção do Poder Legislativo na hipótese.

³⁶⁴ O custo médio de um processo de execução fiscal é de R\$ 4.368, e incluindo os recursos e embargos, pode chegar a R\$ 4.685,39, segundo o estudo. In. http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=7872:execucao-fiscal-demora-em-media-8-anos&catid=4:presidencia&Itemid=2

³⁶⁵ MOURA, Humberto Fernandes de. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-mai-14/reconhecimento-uniao-homoafetiva-reduzir-custos-estado2>

Todavia, ainda é possível enfrentar uma das externalidades negativas relacionadas ao reconhecimento da união homoafetiva, qual seja, a de que os pares homossexuais não poderiam procriar por sim mesmos e essa entidade familiar não favoreceria o crescimento demográfico. Essa circunstância geraria implicações negativas como ocorre, exemplificadamente, em países europeus com taxas de natalidade negativas³⁶⁶, ainda mais que a tendência atual do Brasil é o envelhecimento da população segundo –o IPEA³⁶⁷.

E, como a premissa é a de que os casais homossexuais não procriam e por isso não repõem o mercado com novas forças de trabalho, isso implicaria em aumento de gastos futuros para cobrir as necessidades desses futuros idosos. Tais gastos girariam em torno de quatro políticas, segundo o IPEA:

Quatro são as políticas mais importantes para a população idosa: renda para compensar a perda da capacidade laborativa – previdência e assistência social –, saúde, cuidados de longa duração e a criação de um entorno favorável – habitação, infraestrutura, acessibilidade, redução de preconceitos etc. O caso brasileiro ilustra bem como as políticas de renda têm reduzido a associação apontada pela literatura entre envelhecimento e pobreza³⁶⁸.

Não se pode negar que o reconhecimento da relação homoafetiva teria essa externalidade negativa, e que isso realmente pode ser objeto de preocupação sob a visão econômica, todavia, essa preocupação não seria diferente ou com reflexos diversos se cada um dos companheiros continuasse como solteiro. Ou seja, para se evitar de maneira absoluta essa externalidade negativa, dever-se-ia proibir a opção pela vida de solteiro, o que é impensável. Por outro lado, muito embora seja verdadeira a premissa de que os casais homossexuais não podem procriar por si, nada impede que esses tenham filhos, seja pelo método da adoção, seja recorrendo à barriga de aluguel.

No caso da adoção, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar implica um incentivo a tal prática, deixando de lado a posição conservadora que a contestava. Aliás, antes mesmo da decisão do STF, o Superior Tribunal de Justiça já se

³⁶⁶ O processo de envelhecimento é muito mais amplo do que uma modificação de pesos de uma determinada população, dado que altera a vida dos indivíduos, as estruturas familiares, a sociedade etc. Altera, também, a demanda por políticas públicas e a pressão pela distribuição de recursos na sociedade. Por isso, suas consequências têm sido, em geral, vistas com preocupação, por impor desafios ao Estado, ao mercado e às famílias. IN. http://agencia.ipea.gov.br/images/stories/PDFs/comunicado/101013_comunicadoipea64.pdf

³⁶⁷ (...) está claro que, para a primeira metade deste século, o movimento da população brasileira será o de rápida contração e de superenvelhecimento. Ela deverá atingir o seu ponto máximo nos próximos 20 anos, a despeito de se esperar, também, uma continuação da queda nos níveis de mortalidade. Isso só não ocorrerá se a fecundidade voltar a crescer. Esta mostrou ser uma variável muito importante na dinâmica de crescimento da população brasileira. http://agencia.ipea.gov.br/images/stories/PDFs/comunicado/101013_comunicadoipea64.pdf

³⁶⁸ Idem.

manifestou em uma oportunidade pela legalidade da adoção nesses termos³⁶⁹. Registre-se que o precedente revelou alguns estudos científicos que indicam que não há qualquer inconveniente expressivo na criação de crianças por parceiros homossexuais.

Por outro lado, no tocante a barriga de aluguel ou mesmo em relação à reprodução assistida, nota-se que já existe Resolução do Conselho de Medicina que já admite essa prática pelos companheiros homossexuais³⁷⁰. Ou seja, mal comparando, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar desfavorece menos a renovação de novas forças de trabalho do que aqueles que fizeram a opção lícita pela vida de solteiro ou pela ausência de filhos.

³⁶⁹ 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.6. Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.15. Recurso especial improvido.(REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010)

³⁷⁰ <http://www.original123.com.br/assessoria/2011/01/06/conselho-mdico-libera-fertilizao-de-casais-gays/>

Registre-se, todavia, que, individualmente, o reconhecimento da relação homoafetiva ainda contará com fortes externalidades negativas, como a discriminação social e mesmo religiosa, todavia, para aqueles que entenderem que a publicização da sua orientação sexual poderá lhe causar problemas, restará ainda a preservação da sua intimidade, como direito constitucional que é.

3.3.3. A respeito da análise pelo Poder Judiciário da licença ambiental prévia Hidroelétrica de Belo Monte

Os dois próximos casos a serem analisados mantiveram a formatação da política pública que fora judicializada, sendo digno de registro que a argumentação de natureza econômica foi levada em consideração na construção da política pública. Os casos escolhidos foram a impugnação da licença prévia do empreendimento de Belo Monte e o questionamento a respeito da legislação brasileira de genéricos. A complexidade do processo de licenciamento de Belo Monte, bem como da avaliação a respeito da legislação que trata dos medicamentos genéricos justificaria um ou mais trabalhos autônomos, todavia, como a discussão agora gira em torno da contribuição da racionalidade econômica para a participação do Poder Judiciário, faz-se necessário avaliar mesmo que rapidamente como a questão econômica foi tratada, especialmente nas peças judiciais elaboradas³⁷¹.

No caso do licenciamento de Belo Monte, foi analisada exclusivamente a decisão tomada pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em sede de Suspensão de Liminar. Optou-se por restringir a análise de tal decisão porque ela já transitou em julgado e também porque não era o objetivo do trabalho avaliar todos os detalhes do caso que é complexo.

Sendo assim, o Ministério Público Federal pretendia obter a paralisação de atividades administrativas relacionadas à condução do processo de licenciamento da UHE Belo Monte, bem como a declaração de nulidade do Decreto-Legislativo nº788/2005, que estabeleceu o IBAMA e a FUNAI como os responsáveis por proceder a oitiva das comunidades indígenas no caso do aproveitamento hidrelétrico ocorrer em terra indígena

Por outro lado, as peças judiciais elaboradas pela ANEEL e o Ministério de Minas e Energia asseveravam que a energia da hidrelétrica é mais barata do que as fornecidas por usinas eólicas, nucleares e termelétricas. Aliás, quanto a estas últimas, o nível de poluição, segundo afirma, é bastante menor nas hidrelétricas. Não bastasse o aspecto

³⁷¹ Muito embora tenha pessoalmente participado da elaboração de alguma dessas peças, as opiniões aqui emitidas não implicam a minha posição institucional, sendo apenas um exercício de caráter acadêmico.

do custo, o aumento da demanda por energia no Brasil é enfatizado até para justificar a alegação do risco de apagão. Busca deixar incontestado que o empreendimento de Belo Monte implicaria em vantagens de aspectos inegavelmente econômicos, sem deixar de lado outros aspectos, como por exemplo, o impacto daquelas obras para as cidades vizinhas e também para as comunidades indígenas.

Em relação a estas, nota-se que não houve propriamente uma consulta vinculativa aos grupos acima indicados. Buscou-se tratar as suas peculiaridades em sede de condicionantes na licença prévia, exigindo dos empreendedores, por exemplo, a ampliação da infraestrutura dos municípios, bem como a manutenção da navegabilidade do rio para os indígenas, além da garantia de manutenção dos seus modos de viver tradicionais.

A licença prévia foi inicialmente suspensa por ordem da Justiça Federal do Pará, todavia, houve a manutenção da licença em sede de suspensão de liminar.³⁷²

Quanto à decisão pela construção da hidrelétrica, nota-se que ela não se deu em sede de negociação voluntária, como defende Posner, todavia, alegou-se a existência de várias audiências públicas com os moradores e indígenas das localidades próximas, com vistas colher sugestões ao empreendimento que já vinha sendo pensado desde a época do período militar.

Todavia, diferentemente dos casos narrados em que houve efetiva intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, no caso de Belo Monte havia extensa argumentação econômica a justificar a manutenção do empreendimento, com o cálculo de cenários comparativos com outras fontes de energia e a demanda prevista para manutenção do crescimento nos próximos anos.

³⁷² (...). 1. Para a suspensão de execução de liminar ou de sentença, nos termos da Lei 8.437/1992 (art. 4º), torna-se necessário, apenas, que o requerente demonstre que a decisão impugnada tem aptidão para acarretar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. 2. Eventuais erros de mérito, em suposta ofensa à ordem jurídica, devem ser discutidos e resguardados, sendo o caso, nas vias recursais ordinárias, no plano do juízo natural. O exame pela presidência do tribunal limita-se aos pressupostos específicos da contracautela, segundo a legislação de regência: ocorrência de "grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas". (Cf. Lei 8.437/1992 - art. 4º, caput e § 1º; e art. 15, caput e §§ da Lei 12.016/2009.) 3. A incursão no mérito é admitida somente em nível mínimo de delibação ou de descrição do cenário maior do caso, se necessária para se demonstrar a razoabilidade do deferimento ou do indeferimento do pedido. 4. Revelam-se infundados, à luz dos estudos técnicos que estão no entorno do projeto energético da AHE Belo Monte e da documentação dos autos, os fundamentos manejados pelo recorrente para desconstituir a decisão que deu pela suspensão da execução da liminar. A decisão de primeiro grau, se mantida, acarretará grave lesão à ordem e à economia públicas. 5. A interferência da atividade jurisdicional em políticas públicas, nas atribuições específicas e privativas da Administração, implicando não raro alterações na condução do planejamento da sua atuação, deve ser feita com critério e prudência, de forma pontual e calcada em dados objetivos e técnicos que justifiquem a intervenção judicial. 6. Não provimento do agravo regimental.(AGRSLT 0022487-47.2010.4.01.0000 / PA, CORTE ESPECIAL, e-DJF1 p.3 de 12/07/2010)

Pelo que se pode perceber, a racionalidade econômica aplicada à decisão pela construção da Usina leva à conclusão de que não se aplicou o critério pareto ótimo, pois se assim fosse, os índios e os cidadãos da vizinhança deveriam ter sido indenizados de forma a se tornarem indiferentes a construção. No caso, o critério, em princípio aplicável, conscientemente ou não, se enquadra no critério Kaldor-Hicks, pois se o Poder Judiciário reconheceu que as vantagens da construção de Belo Monte superariam os prejuízos de terceiros impactados pela construção.

Ainda a respeito do caso em análise, pode-se constatar também que, quando bem construído, o argumento econômico que justificou a opção pela política pública estabelecida, o Poder Judiciário tende a respeitar a discricionariedade do Poder Executivo. Ou seja, a construção de argumentos econômicos funciona como um incentivo à manutenção da política pública por parte do Poder judiciário, dado que para contestá-la, as partes ou mesmo o Poder Judiciário tem de investir recursos, muitas vezes inexistentes, para superar a racionalidade econômica exposta pelo Poder Executivo, ou seja, a manutenção da política pública apresenta-se como uma opção viável e justificada, de forma que sua manutenção apresenta-se como geradora de consequências mais favoráveis do que a sua paralisação. Enfim, a manutenção da política pública bem construída apresenta-se com aquela que alia a eficiência e a justiça como conceitos equivalentes.

3.3.4. Da análise do legislação a respeito de medicamentos genéricos

Já o segundo caso diz respeito à alegação de que a legislação que autoriza a fabricação de medicamentos genéricos³⁷³ implicaria um fomento oficial a concorrência desleal em desfavor do medicamento de referência³⁷⁴.

Em resumo, a alegação dos autores é de que os investimentos feitos para o desenvolvimento do determinado medicamento de referência, que exigem a comprovação de segurança e eficácia perante a ANVISA são muito altos. A concorrência desleal estaria no fato de que os medicamentos genéricos não precisam comprovar diretamente a segurança e eficácia, bastando se valer dos testes de bioequivalência e

³⁷³ Segundo a Lei 9.787/99, que alterou a lei 6.360/76, medicamento genérico é medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI;

³⁷⁴ Segundo a Lei 9.787/99, Medicamento de Referência é o produto inovador registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária e comercializado no País, cuja eficácia, segurança e qualidade foram comprovadas cientificamente junto ao órgão federal competente, por ocasião do registro

biodisponibilidade³⁷⁵. Assim, além da proteção patentária junto ao INPI – que protege o princípio ativo do medicamento descoberto – os testes de segurança e eficácia feitos para o registro sanitário do medicamento de referência junto a ANVISA também deveriam ser protegidos, como admite a lei 10.603/2002 para os medicamentos veterinários e agrotóxicos³⁷⁶.

Chama atenção, especialmente para o presente trabalho, um dos argumentos que foram utilizados, qual seja, que os testes de segurança e eficácia realizados para o registro do medicamento de referência deveriam ser protegidos para além da proteção patentária para que fossem preservados os incentivos à inovação na área de medicamentos. Afinal, admitir apenas os testes bioequivalência e biodisponibilidade para o registro do medicamento genérico seria a admissão estatal da concorrência desleal em contraposição ao que fora estabelecido pelo acordo Trips^{377 378}.

A sentença proferida nos autos 2008.34.00.016643-4 pela Justiça Federal em Brasília considerou correta e anuiu com essa argumentação. Em face disso, a Agência Nacional de vigilância Sanitária – ANVISA ajuizou suspensão de sentença n.º 28831.10.2011.4.01.0000, de acordo com a lei 8.437/92 perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região e teve seu pedido indeferido. Em sua decisão, o Presidente do Tribunal admitiu expressamente que a proteção dos testes feitos seria uma decorrência necessária e imprescindível para o retorno dos investimentos feitos naquela área. Argumentou ainda que se a empresa realmente pretendesse produzir os medicamentos genéricos deveria ela própria bancar os estudos que demonstram a segurança e eficácia, sem se utilizar os testes de bioequivalência e biodisponibilidade³⁷⁹ conforme autorizam a legislação sanitária.

A sentença, todavia, foi suspensa pelo Superior Tribunal de Justiça também em sede de suspensão de liminar n.º SLS 1425, mantendo-se a possibilidade de

³⁷⁵ Segundo a Lei 9.787/99, o teste de bioequivalência consiste na demonstração de equivalência farmacêutica entre produtos apresentados sob a mesma forma farmacêutica, contendo idêntica composição qualitativa e quantitativa de princípio (s) ativo (s), e que tenham comparável biodisponibilidade, quando estudados sob um mesmo desenho experimental; Já o teste de biodisponibilidade indica a velocidade e a extensão de absorção de um princípio ativo em uma forma de dosagem, a partir de sua curva concentração/tempo na circulação sistêmica ou sua excreção na urina."

³⁷⁶ A lei regula a proteção, contra o uso comercial desleal, de informações relativas aos resultados de testes ou outros dados não divulgados apresentados às autoridades competentes como condição para aprovar ou manter o registro para a comercialização de produtos farmacêuticos de uso veterinário, fertilizantes, agrotóxicos seus componentes e afins.

³⁷⁷ Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio.

³⁷⁸ Art. 38. 3. Os Membros que exijam a apresentação de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável, como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos agrícolas químicos que utilizem novas entidades químicas, protegerão esses dados contra seu uso comercial desleal.

³⁷⁹ A lei

produção e comercialização de medicamentos genéricos, indeferindo-se o prazo de proteção dos testes de registro do medicamento de referência.

Voltando os olhos mais especificamente para esse caso, nota-se que os autores não apresentaram sequer uma planilha de custos que comprovasse que os investimentos não retornaram. Além disso, avaliada a questão sob o enfoque econômico, incluindo outras variáveis igualmente importantes, deve ser enfatizado que a produção de medicamentos, como é inerente a qualquer atividade empresarial, envolve riscos. Ademais, o retorno aos investimentos é um dos argumentos que justificam a proteção patentária e, frise-se, não houve qualquer alteração na proteção patentária. Ou seja, quando a empresa optou por desenvolver a molécula já sabia do prazo de proteção ou mesmo de sua ausência³⁸⁰.

Assim, sob o enfoque econômico, a empresa buscava, por meio do Poder Judiciário, uma vantagem econômica não incluída inicialmente na política desenvolvida. Aliás, a empresa buscava, via Poder Judiciário, uma proteção que foi rechaçada expressamente pelo Congresso Nacional na votação do Projeto de Lei de Conversão que gerou a Lei 10.603/2002.

Com isso, aplicando-se a racionalidade econômica e pragmática ao presente caso, o Poder Judiciário poderia ter melhor noção a respeito dos objetivos pretendidos pelos autores, bem como poderia ter exigido a comprovação dos custos nos quais a empresa tivesse incorrido para desenvolver a molécula ou mesmo verificar junto ao Governo se os objetivos pretendidos com a autorização de medicamentos genéricos foram realmente alcançados. Enfim, ao admitir a argumentação econômica sem a necessária comprovação empírica das alegações dos autores, fica clara a necessidade de explicitar melhor a forma como a argumentação de caráter econômico deve ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário.

3.3.5. Das conclusões a respeito dos casos examinados.

Da análise dos casos acima, pode-se concluir, em uma análise positiva, que há uma total disparidade no papel que a argumentação de base econômica é desenvolvida no julgamento das políticas públicas. Pode-se inferir que as decisões judiciais não levaram em conta de maneira determinante, e nem mesmo a título de argumentação a racionalidade econômica proposta no trabalho. Aliás, o papel conferido a racionalidade econômica passou

³⁸⁰ Vez que os medicamentos somente tiveram a ter proteção patentária mundial com o Acordo Trips.

da total desconsideração – como nos casos da saúde – para exercer um prestígio cego, dado que desacompanhado de comprovação fática – como da decisão das decisões de primeira e segunda instância no caso dos genéricos.

Outra constatação interessante foi aferir que o isolamento metodológico do Direito acaba por criar barreiras à introdução das ferramentas econômicas de análise da realidade que lhe apresenta o processo e isso, sem dúvida, causa dificuldades a construção de uma decisão judicial que pese, para além da mera intuição, as consequências das decisões judiciais.

Não há como negar, todavia, que muito da dificuldade do Poder Judiciário em lidar com argumentação econômica se deve aos próprios Autores e Réus que constroem sua argumentação jurídica desacompanhada de embasamento econômico, utilizando-se, muitas vezes de argumentos exagerados, tomados de empréstimo da retórica, para ora defender a mudança da política pública ora para mantê-la.

Diante de tal conclusão, sugere-se, como base em tudo o que fora exposto no trabalho, que a racionalidade econômica pode auxiliar a atividade judicante de várias formas, como: (a) na explicação a respeito da vantajosidade na busca do consenso; (b) Na averiguação, por meio de prova pericial a ser ordenada, na definição dos custos e benefícios das opções feitas pela Administração; (c) para se evitar a alegação genérica da reserva do possível, que há muito deixou de ser um empecilho absoluto a atuação do Poder judiciário (c) Na verificação do alcance da decisão em face de terceiros que seriam eventualmente atingidos; (d) Enfim, a racionalidade econômica abriria espaço para a busca da opção mais eficiente possível para atendimento daquele direito que juridicamente já se entendeu de custo justificado.

Ter noções dos conceitos econômicos básicos como exemplificadamente indicados na parte inicial do trabalho, podem auxiliar o juiz a estabelecer, avaliar e porque não calcular as variantes a ser levadas em consideração na sua decisão, e isso não pode ser considerado um desprestígio à atividade jurisdicional, muito pelo contrário, pois pode conduzi-la justamente para o âmbito da prudência que sempre foi uma característica marcante da atuação jurisdicional.

Não se defende aqui que o juiz tenha amplos conhecimentos também sob o aspecto econômico, todavia, saber fazer as perguntas certas ao perito da área pode ser muito importante, especialmente, para ter em conta a visão global das políticas públicas.

E, como dificilmente será possível estabelecer um critério rígido - um guia de ação social – para que as decisões tomadas em sede de políticas públicas levem

sempre a uma maximização da riqueza, como admite o próprio Posner, ela pode desenvolver um importante papel para clarear a decisão a ser tomada, ou seja, pode-se enfatizar o aspecto positivo da análise econômica. Afinal, como visto acima, se a economia é importante para a avaliação de determinada política, também a ética pode se valer dos argumentos econômicos para conduzir a decisão mais prudente.

4. IDEIAS PROPOSITIVAS QUE DECORREM DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

Ultrapassada a análise de certos casos levados ao conhecimento do Poder Judiciário, o presente trabalho inicia outro enfoque, agora propositivo. Para além das sugestões acima, como a racionalidade econômica poderia contribuir para a atuação do Poder Judiciário?

4.1. Da contribuição da legística para a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas.

Como as políticas públicas são exteriorizadas por meio de atos normativos, a análise das políticas públicas por parte do Poder Judiciário poderá recorrer aos ensinamentos da legística ou legisprudência ou ciência da Legislação³⁸¹, disciplina pouco desenvolvida no Brasil e que pode ser entendida como

conjunto de enunciados que visam reter aquilo que pode ser visto como boa prática a seguir na feitura da lei. O objetivo dessas regras é, pois, garantir que uma lei será bem feita, pelo que reúne as condições necessárias para se revelar uma boa lei. Se procurássemos definir, sucintamente, uma boa lei, diríamos ser aquela que cumpre os objetivos que determinaram a sua feitura, integrando-se harmoniosamente no ordenamento jurídico³⁸²

Os ensinamentos decorrentes da legística, segundo seus defensores, se aplicam a qualquer ordenamento jurídico em concreto, pois se constitui de um repositório de orientações válidas sem limitações de espaço e também de tempo³⁸³. Tais regras, contudo, não são vinculantes, prestando-se na verdade ao papel de orientadora da prática da produção normativa, com características intrinsecamente multidisciplinares, ganhando destaque justamente a economia e a análise de custo-benefício.

Com isso, a legística atua no reforço da efetividade da legislação envidando esforços para otimizar a inteligibilidade e acessibilidade dos textos legais,

³⁸¹ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: A qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007.

³⁸² CRISTAS, Assunção. Legística ou a arte de bem fazer as leis. Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 78-82, abr./jun. 2006.

³⁸³ CRISTAS, Assunção. Legística ou a arte de bem fazer as leis. Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 78-82, abr./jun. 2006.

buscando estabelecer técnicas para a racionalização do padrão e do ritmo de produção de normas jurídicas³⁸⁴.

Se a ideia da legística é orientar a melhor edição de atos normativos, uma pergunta pode ser feita: Em que sentido ela poderia auxiliar a atuação do Poder Judiciário? A resposta parecer simples: Se à legística cabe indicar as orientações para elaboração de uma boa legislação, o conhecimento de tais regras pode auxiliar o juiz na construção da decisão judicial, pois a “aplicação do Direito é simultaneamente produção de Direito”³⁸⁵, ou seja, desde Kelsen não há porque entre atos de criação e de aplicação do Direito. Assim, a decisão judicial nada mais é do que a norma construída para aquele determinado caso concreto. Daí, ter conhecimentos a respeito das técnicas da boa legislação, sem dúvida podem auxiliar o juiz ao decidir casos concretos, especialmente sob o enfoque econômico como proposto no presente trabalho.

A doutrina propõe ao menos cinco linhas de investigação respeito da legística: (i) Teoria ou doutrina da legislação, que avalia as possibilidades e limites da reconstrução científica e da aplicação do conhecimento no âmbito da legislação. (ii) Analítica da legislação, que estabelece conceitos e ideias fundamentais da norma, lei e legislação (iii) Tática da legislação, a qual propõe o estudo dos órgãos e procedimentos, métodos com o fim de influenciar e dirigir a produção legislativa. (iv) Metodica da Legislação, pela qual se busca problematizar as dimensões político-jurídicas e teórico decisórias da Legislação, com o intuito de procurar responder às questões de adequação/razoabilidade, e efetividade das leis (a questão dos direitos fundamentais) e finalmente a (v) Técnica Legislativa, que propõe regras gerais sobre a elaboração das leis, suas categorias, sua sistemática e sua linguagem³⁸⁶.

Com isso, a legística dita material investiga a: (i) Exposição da Situação; (ii) Leis existentes; (iii) Soluções Possíveis; (iv) As vantagens e inconvenientes de cada uma das soluções possíveis. (v) Implicações financeiras. (vi) Relações intergovernamentais e a consulta

³⁸⁴ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: A qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007.

³⁸⁵ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo. Martins Fontes. 6ª ed. 4ª tiragem. 2000. P. 260. “Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento de uma norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. É um processo de individualização ou concretização sempre crescente.”

³⁸⁶ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: A qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007.

entre os ministérios envolvidos e a (vii) Consulta e informação aos interessados, grupos e população atendida³⁸⁷.

Veja que as propostas acima mencionadas podem tranquilamente servir de subsídio também para as decisões judiciais, especialmente, para aquelas que dizem respeito a Políticas Públicas. Afinal, não apenas o legislador deve ter em conta as consequências da sua atitude, mas também os juízes.

Por outro lado, a legística dita formal envida esforços para a otimização da comunicação legislativa, com o objetivo de fornecer princípios destinados à melhoria da compreensão e do acesso aos textos legislativo³⁸⁸ e, pela proposta aqui defendida, também as decisões judiciais.

A legística propõe que se avalie o contexto em que a legislação será elaborada, com nítidas preocupações pragmáticas. Daí sua intrínseca relação com a análise econômica do direito. A legística está voltada não apenas para viabilizar um melhor planejamento legislativo, mas também conter a proliferação legislativa³⁸⁹ e porque não de decisões judiciais totalmente díspares. Seus ensinamentos, aliás, podem servir de subsídio para concluir-se que é a irracionalidade e não a racionalidade econômica que autoriza a total liberdade de julgamento de que usufruem o membro do Poder Judiciário brasileiro, mesmo quando o Supremo Tribunal Federal já sedimentou a interpretação para aquela situação.

Afinal, a discricionariedade do responsável pela elaboração dos atos normativos quanto à escolha do conteúdo da norma é limitada, seja pela cultura jurídica que congrega todas as manifestações do fenômeno jurídico, quanto pelos princípios estruturantes da Constituição³⁹⁰

Com isso, a legística propõe a adoção de métodos e técnicas para avaliação de impacto e sugere a utilização do instrumental de outras ciências como Administração, Economia, Estatística, Sociologia, Legimática e é claro, da teoria geral do direito, numa perspectiva, diríamos, “aplicada”³⁹¹, justamente o que se propõe no presente trabalho.

³⁸⁷ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: A qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007

³⁸⁸ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: A qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007

³⁸⁹ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: A qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007

³⁹⁰

³⁹¹ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: A qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007

Aliás, o relatório Mandelkern, elaborado por uma série de peritos europeus e voltado para a adequação da legislação comunitária estabeleceu uma série de princípios de legística, quais sejam: (a) necessidade, (b) proporcionalidade, (c) participação e transparência, (d) responsabilidade, (e) inteligibilidade e (f) simplicidade, que podem ser sintetizadas no princípio da responsabilidade, vez que se a legislação existe para resolver certo problema, sendo que o responsável pela elaboração do ato normativo deve ser responsável por criar legislação que o resolva³⁹². Ademais, especialmente em relação ao princípio da proporcionalidade, a aplicação da análise econômica do Direito e do pragmatismo defendidos por Posner podem contribuir.

A legística, por exemplo, reconhece também que há limitações de ordem temporal, política ou orçamentária que impedem a elaboração da lei de acordo com as regras conhecidas e apreendidas de legística material, o que pode auxiliar o Poder Judiciário a reconhecer o contexto em que editada determinada norma, algo considerado essencial para a proposta que o presente trabalho tem para a atividade jurisdicional.

No caso brasileiro, já existe, inclusive, um substancial guia de atuação que, se bem utilizado seja pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, poderia contribuir para decisões legislativas mais claras, factíveis e fundamentadas. Trata-se da Lei Complementar n.º 95/93 que traz técnicas de elaboração, redação, alteração e consolidação de leis – o que se aproxima das exigências da legística formal - e especialmente o Decreto 4.176/2002 que em seu Anexo I estabelece uma série de questões que devem ser analisadas na elaboração de atos, devendo ser destacado no presente momento algumas das perguntas constantes do item 12³⁹³ que tratam especificamente da necessidade da aferição do custo benefício da medida proposta.

Assim, a legística material defende a necessidade de uma avaliação retrospectiva que pode ensejar mudanças na legislação ou mesmo reconhecer o contexto em que editadas. Essa análise pressupõe a verificação da efetividade (ou validade), eficácia e eficiência, na tentativa de buscar os reais efeitos da legislação em relação à observância e

³⁹² CRISTAS, Assunção. Legística ou a arte de bem fazer as leis. Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 78-82, abr./jun. 2006

³⁹³ 12. Existe uma relação equilibrada entre custos e benefícios? 12.1. Qual o ônus a ser imposto aos destinatários da norma (calcular ou, ao menos, avaliar a dimensão desses custos)? 12.2. Podem os destinatários da norma, em particular as pequenas e médias empresas, suportar esses custos adicionais? 12.3. As medidas pretendidas impõem despesas adicionais ao orçamento da União, dos Estados e dos Municípios? Quais as possibilidades existentes para enfrentarem esses custos adicionais?

implementação (efetividade ou validade), ao grau de realização dos objetivos (eficácia) e ao custo/benefício envolvido (eficiência), sem que isso implique, necessariamente, em revisão da decisão política³⁹⁴.

Veja que a legística tem intrínseca relação com a análise econômica do direito, dado que se preocupa, da mesma forma que a AED, com a eficiência dos atos normativos e, no tocante a atividade jurisdicional, auxilia o entendimento a respeito dos princípios que deveriam ser seguidos pelo legislador, bem como compreender o contexto, muitas vezes, antagônico, em que editados certos atos normativos. Além disso, como se sabe que também o juiz cria direito ao aplicá-lo, caso este detenha conhecimento da boa técnica legislativa, isso poderá contribuir para a elaboração de decisões cada vez mais factíveis em sede de políticas públicas.

4.2. Da singela proposta de um guia de análise por parte do poder Judiciário levando-se em conta a racionalidade econômica

Diante do exposto acima, algumas sugestões podem decorrer da racionalidade econômica, aliadas às recomendações da legística. A ideia é reuni-las com vistas a sugerir algumas questões que podem orientar a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas.

Inicialmente, propõe-se uma mudança de postura das partes e do juiz no processo. Em seguida serão propostas algumas questões a serem enfrentadas pelo Juiz na construção da decisão judicial.

Aos autores é recomendável a elaboração de pedidos alternativos ou sucessivos, estabelecendo vários cenários possíveis para alcançar o bem da vida proposto. Na causa de pedir devem ser expostos os custos e benefícios relativos aos pedidos efetuados, aplicando-se o princípio da eventualidade também para a causa de pedir. A racionalidade econômica, aliás, pode justificar que o autor elabore pedidos inicialmente genéricos, que sejam melhores delineados no transcorrer do processo, com vistas a conferir certa liberdade para resolução do problema judicializado. Essa nova visão a respeito dos pedidos configuraria a flexibilidade necessária para a melhor atuação do juiz, tendo em vista a regra processual que limita a atuação do Juiz ao pedido³⁹⁵.

³⁹⁴ CRISTAS, Assunção. Legística ou a arte de bem fazer as leis. Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 78-82, abr./jun. 2006

³⁹⁵ Código de Processo Civil. Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.

Aos réus, especialmente quando se tratar de políticas públicas, recomenda-se ir além da mera alegação vazia da proteção a reserva do possível. Eles devem contextualizar a defesa diante das realidades orçamentárias do órgão, bem como trazer aos autos estudos a respeito dos custos e benefícios que foram levados em consideração na política, além de prever o impacto econômico e demais consequências da decisão, caso seja de procedência do pedido. Ademais, até mesmo pelo princípio da eventualidade que também deve ser aplicado na defesa, os réus devem fornecer cenários para a decisão do Juiz. Tudo isso com vistas a que se tome a decisão mais clara, fundamentada e eficiente possível.

Quanto ao juiz, recomenda-se que (a) ele esteja aberto a argumentos de natureza econômica, e oriente as partes no sentido de trazer aos autos todas as possíveis consequências possíveis das decisões a serem proferidas. Além disso, o juiz deve, tanto quanto possível, (b) mediar os conflitos, voltando contínuos esforços para que as partes procedam à negociação voluntária. (c) O juiz, em sua decisão final deverá sempre pesar se os beneficiários ganham mais do que perdem os prejudicados, segundo o critério de eficiência kaldor-hicks exposto acima, sendo eu no cálculo ele deve necessariamente levar em consideração os efeitos da decisão perante terceiros. Ou seja, (d) para além do raciocínio meramente dedutivo, o juiz deve tomar uma postura de prudência construindo seu raciocínio levando também em conta as consequências de sua decisão³⁹⁶.

O juiz deve ter conhecimento de que sua decisão em determinado caso pode ser um aceno negativo para o mercado, tendo impacto negativo para a coletividade. Veja que isso não significa que o juiz deva sempre ceder à racionalidade econômica, mas apenas que os juízes podem se utilizar da racionalidade econômica, seja para tomar a decisão mais eficiente naquele caso concreto, seja para clarear as justificativas que o levaram a tomar aquela decisão de custo justificado. Afinal, como visto na segunda parte do trabalho, uma decisão ineficiente é aquela em que os benefícios são inferiores ao prejuízo a terceiros. Assim, optar por um cenário desses deve ser devidamente justificado.

Feitas essas considerações gerais, o trabalho chega ao momento propositivo, ou seja, o momento de alinhar as considerações a respeito da racionalidade econômica, as políticas públicas e a atuação do Poder Judiciário. Mais do que orientações genéricas, o trabalho ousa ao sugerir alguns questionamentos que poderiam colaborar para que as decisões judiciais relacionadas a políticas públicas incluam preocupações econômicas

³⁹⁶ MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. São Paulo. Martins Fontes. 2006.

de nítido caráter consequencialista, sem que isso implique a ausência de qualquer critério de valor na análise a ser procedida.

Assim, ao se deparar com um caso envolvendo uma determinada política pública, o juiz (a) poderia verificar o **princípio metafísico** que orientaria o ato normativo que regula política pública, ou seja, o direito constitucional a ser concretizado pela política pública. Além disso, (b) de acordo com o pragmatismo acima exposto, deve-se verificar se a política pública levou em conta o mercado a ser atingido com suas **circunstâncias de cultura, local e história**³⁹⁷, bem como a realidade orçamentária e financeira do país.

Aliás, como ato administrativo a elaboração da política pública também **deve apresentar os fatos que justificaram a elaboração daquela política**. Perguntas como (1) qual a demanda existente pelo direito, (2) quais as falhas do mercado na regulação daquela situação da vida, (3) quais os benefícios a serem atingidos são essenciais para a motivação do ato são importante para lembrar o contexto em que elaborada a política pública o que auxiliaria na construção da decisão judicial a ser proferida.

Em seguida, o **juiz deve verificar se o agente levou em conta o objetivo que deve ser alcançado pela política**. Se a intenção é atuar na esfera micro ou macroeconômica, se existe algum indicador que se pretende melhorar, etc. Ademais, pode verificar se as hipóteses partiram ou não do postulado econômico básico de que as necessidades humanas são infinitas, enquanto os bens econômicos e a sua capacidade de distribuição são finitos.

Com isso, pode avaliar se a conduta do gestor avaliou algumas questões, dentre elas: (1) os bens serão ofertados ao público alvo? (2) As hipóteses levaram em conta o mercado que quer atingir? (3) Foram levantados os custos dentre as opções possíveis? (4) quais os benefícios que a opção feita pretende atingir? (5) Quais são seus riscos? (6) qual o impacto perante terceiros e se estes não tem mais prejuízos dos que os benefícios alegados pela política? (7) As externalidades positivas e especialmente negativas foram internalizadas? (5) Foi reservado espaço para uma variável aleatória?

Ou seja, mais do que burocratizar a atuação do Poder Judiciário, as perguntas acima podem auxiliar no conhecimento a respeito do desenho da política, bem como no conhecimento do quanto se pode despende de recursos diante das maiores necessidades daquele mercado. Recorrendo mais uma vez a Posner, mesmo que aquela

³⁹⁷ POSNER, Richard A. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Martins fontes.

política pública não leve a maximização da riqueza, a decisão eficiente servirá de parâmetro de comparação que não poderá ser desprezada³⁹⁸. Aliás, mais do que resolver todos os problemas com total precisão, a racionalidade econômica pode auxiliar o Judiciário na avaliação dos cenários e hipóteses possíveis, com as limitações já mencionadas acima.

Assim, o juiz deve verificar se as **hipóteses** foram construídas com vistas a atingir a maximização da riqueza, recorrendo, se for o caso, à econometria por meio de prova pericial a fim de verificar se o governo avaliou as alternativas de atuação.

Optando pela verificação acima, o Juiz poderá ter um amplo conhecimento da causa e poderá com maior clareza verificar se a política pública questionada é eficiente, ou mesmo concluir que a decisão a ser tomada é de custo justificado. De toda forma, fica claro, acredita-se, que a análise econômica proposta por Posner poderá auxiliar na construção da hipótese mais eficiente dentre aquelas com custo justificado.

Um exemplo ainda que abstrato pode clarear a visão acima:

Tem-se determinado índice que o Estado pretende elevar. Com base nos conhecimentos que o pragmatismo e a racionalidade econômica fornecem, o Juiz poderá avaliar se o formulador de determinada política estabeleceu com precisão o índice a ser alcançado, mesmo que seja meramente quantitativo. Vale registrar, por oportuno, que existem vários critérios para a definição da posição central de determinada medida, bem como diferentes formas de estabelecimento de índices³⁹⁹ que aquele que elabora a política pública não deve desconhecer.

Ciente dos seus elementos, o juiz poderá indagar se formulador da política pública relacionou a política pública ao direito constitucional que se pretende concretizar, dado que este servirá como princípio metafísico da política. Diante disso, deve-se averiguar se as hipóteses foram construídas, voltadas justamente para alcançar aquele índice estabelecido. Afinal, se a intenção é aumentar o Produto Interno Bruto - PIB, a política

³⁹⁸ (...) os juseconomistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício. GICO JÚNIOR. Ivo gico. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010

³⁹⁹ Apenas a título de curiosidade, há algumas forma de estabelecimento de números índices, que estabelecem determinado índice de preços, como o índice agregativo simples, o índice de sauerbeck, os índices de laspeyres e Paasche, os critérios e índices de Fischer e o índice de marshall-Edgeworth e que podem chegar a conclusões muito díspares entre si. SARTORIS, Alexandre. *Estatística e Introdução à econometria*. São Paulo. Saraiva. 2003, p. 377-396.

econômica pode enfatizar determinadas variáveis que compõem aquele índice macroeconômico.

Veja que no presente caso, a análise por parte do Poder Judiciário deve respeitar o índice de qualidade estabelecido, sendo que a intervenção na presente hipótese teria conteúdo exageradamente intervencionista. Veja que se o consenso internacional é de que determinado índice reflete, por exemplo, o grau de qualidade de vida de um estado, a política pública interna deve estar alinhada a isso, pois não se pode pensar que o Brasil é uma ilha em relação ao que acontece no mundo. A opção por um índice já previsto internacionalmente, aliás, facilitaria o seu controle nacional e também internacional.

Ou seja, pragmaticamente falando, se o atendimento a determinado índice traz benefícios ao Estado, mesmo que o Juiz não concorde plenamente com os parâmetros, sua opinião pessoal deverá ceder em favor do objetivo maior. Essa opção, sob a ótica da análise econômica, é mais eficiente do que o Poder Judiciário inaugurar políticas públicas, que podem simplesmente direcionar recursos para uma política sem um parâmetro razoável de comparação.

Dessa forma, pode-se inferir que mais do que uma preocupação voltada para atingir o perfeito, decorre da proposta de Posner, bem como do consequencialismo de Neil MacCormick, que a decisão judicial seja orientada pelo possível e pelo contingente.

Verificado o desenho da política pública com bases nas sugestões acima, pode-se não propriamente seguir todas as conclusões decorrentes desse método, todavia, a decisão poderá ser tomada com maior clareza, pois o juiz reduzirá a assimetria de informação, e com isso avaliar mais claramente a política pública judicializada⁴⁰⁰.

Assim, a racionalidade econômica oferece um instrumento vigoroso para a explicação de fenômenos encontrados no decorrer da implementação de determinada política pública, e, com isso, auxiliar na avaliação e correção da rota daquela política, auxiliando, por exemplo, na construção de indicadores ou mesmo na indicação das consequências econômicas das opções realizadas.

Isso porque conforme assevera Posner:

“(...) o trabalho do economista no que se refere às políticas e práticas acerca do interesse público, tanto as vigentes quanto aquelas que se propõem, consiste essencialmente em advertir-nos sobre as consequências que os não economistas tendem a negligenciar e que

⁴⁰⁰ POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2011, p. 22.

frequentemente, embora nem sempre, são adversas ou, no mínimo onerosas⁴⁰¹»

Muito embora esteja razoavelmente claro que o pragmatismo e a racionalidade econômica, desenvolvidos por Posner tenham muito a contribuir com a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas, também não se pode deixar de indicar que ao passar a se orientar por tais questionamentos, o Poder Judiciário também conferirá um importante incentivo para que o Poder Executivo e Legislativo também se orientem pela racionalidade econômica aqui exposta, bem como a se preocuparem com o melhor delineamento das opções existentes.

Afinal, se a avaliação por parte do Poder Judiciário se utilizar dos conhecimentos econômicos, pode ficar ainda mais claro que certas políticas são feitas de maneira meramente intuitivas⁴⁰², sem continuidade, especificamente para se evitar o acesso mais fácil a avaliação da qualidade das políticas. Sem um parâmetro mais claro e rígido de avaliação, quando isso por possível, os dados de determinadas políticas públicas tendem a se resumir a critérios meramente quantitativos, como números absolutos de pessoas beneficiadas ou de valores gastos, o que não significa propriamente a eficiência daquela política.

Uma maior clareza nos mecanismos de avaliação de determinada política pública pode levar a que haja menos desigualdade de renda nas nações democráticas do que nas não democráticas, como consequência do sistema político. Isso porque o eleitor, consciente da avaliação das políticas públicas implementadas, tenderá a avalizar impostos progressivos quando há uma grande desigualdade de renda⁴⁰³. Da mesma forma, poderá optar pela mudança de governo que não se coadune com a ideia da maioria organizada.

4.2.1. Da necessidade de endurecimento da análise dos atos normativos a cargo do Poder Executivo e do Poder legislativo

Feito esse registro teórico a respeito da legística, bem como das sugestões que decorrem se sua análise aliada a racionalidade econômica, deve-se mais uma vez voltar os olhos para a realidade brasileira, especialmente para a viabilidade da utilização do instrumental desenhado.

⁴⁰¹ POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2011, p. 33

⁴⁰² Que não consegue lidar bem com as estatísticas, por exemplo. KANNEMAN, Daniel. Rápido e Devagar. Duas formas de pensar. São Paulo. Objetiva.2012.

⁴⁰³ POSNER, Richard. A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. WMF Martins Fontes. 2011, p. 22

Como já mencionado, há que se reconhecer uma intensa preocupação formal quanto à elaboração das leis e demais atos normativos, consubstanciada na lei Complementar n.º 95/98 e o Decreto n.º 4176/2002.

Muito embora louvável a preocupação, antecipa-se a assertiva de que não há, todavia, nenhum controle formal da efetividade das normas, bem como também que os referidos atos normativos, especialmente os parâmetros estabelecidos no Decreto são de aplicação obrigatória apenas do Poder Executivo Federal, que, como se verá, também não segue a risca as exigências constantes daqueles atos normativos.

Ao se analisar o teor da Lei Complementar n.º 95/98, nota-se que a sua preocupação diz respeito exclusivamente a aspectos formais do texto, ou seja, das técnicas de elaboração, redação e alteração das leis. Não há propriamente, uma orientação aos interessados para que estes avaliem o custo benefício da proposta desenhada.

Bem mais detalhado é o Decreto n.º 4.176/2002, que regulamenta no âmbito do Poder Executivo Federal e estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, alcançando não apenas as leis, mas também das medidas provisórias e Decretos a serem encaminhados pelos Ministérios a Presidência da República.

Ganha destaque o artigo 34 do referido Decreto, que atribui à Casa Civil o exame da constitucionalidade, da legalidade, do mérito e da oportunidade e a conveniência política das propostas de projeto de ato normativo.

E, especificamente em relação ao mérito, é da atribuição da Subchefia de Coordenação da Ação Governamental da Casa Civil “examinar os projetos quanto ao mérito, à oportunidade e à conveniência política, mesmo no tocante à compatibilização da matéria neles tratada com as políticas e diretrizes estabelecidas pelas Câmaras do Conselho de Governo;”

Aos Ministérios, órgãos que centralizam o envio das propostas de lei (art. 33), ainda são exigidos algumas providências quando do encaminhamento das propostas de projetos de ato normativo, especialmente, a observância do disposto no Anexo I do referido Decreto (art. 37), que deve ser acompanhada de exposição de motivos do titular do órgão proponente. Ainda serão anexados a proposta (i) as notas explicativas e justificativas da proposição, em consonância com o Anexo II; (ii) o projeto do ato normativo; e (iii) o parecer conclusivo sobre a constitucionalidade, a legalidade e a regularidade formal do ato normativo

proposto, elaborado pela Consultoria Jurídica ou pelo órgão de assessoramento jurídico do proponente.

Quanto à exposição de motivos (art. 38), dentre as suas exigências, há aquela em que o proponente deve explicitar a razão de o ato proposto ser o melhor instrumento normativo para disciplinar a matéria. Assim, o encaminhamento de proposta de ato normativa deve seguir uma série de orientações, conforme consta dos Anexos I e II do Decreto 4.176/2002, sendo que o descumprimento das orientações poderá acarretar, a critério da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, a devolução do projeto de ato normativo para que se complete o exame ou se reformule a proposta.

Com isso, ao verificar os questionamentos que devem ser superados quando do encaminhamento do projeto de lei, nota-se que há um amplo questionamento a respeito da (i) necessidade da providência, (ii) das alternativas disponíveis, (iii), se a União deve tomar alguma providência e se ela detém competência para tanto, (iv) se a hipótese realmente exige projeto de lei, (v) se a lei deve ter vigência limitada, (vi) se deve ser editada medida provisória, (vii) se deve ser tomada alguma providência imediata, (viii) se a regra proposta atinge direitos fundamentais, (ix) se o ato normativo corresponde às expectativas dos cidadãos e é inteligível para todos, (x) se o ato é exequível e finalmente (xi) se existe uma relação equilibrada entre custos e benefícios.

Cada um desses questionamentos é subdividido em outros que revelam a grande preocupação, ao menos formal, do Poder Executivo em assegurar que o projeto de lei seja encaminhado da maneira mais fundamentada possível, o que, normalmente, não acontece na prática.

Nota-se, todavia que, diferentemente das propostas encaminhadas pelo Poder Executivo, em que há, ao menos em tese, uma série de exigências de motivação para o ato, não há maiores exigências para que um projeto de ato normativo seja proposto pelos membros do Congresso Nacional.

Ao verificar os Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, pode-se constatar a ausência de qualquer exigência mais aprofundada de quanto à motivação daquilo que deve compor a fundamentação das proposições. Aliás, admite-se, inclusive a justificativa verbal da proposição (art. 103 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e art. 238 do Regimento do Senado Federal).

Ademais, há apenas a indicação de que a proposição deverá passar pelas Comissões da Casa, exigindo-se o exame de mérito a que a matéria está afeta, a adequação da proposição ao orçamento, bem como aspectos da constitucionalidade, legalidade, juridicidade,

regimentalidade e técnica legislativa (art. 53 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados).

E, uma vez aprovado definitivamente o projeto de lei, este será encaminhado para sanção ou veto, sendo que, diferentemente do que ocorre quando a proposta é oriunda do Poder Executivo, compete à Secretaria de Assuntos Parlamentares da Secretaria-Geral da Presidência da República solicitar aos Ministérios e aos demais órgãos da Administração Pública Federal as informações que julgar convenientes, para instruir o exame do projeto, sendo que não há que se avaliar as questões afetas aos Anexos I e II do Decreto 4.176/2002.

Assim, nota-se que não há uma preocupação formal por parte do Poder Legislativo em aferir a eficiência da proposta de política pública por ele sugerida ou aprovada, nem mesmo a aferição dos custos e benefícios das alterações propostas em relação ao projeto de ato normativo encaminhado pelo Poder Executivo. Isso não significa, admite-se, que essa aferição não seja feita, todavia, a ausência de sua obrigatoriedade como requisito obrigatório no âmbito do processo legislativo certamente contribui para o amadorismo e para a atuação ineficiente no âmbito das Políticas Públicas.

Com isso, pode-se sugerir que: (i) a Casa Civil da Presidência da República amplie o controle a respeito do cumprimento dos Anexos I e II do Decreto 4.176/2002, ordenando o retorno de projetos de lei que não cumpram minimamente os requisitos estabelecidos, especialmente, quanto à aferição dos custos e benefícios da proposta encaminhada. (ii) já quanto ao poder legislativo, sugere-se que formalize a necessidade de que para além da mera adequação orçamentária, seja objeto de avaliação formal, a indicação dos custos e benefícios da proposta ou de alteração da realidade existente. As perguntas feitas no item 2.1 do presente capítulo, bem como aquelas existentes no Anexo I e II do Decreto 4.176/2002 podem servir de parâmetros para sua atuação. Aquele roteiro tem preocupações pragmáticas e econômicas que estão em total consonância com o pensamento de Richard Posner.

Afinal, como visto, caso não se opte pela proposta mais eficiente, deve-se justificar as razões pelas quais se escolheu a hipótese ineficiente, mas de custo justificado^{404 405}.

⁴⁰⁴ Não se desconhece, por outro lado, que a contribuição que se pretende conferir no presente trabalho pode encontrar ainda outra dificuldade pragmática, qual seja, o desconhecimento dos postulados econômicos aqui indicados por parte daquele que elabora e avalia a política pública, especialmente, para elaboração de cenários para atuação. Apenas a título ilustrativo, ao analisar o edital de concurso público para gestor governamental – especialista em Políticas Públicas exige graduação em qualquer área do conhecimento, exigindo também

4.2.2. Da proposta de guia de análise por parte do Poder Judiciário nas políticas públicas

Com vistas a simplificar as sugestões feitas no âmbito do presente trabalho, será apontado abaixo um breve indicativo de perguntas, não exaustivo e de maneira alguma vinculativo, que podem ser utilizadas pelo Poder Judiciário quando da análise de determinada política pública, inclusive sob o aspecto econômico. Recorrendo a distinção feita entre análise positiva e análise normativa, o juiz poderá inicialmente verificar a estrutura econômica da política pública proposta, para em momento seguinte avaliar qual das opções que lhe apresentam autor e réu é a mais recomendável. Além disso, tais questões podem também auxiliar na construção da decisão judicial.

Sob o aspecto positivo, o magistrado deve inicialmente verificar se realmente existe uma política pública em torno do tema que lhe apresente o autor. Para tanto, deve ter condições de verificar:

- (a) O princípio metafísico em torno do qual a política foi construída.
- (b) Os fatos e justificativas que levaram a elaboração e implementação da política pública judicializada?
- (c) Quais os objetivos que a política pública pretende atingir?
- (d) De que hipóteses a política pública se valeu para atingir os objetivos propostos?
- (e) Por fim, deve ser capaz de identificar a metodologia utilizada pela atingir os objetivos e hipóteses propostos.

Feita essa identificação, o juiz deverá identificar qual o tipo de alegação que traz o autor e o seu enquadramento em uma ou mais de uma das fases acima.

conhecimentos de direito administrativo, constitucional, ciência política e economia. O conhecimento relacionado à economia se divide em estudos básicos de microeconomia, macroeconômica e economia do setor público. A prova, por exemplo, não exige conhecimentos de econometria, o que, para a contribuição que o presente trabalho pretende certamente é uma externalidade negativa, pois o gestor aprovado no concursopode encontrar dificuldades na elaboração de cenários possíveis para determinada política pública, deixando de calcular, mesmo com as limitações já conhecidas, as probabilidades de acerto e desacerto *ex ante* que análise econômica poderia propiciar. Disponível em http://www.esaf.fazenda.gov.br/concursos/concursos_selecoes/EPPGG-2009/Edital46_2009_abertura_com_retificacao_EPPGG.pdf Acesso em 26.12.2012

⁴⁰⁵ A questão discursiva da prova, por exemplo, exigiu em relação as políticas públicas o seguinte conteúdo: Conceito de Política Pública. Relação entre Política e Política Pública. 2. Análise de Políticas Públicas. 3. Modelos de tomada de decisão em política pública: incremental, racional e suas variantes. 4. As perspectivas do neo-institucionalismo na análise das estratégias e dos resultados das políticas públicas. 5. O papel da burocracia no processo de formulação e implementação de políticas públicas. 6. Tipos de políticas públicas: distributivas, regulatórias e redistributivas. 7. Políticas Públicas e suas fases: formação da agenda; formulação; implementação; monitoramento e avaliação. 8. Controle Social – transparência e participação social. 9. Novos arranjos de políticas públicas. 10. Federalismo e descentralização. 11. Políticas Públicas no Brasil

Por exemplo, o autor pode indicar a ausência de política pública, o erro de pressuposto de referida política pública, a incorreção dos objetivos traçados ou mesmo das hipóteses, além da inconsistência da metodologia apresentada. Para além da sofisticação acima, pode simplesmente vir ao Judiciário para ter acesso a determinado bem da vida que lhe fora negado pelo Estado.

Estabelecida a localização da impugnação em face da política pública proposta, isso, por si só, já garantiria maior clareza da atuação judicial.

O passo seguinte seria a avaliação dos cenários trazidos pelo autor e pelo réu. Assim, auxiliado pelo instrumental da racionalidade econômica, o juiz teria condições, recorrendo, se for o caso, à tentativa de acordos ou à prova pericial, para averiguar qual das opções seria a mais eficiente. Por outro lado, caso conclua pelo raciocínio dedutivo que o direito pleiteado pelo autor deve ser assegurado, ou seja, de que se trata de direito de “custo justificado” terá melhores condições de averiguar as consequências de sua decisão, bem como optar pelo caminho mais eficiente atender ao princípio.

Se, por exemplo, o juiz entender que deveria existir política pública para aquele problema que lhe foi apresentado, a prudência econômica sugere que ele confira ao réu a possibilidade de estabelecer um desenho de política pública com os demais elementos, como objetivo, hipóteses e metodologia, para que a decisão judicial não enfrente problemas reais de exequibilidade.

Por outro lado, se o autor impugna determinado elemento da política pública, o juiz poderá avaliar a impugnação recorrendo ao instrumental econômico. Veja algumas questões que poderiam servir de subsídio para a atuação dos juízes nas políticas públicas judicializadas.

1. Se o autor impugna o **princípio metafísico** da política pública, o juiz pode averiguar as razões pelas quais o réu não confere o alcance pretendido pelo autor.

A referida pergunta, em dúvida, é o ofício típico do jurista, qual seja, averiguar as argumentações que justificariam ou negariam os benefícios, todavia, a resposta efetiva a tal questionamento, segundo a proposta do presente trabalho, devem levar em conta as consequências da decisão e tais consequências poderão servir dos subsídios estabelecidos nas perguntas abaixo.

2. Se o autor efetua impugnações a respeito das justificativas para atuação do Estado, ele pode avaliar as impugnações com base nas perguntas indicativas abaixo:

- a. Qual a demanda para o direito constitucional que se pretende concretizar?
- b. Qual o público alvo, ou seja, quem ela pretende beneficiar?
- c. Quais são seus atores?
- d. Já existia política pública a respeito do tema?
- e. Foram encontradas falhas no mercado⁴⁰⁶ que justificam a atuação do Estado?
 - i. Alguns parâmetros
 1. como os agentes efetivamente têm se comportado diante da regra atual (diagnóstico)?
 2. O mercado é atomizado ou concentrado?
 3. O mercado detém capacidade de responder a estímulos? Tem mecanismos de reparar a super ou subprodução?
 4. Como é o acesso as informações daquele mercado? A proposta garante a transparência das informações?

Tais perguntas auxiliariam o magistrado a averiguar os motivos que levaram a elaboração da política pública ou mesmo os motivos que levaram a não intervenção do Estado no ponto. A resposta a tais perguntas podem, por exemplo, deixar mais clara a motivação do agente público e com isso o juiz poderia ter maior segurança quanto a necessidade ou não de intervenção naquela área impugnada pelo Autor.

3. Sobre os **objetivos** da política pública contestada

- a. Quais os objetivos da política proposta?
- b. Tem objetivos micro ou macroeconômicos?
- c. Há algum indicador econômico que se pretende melhorar?

A análise dos objetivos da política tem intrínseca relação com o princípio da proporcionalidade e da eficiência, pois pouco adiantaria a um autor a mudança da política macroeconômica se o bem da vida lhe interesse especialmente. Além disso, se o objetivo de determinada política é incrementar um determinado indicador econômico, o espaço de atuação do Poder Judiciário poderia se reduzir imensamente, diante da discricionariedade que é conferida ao Poder Executivo e Legislativo na condução de políticas públicas.

4. Sobre as **hipóteses da política pública contestada.**

- a. O que se pretende ofertar?
- b. Como a interpretação da regra proposta por autores e réus alteraria essa estrutura de incentivos? Quais as consequências de cada uma delas?

⁴⁰⁶ Veja que quando se trata de mercado, o trabalho se alinha a visão de Posner de que a análise econômica do direito é um importante subsídio para áreas historicamente mercadológicas como as que não são tradicionalmente vistas como tal.

- c. As hipóteses levam em conta as **circunstâncias de cultura, local e história**?
- d. As hipóteses de atuação levam em conta os componentes do indicador que se pretende atingir?
- e. Qual a previsão de recursos orçamentários e financeiros para a política?
- f. Quais são seus custos diretos, indiretos e de transação?
- g. Quais os benefícios a serem alcançados pela política pública?
- h. Os benefícios superam os custos da política proposta?
- i. Foram levadas em consideração o interesse de terceiros?
- j. Os prejuízos causados a terceiros superam os benefícios que a política pública oferecerá?
- k. Foram elaborados cenários alternativos a viabilizar a escolha da opção mais viável?
- l. Quais são as externalidades positivas e negativas da opção feita?
- m. Houve algum tipo de cálculo dos riscos da opção?
- n. Deixou-se espaço para alguma variável aleatória?

Quanto às hipóteses, fica evidente a preocupação com as restrições orçamentárias e também a contextualização da política pública proposta, o que deixaria ainda mais clara a dificuldade de importação de certas políticas para o âmbito nacional ou mesmo para o âmbito regional, além de subsidiar a aferição das consequências da decisão. Pode decorrer da análise a conclusão de que externalidades não foram internalizadas, o que justificaria a atuação do Poder Judiciário exclusivamente no ponto específico da política pública e não na reconstrução de tais políticas.

- 5. Sobre a metodologia proposta pela política pública
 - a. Como está sendo a oferta do bem?
 - b. As regras jurídicas estão postas de maneira clara e direta?
 - c. O que propõe os autores e réus?
 - d. O estado vem atuando por direção, absorção, participação ou indução?
 - e. Há critérios para avaliação quantitativa e qualitativa da política pública?

Por fim, em relação à metodologia, nota-se que se deve ter conta a metodologia existente e a metodologia proposta, com vistas a proceder a comparação. Afinal, uma mudança de metodologia pode repercutir de maneira negativa no restante da política pública, dado que a metodologia é colocada de forma a atender os objetivos da política e sua modificação pode alterar a própria natureza da política pública.

Bem, com essas questões, que não tem nenhuma pretensão de serem exaustivas pretende-se conferir ao Poder Judiciário algumas ilações a respeito do impacto da racionalidade econômica defendida por Posner nas políticas públicas. Veja-se que não se

pretende elaborar um rol exaustivo e rígido para prender o agente público, muito pelo contrário, o guia acima exposto busca auxiliar naquilo que Posner reconhece como um dos grandes méritos da análise econômica, qual seja, clarear a opção, mesmo que não seja a política pública aquela maximizadora da riqueza.

Em seguida, será indicada uma contribuição da racionalidade econômica para a modificação legislativa com vistas a contribuir para o debate.

4.2.3. Da proposta de alteração legislativa

Por fim, em artigo elaborado no decorrer dos estudos de Mestrado, elaborou-se proposta com vistas a trazer para os autos os terceiros que possivelmente seriam beneficiados ou prejudicados com determinada ação individual que tenham impacto em determinada política pública. Afinal, muitas das questões acima sugeridas podem não encontrar as respostas pretendidas no processo civil predominantes de caráter individualista como o brasileiro.

Naquele artigo, a proposta ganhou o nome de “coletivização da ação individual”⁴⁰⁷, no qual se defendeu a criação de um incidente para que um dos entes que detém legitimidade coletiva participe do processo de índole individual, com vistas a viabilizar a coisa julgada *in utilibus* a todos aqueles que dependam daquela correção ou complementação da política pública questionada.

Muito embora, seja recomendável remeter o leitor à leitura do artigo para análise mais completa, pode-se indicar algumas questões abordadas na proposta, até porque ela está totalmente alinhada com o pragmatismo e a racionalidade econômica enfatizadas no presente trabalho.

Com isso, o incidente de coletivização da ação individual partiria dos seguintes pressupostos:

- (a) A configuração de interesse individual indisponível;
- (b) A necessidade de correção/complementação de política pública como causa de pedir;
- (c) A instauração do incidente, como não poderia deixar de ser, poderia ser requerida por quaisquer das partes, podendo, inclusive, ser instada de ofício pelo Juiz.
- (d) Instaurado o incidente, um dos legitimados para ação coletiva passaria a integrar o processo;

⁴⁰⁷ MOURA, Humberto Fernandes de. Ativismo Judicial e “coletivização de ação individual”. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2012. vol. II. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_03_1551_1578.pdf

- (e) Para fins de segurança jurídica, essa ampliação da coisa julgada *in utilibus* deve ser objeto de decisão interlocutória específica por parte do magistrado, antes de proferir a sentença.
- (f) O juiz dessa causa passaria a ser preventivo para todos os casos semelhantes eventualmente ajuizados pelo indivíduo.
- (g) Deve ser prevista fase conciliatória obrigatória, em que se incentive o diálogo efetivo entre as partes, garantindo, por exemplo, que a Administração proponha formas de resolução do problema.
- (h) A situação urgente e individual mereceria autonomia processual.
- (i) Por fim, deveria ser estabelecido prazo para o julgamento da demanda.

Como a proposta implica em alteração legislativa, os prováveis passos do procedimento poderiam ser sintetizados da seguinte forma:

- (a) Caso o Juiz ou quaisquer das partes identifique que o pedido veicule interesse individual indisponível e que busque corrigir ou complementar determinada política pública, o Juiz pode instar pessoalmente o Ministério Público e Defensoria para que, analisando a questão, venha a aditar o pedido inicial com vistas a solicitar que eventual concessão do pedido atinja todas as pessoas que estejam na mesma situação.
- (b) Caso outra entidade legitimidade também venha a ter interesse, seria recomendável também a publicação de editais, segundo as regras do CPC para eventual participação dessas entidades.
- (c) Em respeito ao princípio do contraditório, dever-se-ia instaurar um pequeno incidente com alguns objetivos específicos.
- (d) Caberia à parte pleiteante demonstrar: (a) A configuração do interesse público indisponível; (b) A necessidade de correção/complementação de política pública; (c) As vantagens da ampliação da coisa julgada *in utilibus*. (d) A petição necessariamente deve indicar os eventuais impactos sociais, econômicos e financeiros da decisão.
- (e) A parte ré nesse incidente, muito provavelmente o Estado, poderá contestar os dados apresentados pelo suscitante, bem como ela própria poderia propor as modificações, além de propor verdadeiro planejamento a respeito do melhor cumprimento do pedido, ou a sua impossibilidade ou mesmo a sua regulamentação. Ademais, se achar interessante, deve refutar a necessidade de ampliação da coisa julgada *in utilibus*, bem como avaliar os impactos trazidos pela parte suscitante.

(f) O juiz deve, então, marcar uma audiência de conciliação, especialmente dedicada: 1) para avaliação dos impactos da decisão; 2) Possibilidade de ampliação da coisa julgada *in utilibus*.

(g) Deferido o pedido, o juiz prosseguiria com a participação de ente coletivo.

Esse juiz, responsável pela instauração do incidente, seria então prevento para todas as ações equivalentes àquela ação originariamente ajuizada.

Por fim, quais seriam as vantagens desse incidente?

Reunindo todos aqueles que busquem o mesmo bem da vida em face de uma determinada política pública, o juiz teria condições para avaliar de maneira global a referida questão, podendo, com melhor conhecimento de causa, estabelecer verdadeiro diálogo institucional com o Poder Executivo.

Da parte do Poder Executivo, este poderia expor com maior abrangência a justificativa pela escolha de determinada opção técnica daquela política pública, bem como indicar o impacto econômico da decisão, por exemplo. Com isso, estará sob a responsabilidade do juiz a avaliação da decisão judicial tendo em conta o real ou potencial impacto da decisão no orçamento público e nas escolhas previamente feitas pelo Poder Executivo. E, o mais importante, reunindo ou tendo possibilidade de reunir todos os cidadãos com aquele problema, o argumento da quebra da isonomia pelo próprio Poder Judiciário poderia ser mitigado, pois a Administração, sob ordem do Poder Judiciário, uma vez que a questão está judicializada e “coletivizada”, poderia convocar todos aqueles na mesma situação e estabelecer uma lista por ordem de antiguidade e/ou necessidade. Qualquer descumprimento da listagem poderia ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário, que poderia tomar as medidas coercitivas que lhe são autorizadas.

Com isso, e atendidos sempre os pressupostos de análise conferidos pelo pragmatismo e pela racionalidade econômica de Posner, entende-se que uma decisão judicial tomada com base nas indicações acima poderia retratar melhor o contexto histórico, cultural e econômico da questão levada ao Juízo, sendo que a racionalidade econômica poderia auxiliar na elaboração de critérios mais claros de tomada de decisão, algo diferente do relativo arbítrio encontrado na atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas.

CONCLUSÕES

A ideia do presente trabalho era avaliar se a racionalidade econômica que orienta a análise econômica do direito favoreceria a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas.

Deixou-se claro que, tanto na explicação da realidade quanto na definição de valores a serem seguidos, a Economia, como qualquer outra ciência, utiliza-se dos modelos de explicação que servem para simplificar a realidade. Da mesma forma que a Economia, também as Políticas Públicas partem de determinados modelos, tanto de explicação da realidade quanto normativos.

Como passo inicial do trabalho, fez-se necessário apontar algum instrumental da Economia, diante da proposta interdisciplinar do presente trabalho. Dentre o instrumental analisado, destaca-se o seguinte:

- (a) não é possível antever um limite para as necessidades humanas;
- (b) para a economia, não há que se falar em necessidades reprováveis, nocivas ou autodestruidoras ou imorais, pois à ciência econômica caberá apenas constatar e explicar a atividade desenvolvida para o atendimento das necessidades humanas.
- (c) o conceito de escassez é relativo e não absoluto, dado que aquela decorre da maior ou menor procura.
- (d) que o modelo econômico parte do pressuposto de que os seres humanos atuam voltados para maximização do autointeresse.
- (e) equilíbrio é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente, ou seja, uma lei é o resultado – o ponto de equilíbrio – decorrente de quando todos os agentes políticos maximizam seus interesses no processo político e as falhas do mercado que podem alterar esse equilíbrio.
- (f) O termo eficiência tem várias acepções que giram em torno da maximização dos ganhos com a minimização de custos, sendo que Posner acaba por optar pelo critério de eficiência Kaldor-Hicks, em detrimento da eficiência de Pareto, pelo qual a maximização da riqueza exige que os lucros do vencedor excedam os prejuízos do devedor e que eventualmente os prejuízos de terceiros não superem as benefícios da transação.

Em seguida, voltou-se os olhos mais detidamente para o movimento direito e economia, entendido como a aplicação do instrumental de análise e empírico da Economia, notadamente a microeconomia e a Economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações econômicas de determinada opção feita pelo

ordenamento jurídico. Aliás, recorrer ao instrumental econômico pode auxiliar na aferição da racionalidade do próprio ordenamento jurídico. Tal análise preocupa-se especialmente em responder duas perguntas básicas: (I) quais as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (II) que regra jurídica deveria ser adotada.

Voltando os olhos especificamente para o marco teórico eleito, nota-se que a tese da maximização da riqueza defendida por Posner tem sua face normativa e também a positiva. No primeiro caso, defende que existe uma relação entre valor econômico e valor no sentido ético-filosófico, reconhecendo que esses dois planos valorativos aparentemente distantes e separados encontram-se em diversos segmentos como a organização institucional da sociedade para enfrentar o problema da escassez relativa de recursos. Pela face normativa da maximização da riqueza, a transação de mercado é considerada o paradigma da ação moralmente adequada. Deve-se registrar, contudo, que atualmente Posner não lhe direciona a mesma força argumentativa de outrora, pois reconheceu em seus últimos trabalhos que há limites definidos, ainda que amplos, para o poder explicativo e reformador da análise econômica do direito. Enfatiza, contudo, que a economia sempre poderá promover um esclarecimento daquilo que deverá ser sacrificado para alcançar um ideal econômico de justiça, vez que a justiça não é independente do seu preço.

Já no tocante a face positiva da maximização da riqueza, Posner defende que a Economia pode fornecer importantes subsídios para auxiliar a compreender melhor os fenômenos relacionados à atuação do Estado nos mais variados mercados e poderá auxiliar o juiz na reconstrução dos fatos, facilitando ainda o desenho a respeito dos impactos da decisão, acaso tomado um ou outro caminho.

A propósito, ao se aprofundar no pragmatismo jurídico, Posner deixa claro que este não pode se resumir à abordagem econômica, dado que esta se torna inapropriada a campos em que os valores distributivistas gozem de unanimidade política e moral.

Enfrentada a temática da racionalidade econômica, bem como exposto o pensamento de Posner, o trabalho optou por verificar as repercussões de tal pensamento para atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas.

Inicialmente, foi necessário indicar como identificar uma política pública. Com isso, pode-se identificar a política pública como arranjos complexos, formalizados em torno de estratégias e programas de ação governamental, com vistas a coordenar os meios à disposição do Estado para realização de objetivos social e politicamente determinados.

Viu-se que políticas públicas não podem ser confundidas com direitos, e pode ser identificadas pela existência de princípios metafísicos gerais, hipóteses, metodologia, bem como os instrumentos específicos utilizados pela Política Pública. Ademais, as fases do processo de construção de uma política pública podem ser identificadas como: Agenda, elaboração, formulação, implementação, execução, acompanhamento e execução.

Ao avaliar dados como estes, pode-se abrir espaço para a argumentação pragmática e de caráter econômico, especialmente, na visão de Richard Posner, a qual sugere a necessidade de que o Poder Judiciário cada vez mais lide como um mediador de conflitos – muitas vezes entre órgãos do próprio governo – pois decisões judiciais que chancelam os acordos levam mais facilmente à maximização da riqueza e pelo critério Kaldor-Hicks de eficiência.

Ao avaliar o conteúdo de algumas decisões tomadas pelo Poder Judiciário, que levaram em consideração argumentação de índole econômica, pode-se concluir que há muito o ordenamento jurídico brasileiro já tem na suspensão de liminar ou sentença – Lei 8.437/92 e Lei 12.016/09 – o instrumental jurídico apto a levar ao conhecimento do Poder Judiciário aspectos de ordem econômica.

Das decisões analisadas: (a) O reconhecimento do direito à creche e pré-escola, (b) o reconhecimento da legalidade da união homoafetiva; (c) o licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e (d) a produção de medicamentos genéricos,. Pode-se notar, acredita-se, uma total disparidade no papel que a argumentação de base econômica é desenvolvida no julgamento das políticas públicas. Seu papel pode passar de total desconsideração – como nos casos da saúde – como de um prestígio cego, mesmo desacompanhado de comprovação fática – como no caso dos medicamentos genéricos,

Feito um breve inventário a respeito da dificuldade na relação do Poder Judiciário nas políticas públicas, especificamente em relação a racionalidade econômica, o trabalho construiu algumas sugestões

Inicialmente, foram indicadas algumas ideias defendidas pela legística, dado que se esta busca orientar a melhor edição de atos normativos, o conhecimento de tais regras pode auxiliar o juiz na construção da decisão judicial, pois a aplicação do Direito é simultaneamente produção de Direito e a decisão judicial nada mais é do que a norma construída para aquele determinado caso concreto. Com isso, ter conhecimentos a respeito das técnicas da boa legislação, sem dúvida podem auxiliar o juiz ao decidir casos concretos, especialmente sob o enfoque econômico como proposto no presente trabalho. E, para tanto,

para além das questões sugeridas pelo trabalho podem ainda contar com os importantes subsídios existentes na Lei Complementar 95/98 e Decreto 4176/2002, que estabelecem normas a respeito da elaboração, redação e alteração de leis, pois dentre as tantas questões trazidas, uma delas cuida especificamente da análise de custo benefício.

Além disso, também se sugeriu a (a) ampliação do controle da Casa Civil da Presidência da República a respeito do cumprimento dos Anexos I e II do Decreto 4.176/2002, ordenando o retorno de projetos de lei que não cumpram minimamente aos requisitos estabelecidos, especialmente, quanto à aferição dos custos e benefícios da proposta encaminhada. (ii) já quanto ao Poder Legislativo, sugeriu-se a necessidade de que para além da mera adequação orçamentária, seja objeto de avaliação formal, a indicação dos custos e benefícios da proposta ou de alteração da realidade existente.

Ademais, construiu-se uma proposta de um novo instituto processual, denominado “coletivização da ação individual”. Pela proposta, defendeu-se a criação de um incidente para que um dos entes que detém legitimidade coletiva participe do processo de índole individual, com vistas a viabilizar a coisa julgada *in utilibus* a todos aqueles que dependam daquela correção ou complementação da política pública questionada, sendo que no corpo do trabalho foi estabelecido o procedimento para essa novidade, alinhado que está ao pragmatismo e à análise econômica analisadas no trabalho.

Com isso, nota-se que é variada a contribuição que a racionalidade econômica para a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas. A aferição do custo-benefício das opções que são dadas, o reconhecimento das contingências econômicas em torno da atuação do Estado, bem como o reconhecimento de que os princípios éticos sob a visão do pragmatismo são contingentes, devendo refletir as circunstâncias de cultura, local e história podem auxiliar na construção do nível de prudência exigível da atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas judicializadas.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ALMEIDA, José Domingos de. Da inconstitucionalidade da suspensão de liminar ou de segurança pelo Presidente do Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.shopjuridico.com.br/index.php/artigo/ver/9> . Acesso ao 27.01.2013.
- AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. Fórum Administrativo – Direito Público – FADM, Belo Horizonte, n. 103, ano 9, set. 2009, p. 07. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=62501.
- CRISTAS, Assunção. Legística ou a arte de bem fazer as leis. Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 78-82, abr./jun. 2006.
- DIAS, Jean Carlos. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo. Método. 2009.
- DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo. Martins Fontes.2000.
- FARIA, Guiomar T. Estrella. Intepretação econômica do direito. Porto Alegre. Livraria do advogado. 1994.
- FRANK, Robert H. Microeconomia e comportamento. Lisboa. MacGraw – Hill. 3ª ed
- FILHO, Roberto Freitas. LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3634.pdf>
- FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. São Paulo. Companhia das Letras.
- GICO JÚNIOR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Economic Analysis of Law review. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010
- _____. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. Brasília: Universidade de Brasília - UnB, 2012. Disponível em: http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/53
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Análise Econômica do Direito e Políticas Públicas: Câmaras de Conciliação e Arbitragem no Executivo Federal e a Busca de Eficiência nos Marcos Regulatórios Administrativos. Disponível em <http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos/analisepeblica.htm>
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Economia. Uma introdução ao movimento Law and economics. Revista Brasileira de Direito, n. 02, ano I, pp. 40-55, 2006.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise edição especial. Disponível em http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_13/Educacao.pdf

LINHARES, José Manuel Aroso e Rosa, Alexandre de Moraes. Diálogos com a *Law and economics*. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2009.

KANNEMAN, Daniel. Rápido e Devagar. Duas formas de pensar. São Paulo. Objetiva. 2012

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo. Martins Fontes. 6ª ed. 4ª tiragem. 2000.

KHUM, Thomas. **Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1996.

MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. São Paulo. Martins Fontes. 2006.

MOURA, Humberto Fernandes de. Ativismo Judicial e “coletivização de ação individual”. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2012. vol. II. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_03_1551_1578.pdf

_____. Julgador não deve buscar verdade a todo custo. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-set-11/julgador-nao-perseguir-nao-buscar-verdade-todo-custo>
Acesso em 05.01.2013

_____. Reconhecimento da união homoafetiva pode reduzir custos do Estado. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-mai-14/reconhecimento-uniao-homoafetiva-reduzir-custos-estado2>

MANKIW, N. Gregory. Princípios de microeconomia. Tradução da 3ª ed. norte-americana. São Paulo. Cengage Learning. 2009.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia, Introdução ao direito econômico. São Paulo, RT, 6ª ed. 2ª tiragem, 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto. In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. 2003.

POSNER, Richard A. A Economia da Justiça. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2010.

_____. Direito, pragmatismo e democracia. Rio de Janeiro. Forense.

_____. El Análisis económico del derecho. Mexico. Fondo de Cultura Ecoómica. 1998,

_____. **A. Fronteiras da Teoria do Direito.** WMF Martins Fontes. 2011.

_____. Para além do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Martins Fontes. 2009.

_____. Problemas da Filosofia de Direito. WMF. Martins Fontes. 2007.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. São Paulo. Martins Fontes. 2010.

RODRIGUES, Vasco. Análise Económica do Direito. Uma introdução. Coimbra. Almedina. 2007.

RUA, Maria das Graças. Análise de Política Públicas: Conceitos Básicos **In:** O Estudo da Política: Tópicos Seleccionados ed. Brasília : Paralelo 15, 1998.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e economia? In. Direito e Economia. Org. Luciano Benetti Timm. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2 ed. 2003.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. Disponível em http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=858&dir=ASC&order=name&limit=5&limitstart=0

SARTORIS, Alexandre. Estatística e Introdução à econometria. São Paulo. Saraiva. 2003.

SCOTT, Andrew. MILES, David. Macroeconomia. São Paulo. Saraiva. 2009.

SEN, Amartya. Sobre Ética e Economia. São Paulo. Companhia das Letras. 2012. 8ª reimpressão.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. São Paulo. Cortez Editora. 23ª edição revista e atualizada. 8ª reimpressão.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. in: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 587-599

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: A qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan. – jul., 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel, Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SZTAJN, Rachel ZYLBERSZTAJN, Décio et all. Direito e Economia. Análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro. Campus elsevier. 4 reimpressão. 2005.

ULEN, Thomas. COOTER, Robert. Direito e Economia. Trad. Luis Marcos Sander e Fransciso Araújo da Costa. Porto Alegre. Bookman. 5ª ed. 2010.

VASCONCELLOS, Marco Antônio, ALVES, Denisard (org). Manual de Econometria. São Paulo. Atlas.2005.