



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UnB)
FACULDADE DE ECONOMIA, ADMINISTRAÇÃO, CONTABILIDADE E GESTÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS (FACE)
DEPARTAMENTO DE ECONOMIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ECONOMIA

Glauter Sena de Medeiros

Análise Econômica do Direito na Concretização de Políticas de Saúde e a atuação do COREN-RN

**Brasília, DF
2020**

Glauter Sena de Medeiros

Análise Econômica do Direito na Concretização de Políticas de Saúde e a atuação do COREN-RN.

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Economia Programa de Pós-Graduação em Economia, Departamento de Economia da Universidade de Brasília.
Orientador: Prof. Dr. Jorge Madeira Nogueira

Brasília, DF

2020

Glauter Sena de Medeiros

Análise Econômica do Direito na Concretização de Políticas de Saúde e a atuação do COREN-RN

Dissertação aprovada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Economia, do Programa de Pós-Graduação em Economia, Departamento de Economia da Universidade de Brasília. Comissão Examinadora formada pelos professores:

Prof. Dr. Jorge Madeira Nogueira
Orientador - Departamento de Economia - UnB

Prof. Dr. Antonio Nascimento Junior
Examinador Externo -
Departamento de Contabilidade – UnB

Prof. Dr. Roberto de Goes Ellery Junior
Examinador Interno -
Departamento de Economia - UnB

Brasília, DF

2020

Para Venância (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Ao professor Jorge Madeira Nogueira, pela orientação e amparo em momento particularmente difícil. Aos amigos Igor Délio e Raimundo Muniz, pelas valiosas contribuições ao trabalho. Aos professores do Departamento de Economia da UnB, pelos ensinamentos. Aos meus colegas de turma do mestrado, pelo aprendizado e companheirismo. Ao Órgão Plenário do Coren/RN pelo pioneirismo, empenho e zelo no incentivo à educação como forma de amadurecimento institucional. Aos meus colegas de trabalho, pelo apoio e estímulo. Aos brilhantes magistrados da Seção Judiciária da Justiça Federal do Rio Grande do Norte pela atuação competente e inspiradora na concretização dos direitos fundamentais à saúde

Aos meus pais Gilton Éneas e Maria Gisélia, irmãos Flaubert Sena, Cleiton Sena e Sebastião Neto e sogra Maria Helena, pelas conquistas que conseguimos sempre juntos.

A minha esposa Mariana e meus filhos Bernardo e Marina por traduzirem na simplicidade, o Amor de Deus por nós.

“A grandeza da humanidade determina-se essencialmente na relação com o sofrimento e com quem sofre. Isto vale tanto para o indivíduo como para a sociedade. Uma sociedade que não consegue aceitar os que sofrem e não é capaz de contribuir, mediante a compaixão, para fazer com que o sofrimento seja compartilhado e assumido é uma sociedade cruel e desumana”

Papa Bento XVI

RESUMO

É de fácil constatação que a doutrina jurídica ainda não alcançou soluções razoáveis e satisfatórias sobre o tema da implementação de políticas públicas sociais. Essa premissa é confirmada de forma paradigmática pelo fenômeno da judicialização da saúde. Dentre todas as perspectivas que envolvem tal impasse, a principal delas diz respeito aos custos financeiros desses direitos. Nesse sentido, a pesquisa investiga a fronteira entre a Economia e o Direito a partir da evolução histórico-dogmática do movimento *law and economics*. Sob uma perspectiva crítica, analisa os cinco cânones da Escola da Análise Econômica do Direito, quais sejam, a escassez dos recursos da sociedade como elemento insuperável; a Teoria dos Custos como arquétipo das escolhas; a interdependência entre a eficiência e a Justiça; o Direito como estrutura de incentivos e o empirismo como princípio metodológico da investigação juseconômica. Os resultados do estudo do acervo processual do Conselho Regional de Enfermagem do Estado do Rio Grande do Norte com enfoque nessa escola de pensamento orientam para uma modelagem estrutural da intervenção judicial em matéria de saúde coletiva.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Saúde. Custos Financeiros. Análise Econômica do Direito. Cânones metodológicos.

ABSTRACT

It is easily noted that the legal doctrine has not yet reached reasonable and satisfactory solutions to the subject of social public policy implementation. This premise is confirmed by the phenomenon of judicialization in healthcare. The main perspective among the ones involved with this issue is related to the financial costs of these rights. Thus, the research investigates the boundary between Economics and Law according to the historical-dogmatic evolution of the Law and Economics movement. Under a critical perspective, the five canons of the Law and Economics school are analysed, namely, the scarcity of society's resources as an insuperable element, Cost Theory as the choice archetype, the interdependence between efficiency and Justice, Law as a structure of incentives, and the empiricism as a methodological principle of the juseconomic investigation. The results of the study of the lawsuit collection of the regional regulatory entity of the nursing profession of the Rio Grande do Norte State with emphasis on this school of thought lead to a structural modelling of the judicial intervention on the subject of collective healthcare.

Keywords: Public Policies. Healthcare. Financial Costs. Law and Economics. MethodologicalCanons

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. DO ESTUDO DA ECONOMIA E DO DIREITO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE	
1.1. Do impasse prático relacionado à implementação dos Direitos à Saúde: A questão dos custos financeiros e a Análise Econômica do Direito	14
1.2. O Judiciário em posição de fragilidade.....	17
1.3. A judicialização da saúde sob a perspectiva econômica: um debate sobre governança, racionalidade sistêmica e eficiência alocativa	22
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-DOGMÁTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	
2.1. Da fronteira entre o Direito e a Economia	29
2.2. A Universidade de Chicago como legítima precursora do movimento	31
2.3. As subdivisões teóricas da Análise Econômica do Direito	40
3. OS CINCO CÂNONES METODOLÓGICOS DO MOVIMENTO DA AED	
3.1. A Economia como uma “Ciência Sombria”.	43
3.2. “Escolhas Trágicas”: aproximação da Economia e Ética.....	44
3.3. Da ambivalência da Escolha Pública e o problema da Escassez Absoluta e Relativa.....	45
3.4. Da existência de custos de oportunidade nas escolhas	47
3.5. A Arquitetura das Escolhas Públicas e a Teoria do Custos	48
3.6. Da eficiência como critério objetivo na avaliação das decisões.....	53
3.7. Eficiência e Justiça	54
3.8. O conceito de eficiência sob três diferentes prismas.....	55
3.9. Dos mecanismos Estático e Dinâmico da Eficiência	58
3.10. Das estruturas de incentivos.....	62
3.11. Os arranjos jurídico-institucionais como sistemas de incentivos.....	63
3.12. O direito e o Consequencialismo.....	65
3.13. O empirismo como principal método de investigação científica.....	68
3.14. Das Condições para um Nobel nas Ciências Jurídicas.....	69
4. O COREN/RN EM JUÍZO E A MODELAGEM ESTRUTURAL ECONÔMICA DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA DE SAÚDE COLETIVA	
4.1. Da Análise Econômica do Direito das Ações Cíveis Públicas do Coren/RN orientada ao fenômeno da escassez.....	72
4.2. Da Análise Econômica do Direito das Ações Cíveis Públicas do Coren/RN orientada ao fenômeno dos custos	80
4.3. Da Análise Econômica do Direito das Ações Cíveis Públicas do Coren/RN orientada ao fenômeno da eficiência.....	86
4.4. Da Análise Econômica do Direito das Ações Cíveis Públicas do Coren/RN orientada ao fenômeno dos incentivos.....	89
4.5. Destaque dos Principais Resultados.....	92

CONSIDERAÇÕES FINAIS94
REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

No cenário de calamidade pública no serviço de saúde estadual, o Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Norte (Coren/RN) foi alçado à condição de instituição competente para manifestar-se acerca da suficiência quantitativa dos profissionais de enfermagem nos mais diversos nosocômios da região.

O judiciário torna-se a principal arena na qual a mediação desse debate ocorre. São inúmeras as ações civis públicas ajuizadas pelo Conselho de Classe visando à implementação de políticas sociais sanitárias, especialmente dirigidas ao controle da qualidade na prestação dos serviços de enfermagem.

Ocorre que o desfecho das demandas judiciais nessa ordem de consideração, esbarra ordinariamente nos limites financeiros provocados pelos importantes custos dos direitos envolvidos.

Sendo assim, o cerne da questão é: qual o papel da Análise Econômica do Direito no bojo do processo de judicialização da saúde?

Nesse sentido, o objetivo geral da dissertação é desenvolver nessa área uma modelagem estrutural de intervenção judicial alicerçada em fundamentos da economia que se comuniquem com o Direito.

Dessa forma, toma-se como objetivo específico da pesquisa investigar o acervo processual do Coren/RN sob a perspectiva dos principais cânones da escola *Law & Economics*.

Por meio da revisão de literatura, reporta-se e avalia-se o conhecimento produzido em pesquisas na área da Análise Econômica do Direito, destacando-se os principais conceitos, procedimentos, resultados, discussões e conclusões relevantes para o presente objeto de pesquisa.

Para desenvolver o tema, a dissertação estrutura-se da forma descrita a seguir. O capítulo I apresenta uma abordagem introdutória do estudo da Economia e do Direito orientado à implementação de Políticas Públicas de Saúde. Parte-se do cenário constatado de verdadeira dificuldade metodológica na implementação dos direitos prestacionais, os quais enfrentam desafios na realidade do Brasil não observados no direito comparado de outras nações.

Discorre-se acerca da atuação cada vez mais intensa dos juízes na área da saúde, o que em certa medida atrai para o Judiciário uma responsabilidade originariamente do Poder Executivo, traduzida na viabilização da rede de serviços de

saúde para atender as necessidades da população. É a magistratura em posição de fragilidade por desígnio próprio.

A insuficiência da doutrina jurídica no efetivo dimensionamento da real complexidade das questões sanitárias, permite o deslocamento da análise da problemática da concretização dos direitos sociais, em grande parte, para as teorias econômicas. Neste momento, perdem espaço as digressões apriorísticas e abstratas típicas de algumas correntes do Direito. Com a mudança, debates práticos e objetivos concentram-se nos conceitos de custos públicos e critérios distributivos na efetivação das políticas públicas.

Por fim, examina-se a estrutura finalística da política pública e sua relação com a Análise Econômica do Direito na própria construção da concretização dos direitos sociais.

No capítulo II do referencial investigativo aborda-se o contexto do surgimento teórico da abordagem propugnada pela Análise Econômica do Direito, com destaque para a influência da obra de Ronald Harry Coase até o surgimento de uma miríade de subdivisões teóricas do *Law and Economics*, como a Escola de Chicago, a Teoria da Escolha Pública, a Escola Institucionalista e Neo-institucionalista, a Escola de New Haven, o Moderno Republicanismo e, até mesmo, a Escola do Critical Legal Studies.

O capítulo III apresenta as 5 (cinco) premissas da revolução metodológica capitaneada pela interseção da racionalidade econômica com o Direito, quais sejam, 1) a escassez dos recursos da sociedade; 2) a existência de custos de oportunidade em toda escolha alocativa; 3) a eficiência como critério objetivo na avaliação das Decisões; 4) a interferência das escolhas dos agentes por determinada cadeia estruturante de incentivos e 5) o empirismo como principal método de investigação científica da AED.

O capítulo IV é dedicado à aplicação das contribuições da AED para a pesquisa jurídica, tendo-se como base empírica a atuação em juízo do Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Norte.

Nas Considerações Finais argumenta-se sobre adequação e aplicabilidade da moldura conceitual da *Law and Economics* no contexto epigrafoado, discutindo-se os resultados e apresentando-se algumas considerações a respeito desse fenômeno de implementação de políticas públicas no âmbito da Saúde pelo Judiciário.

Por fim, são apresentadas as referências bibliográficas que possibilitaram o

desenvolvimento desta pesquisa.

Como resultado desta investigação, apresenta-se uma abordagem inédita que contempla verdadeira aproximação entre a Economia e o Direito no afã de assegurar o abrandamento da distância entre a efetivação de públicas de saúde e as decisões judiciais.

1 DO ESTUDO DA ECONOMIA E DO DIREITO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

1.1 Do impasse prático relacionado à implementação dos Direitos à Saúde: A questão dos custos financeiros e a Análise Econômica do Direto

É evidente que a propedêutica jurídica enfrenta uma crise quanto ao alcance de respostas adequadas e suficientes sobre o tema da implementação dos direitos sociais. Isso significa que a questão fundamental pertinente à concretização de políticas públicas de saúde ainda caminha trôpega. No bojo dos aspectos econômicos e sociais na efetivação de tais direitos, observa-se notória imprecisão de ideias.

O cerne da instabilidade estrutural da dogmática legal para tratar dessa ordem de disfunção social envolve um aspecto notadamente financeiro, relacionado aos custos dos direitos. A par disso, torna-se imprescindível a aproximação do conhecimento da ciência econômica para a superação das limitações impostas pelo problema da escassez de recursos públicos.

Nesse cenário, o denominado fenômeno da “judicialização da saúde” foi definitivamente incorporado à linguagem do direito. Logrou tamanha robustez teórica e prática que envolve não apenas os agentes processuais em si, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo (MENDES, 2010).

São tempos nos quais os direitos fundamentais da pessoa humana, inúmeros e complexos, representam demandas cada vez maiores no que pertinente ao orçamento dos entes públicos. Nesse sentido, se é certo que a atuação do Poder Judiciário é urgente para o exercício efetivo da cidadania, não menos certo é que as decisões judiciais têm significado um forte ponto de conflito perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem obrigados a garantir além das possibilidades de planejamento variadas prestações de direitos sociais.

A rigor, tem-se um cenário de verdadeira dificuldade metodológica na implementação dos direitos prestacionais. É que inexiste precisão sobre os limites do Juiz ao concretizar políticas públicas relacionadas ao Direito à Saúde. Na dogmática jurídica contemporânea, denomina-se de “metodologia fuzzy” essa lógica imprecisa, difusa e cinzenta que permeia a aplicação dos

direitos sociais nos casos concretos.

É nesse estado de coisas que se manifestam os proclamados “camaleões normativos”, expressão utilizada pelo jurista português Canotilho (2004), em alusão ao constitucionalista alemão Josef Isensee, para expressar essa realidade de instabilidade e imprecisão normativa de um sistema jurídico aberto. Por sistema jurídico aberto entende-se o conjunto de normas dinâmicas que não são imutáveis e se ajustam à realidade e as diferentes percepções da sociedade sobre o que é justo e adequado à sociedade.

De tal realidade desponta uma questão fundamental para qualquer intérprete do direito, qual seja, saber até que ponto uma norma crava dado conteúdo específico acerca de determinada questão ou se não representa apenas uma sugestão de múltiplos conteúdos desse direito.

Como destacado por Canotilho (2004) nos estudos sobre direitos fundamentais, os temas que envolvem direitos econômicos, sociais e culturais são considerados campos férteis para uma sensível confusão hermenêutica entre estes dois tipos de discursos: ora enfatizando-se o caráter mais preciso e rigoroso da norma (tipicamente do direito), ora enveredando-se pela interpretação mais diretiva e programática da lei (próprio de um raciocínio mais político).

Tratar de forma crítica os atuais instrumentos metodológicos do Direito e a questão hermenêutica das normas que definem as questões relacionadas a políticas públicas de saúde permite não reproduzir meros dogmas contra os direitos sociais.

As principais correntes doutrinárias que, em certa medida, estigmatizam a real complexidade do tema, podem ser resumidas em quatro posições bem delimitadas que orbitam em torno de interpretações da “Teoria da Reserva do Possível”.

A primeira dessas linhas de pensamento propugna pela total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente garantidos.

O segundo entendimento encontrado sustenta a baixa aplicabilidade prática das normas constitucionais consagradoras dos direitos à saúde. A previsão constitucional, nesse sentido, ganha muito mais um contorno de norma programática ou mesmo de mero dirigismo principiológico de políticas

públicas. Portanto, sem a força cogente de um direito concreto e subjetivo, que em caso de violação poderia ser imediatamente demandado pelo indivíduo.

A terceira leitura da Teoria da Reserva do Possível defende a gradualidade da concretização dos direitos sociais tendo em vista os limites financeiros que envolvem a prestação pelo Estado de serviços dessa natureza. Como destacado por Canotilho (2004):

16.3. [...] Hoje, como ontem, os direitos sociais, económicos e culturais colocam um problema incontrolável: custam dinheiro, custam muito dinheiro. Por isso, logo nos começos da década de 70, P. Häberle formula a ideia da “reserva das caixas financeiras”, para exprimir a ideia de que os direitos económicos, sociais e culturais estão sob reserva das capacidades financeiras do Estado, se e na medida em que elas consistirem em direitos a prestações financiadas pelos cofres públicos [Cfr. P. Haberle, Grundrecht im Leistungsstaat, VVDSTRL, 30 (1972), p. 139.] Na mesma altura, um outro juspublicista alemão W. Martens, reforçava esta ideia através de expressões plásticas que, hoje, são saturadamente repetidas nos manuais: “Os direitos subjectivos públicos susceptíveis de realização só podem ser garantidos no âmbito do possível e do adequado, e já por este motivo eles são desprovidos de estado jurídico-constitucional.” [Cfr. W. Martens, Grundrecht im Leistungsstaat, VVDSTRL, 30 (1972), p. 31.] (CANOTILHO, 2004, grifo nosso, p.210)

Já a quarta exegese dogmática que esvazia a ideia de concretização dos direitos sociais advoga a insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à regulamentação das normas constitucionais reconhecedoras desses direitos.

Nesse aspecto, dado a mencionada crise metodológica e hermenêutica do Direito não surpreende o fato de que a problemática dos direitos sociais tenha sido deslocada, em grande parte, para as teorias econômicas balizadas por um grau de objetividade e pragmatismo muito mais evidente. Enfim, como enfatiza Canotilho (2004), “havemos de convir que a problemática jurídica dos direitos sociais se encontra hoje numa posição desconfortável”. (CANOTILHO, p. 98 - 99).

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão do direito à saúde envolve. E um dos principais empecilhos relaciona-se aos custos financeiros desses direitos.

Eis a principal justificativa que fundamenta a presente investigação científica centrada no alcance doutrinário da interseção entre a Economia e o Direito para a efetivação de políticas públicas de saúde.

Contudo, essa aproximação de dois universos tão diferentes por si só não é trivial. E ganha relevos ainda mais acidentados quando se considera a especificidade dos direitos relacionados à saúde no Brasil, dado que a dinâmica desses direitos fundamentais sociais no país enfrenta desafios que não se apresentam no direito comparado.

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais, especificando seu conteúdo e forma de prestação, como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos e os direitos sociais, ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

No caso da Alemanha, por exemplo, a Constituição Federal praticamente não contém direitos fundamentais de maneira expressa (ALEXY, 2008). Já Portugal diferenciou o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias do regime constitucional dos direitos sociais (ANDRADE, 2004).

Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal Brasileira como autênticos direitos fundamentais. No entanto, tem-se que a própria existência desses direitos em outros países é questionada, como nos casos citados, com as respectivas Constituições não os prevendo de maneira expressa ou não lhes atribuindo eficácia plena. (MACHADO, 2018)

Dessa forma, o desenho constitucional dos direitos à saúde no Brasil torna a tarefa da convergência dos instrumentos jus-econômicos consideravelmente mais complexa, de forma que o alinhamento da Economia e do Direito necessariamente deve respeitar a peculiaridade desse panorama. Ou seja, não se torna viável a mera reprodução do acervo teórico do movimento da Análise Econômica do Direito sem o devido amoldamento doutrinário à realidade do Brasil.

1.2 O Judiciário em posição de fragilidade

Dessa forma, fato é que existe grande dificuldade para deslindar a

tensão entre um auspicioso direito constitucional à saúde, notadamente na forma desenhada no Brasil, e um limitado catálogo de políticas públicas na prática. A atuação cada vez mais intensa dos juízes na área da saúde, atraindo para si a responsabilidade originariamente do Poder Executivo de viabilizar uma rede de serviços de saúde compatível com as necessidades da população, coloca a magistratura – e o Poder Judiciário como um todo – em posição de fragilidade. (ZEBULUM, 2018).

Há quem acredite ser necessário que o magistrado compreenda a medicina e seus problemas, a ponto de considerar-se um problema o fato de juristas não terem formação em direito sanitário, especialmente os juízes (LES ENTRETIENS, 2008, p. 72). Outros, por sua vez, entendem que dado a dificuldade de interseção de saberes tão distintos, o mais adequado seria a promoção de especialistas nos respectivos campos de atuação. (LES ENTRETIENS, 2008, p. 74).

Diante dessa nova posição assumida pelo Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça a partir de estudos sobre a judicialização da saúde formulou algumas recomendações, aos Tribunais de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais e às escolas de magistratura, por meio da Recomendação 31, de 30 de março de 2010, e da Recomendação 43, de 20 de agosto de 2013. Desses dois documentos, destacam-se as seguintes recomendações pela relevância:

- a) celebração de convênios para oferecer, aos magistrados, apoio técnico de médicos e farmacêuticos a respeito das questões clínicas discutidas nos processos judiciais;
- b) especialização de varas para processar e julgar ações cujo objeto seja o direito à saúde;
- c) inclusão da legislação relativa a direito sanitário no programa de direito administrativo dos concursos para ingresso na carreira da magistratura e nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados.

Contudo, em que pese a importância das mencionadas estratégias, pondere-se que tais recomendações não têm caráter vinculante nem sancionatório, visto que a Constituição assegura aos tribunais a auto-organização e a autonomia administrativa, de acordo com os artigos 96 e 99 da

Constituição Federal.

Outro aspecto importante é que a adoção dessas medidas não depende exclusivamente do Poder Judiciário. Por exemplo, a celebração de convênios de apoio técnico requer participação da secretaria de saúde ou de universidades. O projeto de lei para a criação de novas varas, de iniciativa do judiciário, nos termos do art. 96, inciso i, alínea d da Constituição Federal, deve ser aprovado pelo legislativo e sancionado pelo executivo. E a inclusão da legislação sanitária nos programas dos concursos da magistratura federal é competência do Conselho de Justiça Federal (CJF).

No entanto, não deixa de ser importante a posição estratégica que o Conselho Nacional de Justiça ocupa no Poder Judiciário, permitindo-se ter uma visão mais holística da judicialização da saúde e propor diretrizes para o enfrentamento de dificuldades comuns numa perspectiva de longo prazo. Além disso, em razão da expansão da judicialização da saúde, é dever dos órgãos judiciários dar início às medidas de aperfeiçoamento do Poder Judiciário, ainda que a sua efetiva execução dependa de outras instâncias. Ilustrativamente, cite-se a inclusão do direito sanitário no programa do concurso para ingresso da magistratura já foi adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

Sem olvidar as louváveis iniciativas protagonizadas pelo Poder Judiciário na gestão das demandas sanitárias, é preciso considerar que o problema, sob qualquer ângulo de análise, necessariamente perpassa pela adoção de premissas distributivas na análise da questão.

Nesse sentido, a arena da judicialização da saúde estaria preparada para discutir esses critérios distributivos de forma sistêmica, dado que a resolução de determinado demanda está restrita as partes processuais?

Ao contrário dos direitos individuais de primeira geração que exigem do Estado o dispêndio de valores de forma genérica para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade, por exemplo; no caso do direito social, como a saúde, a Administração Pública deve dispor de valores em função das necessidades individuais de cada cidadão.

Nessa perspectiva, ressalte-se as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da

“reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas. Destarte, a partir da perspectiva das finanças públicas, tem-se que “ levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”. (HOLMES; SUNSTEIN, 1999).

Segundo essa visão, ante a inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, em escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem escolhas pautadas por critérios de macrojustiça.

É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestados, a maximização do resultados etc.

Nessa linha de análise, uma das respostas à pergunta acima realizada orienta que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, levar em consideração as consequências globais da destinação de recursos públicos. Assim em benefício da parte específica do processo, originar-se-ia invariável prejuízo para o todo (AMARAL, 2001).

Além disso, as análises apontariam que o deslocamento do problema do déficit de eficácia do direito fundamental à saúde para a seara da microjustiça conduziria o Judiciário a proferir decisões que se projetam no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (CALABRESI; BOBBITT, 1978).

Essas categorias de decisões nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre, de um lado, a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, e do outro lado as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos.

Sucedo que, em relação ao questionamento anterior acerca da adequação da judicialização da saúde, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais ponderam que a incapacidade

econômico-financeira do ente estatal não poderia servir de salvo-conduto para exonerá-lo 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.

A esse respeito, cita-se jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, impõe-se, ao julgador, uma vez configurado esse dilema, uma só e possível opção: precisamente aquela que privilegia, por razões de natureza ético-jurídica, respeito indeclinável à vida e à saúde humana. (STF - RE: 393175 RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/02/2006, Data de Publicação: DJ 16/02/2006 PP-00054 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 163-166).

Na oportunidade, o Ministro Celso de Mello enfrentou o conflito entre a cláusula da “reserva do possível” e a garantia do “mínimo existencial” mediante a adoção do critério da ponderação dos valores constitucionalmente assegurados com o intuito de privilegiar a supremacia do direito à dignidade e à vida sobre a capacidade meramente orçamentária do Estado. Em seu voto, alertou que em tal hipótese não se mostraria lícito ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político administrativa, criar obstáculo artificial que promoveria 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.

Destarte, caso fossem acolhidas as argumentações estritamente orçamentárias como forma de justificar a inobservância do dever de conferir efetividade ao direito de saúde, estaria sendo respaldada pelo Poder Judiciário a suposta existência da denominada “cláusula supralegal de descumprimento da Constituição.” (FREIRE, 2004, p.75). Ou ainda, conforme o magistério de Canotilho, estar-se-ia abrindo campo à Teoria da “ditadura dos cofres vazios”, que, abordando o tema da implementação de políticas públicas

com vistas à efetivação dos direitos sociais, assim expõe:

[...] a gradualidade está associada, por vezes, à “ditadura dos cofres vazios” entendendo-se que ela significa a realização dos direitos sociais em conformidade com o equilíbrio econômico-financeiro do Estado. Se esta ideia de processo gradualístico-concretizador dificilmente pode ser contestado, já assim não acontece com a sugestão avançada por alguns autores sobre a completa discricionariedade do legislador orçamental quanto à atuação socialmente densificadora do Estado. **A tese da insindicabilidade das “concretizações legislativas” ou da “criação de direitos derivados a prestação” pelo legislador assenta no postulado de que as políticas de realização de direitos sociais assentam em critérios exclusivos de oportunidade técnico-financeira**”. (CANOTILHO, 2004, grifo nosso, p. 110) .

Como visto, a questão da singularidade do perfil constitucional dos direitos à saúde no Brasil representa uma robusta variável na investigação científica que trata de aproximar a Economia do Direito.

Nota-se que está fadada ao fracasso qualquer análise econômica do direito que se furte a considerar a robustez constitucional do direito à saúde no Brasil como reflexo efetivo da evolução histórica da cidadania no país.

Nesse sentido, o instrumental metodológico da economia na doutrina do *Law and Economics* não tem o condão de substituir o arcabouço principiológico do Direito que envolve a definição de conceitos jurídicos tradicionalmente construídos ao longo de importantes experiências sociológicas.

Na realidade, os cânones operacionais do movimento da Análise Econômica do Direito visam a maximizar o alcance e a efetividade do fenômeno jurídico na sociedade.

1.3 A judicialização da saúde sob a perspectiva econômica: um debate sobre governança, racionalidade sistêmica e eficiência alocativa

Conforme observado em epígrafe, uma das razões para a posição de fragilidade assumida pelo Judiciário no contexto da efetivação de políticas estruturantes sanitárias perpassa pelo baixo critério distributivo do espectro de decisões emanadas do respectivo Poder. Para garantir-se o direito fundamental à saúde de um indivíduo, ocasionalmente a prestação jurisdicional não vai

considerar reflexos quanto à alocação de recursos orçamentários em termos de macrojustiça.

Destarte, avulta nesse particular que o problema da efetivação das políticas públicas de saúde é, essencialmente, um dilema clássico do *homo economicus*: de um lado as necessidades humanas ilimitadas e do outro a falta de recursos suficientes para atender essas demandas. Ademais, mesmo naquelas hipóteses em que se imagina a alocação de quantidades cada vez maiores de insumo para a produção de um determinado bem ou serviço, nota-se que a lei econômica da restrição dos retornos decrescentes representa verdadeiro limite natural a tais pretensões. Logo, tem-se que a escassez até hoje permanece como a regularidade mais persistente e universal da vida econômica.

A lógica econômica da escassez é particularmente determinante no âmbito da gestão do Sistema Único de Saúde no Brasil que, por disposição constitucional, deve garantir acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde.

Contudo é preciso lembrar, como adverte o economista norte-americano Sowell (2007), que independentemente das políticas públicas e das instituições e práticas sociais – sejam elas sábias ou não, nobres ou não – simplesmente não há riqueza suficiente para satisfazer todos os desejos humanos ao máximo.

A escassez, nesse sentido, não representa uma opção. É algo determinado. Condiciona em grande medida a necessidade tanto de esforços produtivos de toda a sociedade como também a responsabilidade no gasto público. É um problema econômico que absolutamente não depende da presença de questões financeiras para está presente. A esse respeito, eis a lição do assinalado economista Thomas Sowell (2007):

Quando uma equipe médica militar chega a um campo de batalha, no qual soldados possuem uma variedade de ferimentos, eles são confrontados com o clássico problema econômico da alocação de escassos recursos que possuem usos alternativos. Quase nunca há médicos, enfermeiros ou paramédicos suficientes para percorrer a área, nem medicações bastantes. Alguns dos feridos estão próximos à morte e têm poucas chances de serem salvos, enquanto outros possuem uma chance de lutar se receberem cuidados

imediatos, e ainda outros estão apenas superficialmente feridos e provavelmente se recuperarão quer recebam tratamento médico imediato ou não. Se a equipe médica não alocar seu tempo e medicação eficientemente, alguns dos soldados feridos morrerão desnecessariamente, enquanto tempo está sendo gasto atendendo a outros não tão urgentemente necessitados de cuidados ou ainda outros cujos ferimentos são tão devastadores que morrerão não obstante qualquer coisa que possa ser feita por eles. É um problema econômico, embora nem um centavo tenha mudado de mão. Muitos de nós odeiam até mesmo o fato de ter de pensar em fazer tais escolhas. (SOWELL, 2007, p. 4)

É nesse contexto que a análise da intervenção judicial em políticas públicas de saúde não deve se concentrar exclusivamente no aparato do Direito e, por conseguinte, prescindir do debate sobre governança, racionalidade sistêmica e eficiência alocativa.

A associação da Economia e o Direito nessa perspectiva garante a ascensão do *government by policy*, o qual propõe ao jurista problemas que o conhecimento jurídico tradicional oferece poucas respostas.

A política pública é eminentemente finalística, isto é, está basicamente voltada à consecução de fins concretos. Sua legitimidade, portanto, prende-se não apenas aos procedimentos seguidos para sua feitura, mas também à plausibilidade de que os efeitos pretendidos possam ser de fato alcançados.

Sabe-se que um importante especto do fenômeno da judicialização da saúde, notadamente o relacionado a ações com dinâmica de microjustiça (baseadas, portanto, em informações e provas contidas em cada processo judicial isolado), desvia o fluxo do atendimento das necessidades sanitárias globais. Tal situação dificulta a racionalidade sistêmica no acesso a ações e serviços de saúde.

A Análise Econômica do Direito, na espécie, é indispensável para que todos os agentes envolvidos nos mecanismos de judicialização da saúde tenham ferramentas eficazes de diagnóstico da situação, a fim de tomar decisões e adaptar estratégias com base em evidências.

Disponer de informações completas e sistematizadas sobre as ações judiciais possibilita ao Administrador Público, por exemplo, identificar falhas na gestão, desperdícios de recursos públicos e oportunidades de melhoria de eficiência no sistema. Na prática, a atuação em juízo do Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Norte com base nessas premissas traduz em

verdadeira custódia a um dos pilares ao hígido funcionamento do SUS: o efetivo controle do sistema.

Esse componente é mencionado pelo Referencial de Governança Pública do TCU (Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública. Brasília: TCU, 2014, p. 26), segundo o qual:

Governança no setor público compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.

Com efeito, a boa governança na administração pública necessita, dentre outros componentes, de um controle efetivo e do monitoramento dos fatores internos e externos à gestão. Logo, é fundamental a manutenção de rotinas permanentes de coleta, processamento e análise de dados sobre a judicialização da saúde, bem como de detecção de eventuais ineficiências alocativas.

O instrumental metodológico das ciências econômicas aplicadas ao Direito expande a compreensão desta última área do conhecimento. Ora, como saber se a intervenção judicial no plano sanitário restaria bem sucedida, garantindo-se portanto a salvaguarda das disposições constitucionais da matéria, se o Direito rejeitasse do raio de sua propedêutica a investigação das consequências das decisões Judiciais?

Economia e Direito entrelaçam-se para evitar que o controle insuficiente sobre as políticas públicas de saúde represente a impossibilidade de gerar um diagnóstico seguro sobre a efetividade das decisões coletivas.

Acrescente-se que sem essa perspectiva de atuação conjunta da duas ciências, no caso específico da judicialização da saúde, seria inviável identificar as falhas na gestão pública que originariam os principais problemas estruturais na questão sanitária. Desse modo, o administrador sem os elementos para evidenciar as principais causas da judicialização na matéria, estaria fadado a reproduzir os mesmos erros. E o judiciário a replicar as mesmas decisões, sem a solução efetiva do problema, tais como a ineficiência da rede pública de saúde, a não inserção de determinados itens nas políticas do Sistema Único de Saúde (SUS), a desatualização dos protocolos clínicos e das relações do SUS,

, dentre outros.

Assentando-se a importância do raciocínio sistêmico ao Direito, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de acordo com indicadores de intensidade de judicialização da saúde por tribunal e ano, demonstrou que o Estado do Rio Grande do Norte está entre os três primeiros Estados com os maiores indicadores de litigância em saúde para 100 mil habitantes. A propósito, de acordo com dados do CNJ (2019):

Tabela 1: Indicadores de litigância em saúde para 100 mil habitantes por Estado

TJ	REGIÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	MÉDIA
TJMS	Centro-Oeste	2,16	28,62	47,95	79,28	112,40	154,45	148,61	211,90	214,70	111,12
TJCE	Nordeste	11,29	10,72	15,86	28,00	46,55	52,63	165,75	65,19	310,68	78,52
TJRN	Nordeste	44,38	66,47	78,75	76,95	74,51	82,47	72,13	77,64	116,68	76,67
TJPE	Nordeste	25,48	28,13	36,61	92,13	132,55	59,62	53,94	63,88	66,09	62,05
TJMT	Centro-Oeste	66,12	77,85	64,86	72,61	67,60	83,02	46,18	45,23	33,58	61,89
TJSC	Sul	3,76	6,21	7,68	14,08	29,69	67,80	102,80	121,37	175,73	58,79
TJAL	Nordeste	14,13	38,35	35,09	60,94	35,41	19,27	48,58	87,38	85,05	47,13
TJMA	Nordeste	34,16	62,50	62,51	51,20	34,66	37,79	31,66	32,18	34,44	42,34
TJSP	Sudeste	9,08	18,74	22,55	33,46	37,86	44,57	48,47	47,72	52,03	34,94
TJRO	Norte	0,00	11,53	14,34	36,41	71,23	17,61	25,73	0,17	0,00	19,67
TJTO	Norte	0,07	0,29	3,00	7,27	12,18	16,97	31,09	38,10	38,70	16,41
TJRJ	Sudeste	114,98	24,72	0,14	0,09	0,25	0,70	1,10	0,73	1,03	15,97
TJAC	Norte	0,00	0,41	1,21	5,80	14,94	27,46	21,78	31,47	32,06	15,01
TJDFT	Centro-Oeste	0,00	0,04	0,11	0,38	0,93	1,54	4,67	19,65	87,61	12,77
TJMG	Sudeste	1,92	3,20	3,86	5,84	8,92	9,64	10,87	17,26	26,26	9,75
TJPI	Nordeste	0,22	0,22	0,22	0,38	0,72	1,25	2,09	1,28	1,89	0,92
TJES	Sudeste	0,09	0,23	0,25	0,28	0,81	0,62	0,79	1,16	1,67	0,65
Total		24,40	20,34	19,97	29,59	35,71	35,95	45,41	43,68	67,04	35,79

Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. 2019

Da análise dos dados acima, verifica-se por exemplo que o Estado de São Paulo, muitas vezes referenciado como um espaço de elevada litigiosidade, tem um indicador médio ligeiramente inferior à média dos estados brasileiros que compõem a base de dados de saúde em 1ª instância. Com efeito enquanto São Paulo apresenta cerca de 35 casos para cada 100 mil habitantes, a média é 36 casos a cada 100 mil habitantes. Este é um dado

importante a ser destacado, pois contraria o senso comum, em parte construído pela própria literatura, de que alguns estados do Sul e Sudeste são os que apresentam maior judicialização

Além disso, ainda de acordo com o mesmo Relatório, observa-se também que para várias unidades da federação, incluindo o Estado do Rio Grande do Norte, é cada vez maior a representatividade dos processos judiciais relativos à Saúde em relação ao total de processos de 1º grau, Juizados Especiais e Turmas Recursais em comparação. Nesse sentido:

Tabela 2 :Representatividade dos Processos Judiciais relativos à Saúde em relação ao total de processo de 1º grau, Juizados Especiais e Turmas Recursais

TJ	REGIÃO	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
TJAC	Norte	0,000%	0,002%	0,005%	0,023%	0,060%	0,129%	0,098%	0,150%	0,145%
TJAL	Nordeste	0,070%	0,178%	0,170%	0,293%	0,179%	0,100%	0,260%	0,455%	0,399%
TJCE	Nordeste	0,071%	0,075%	0,109%	0,173%	0,274%	0,298%	1,000%	0,406%	1,927%
TJDF	Centro-Oeste	0,000%	0,000%	0,000%	0,001%	0,003%	0,005%	0,014%	0,055%	0,268%
TJES	Sudeste	0,000%	0,001%	0,001%	0,001%	0,002%	0,002%	0,002%	0,003%	0,005%
TJMA	Nordeste	0,668%	1,102%	0,617%	0,440%	0,252%	0,203%	0,162%	0,149%	0,151%
TJMG	Sudeste	0,009%	0,013%	0,016%	0,023%	0,035%	0,036%	0,042%	0,065%	0,101%
TJMS	Centro-Oeste	0,005%	0,079%	0,142%	0,230%	0,380%	0,593%	0,381%	0,528%	0,512%
TJMT	Centro-Oeste	0,226%	0,245%	0,191%	0,204%	0,180%	0,214%	0,110%	0,102%	0,076%
TJPE	Nordeste	0,081%	0,096%	0,131%	0,335%	0,531%	0,258%	0,220%	0,246%	0,250%
TJPI	Nordeste	0,002%	0,002%	0,002%	0,003%	0,004%	0,006%	0,011%	0,006%	0,009%
TJRJ	Sudeste	0,182%	0,043%	0,000%	0,000%	0,000%	0,001%	0,001%	0,001%	0,001%
TJRN	Nordeste	0,278%	0,454%	0,455%	0,388%	0,388%	0,387%	0,316%	0,319%	0,553%
TJRO	Norte	0,000%	0,045%	0,050%	0,121%	0,243%	0,061%	0,095%	0,001%	0,000%
TJSC	Sul	0,009%	0,015%	0,018%	0,032%	0,068%	0,161%	0,224%	0,220%	0,317%
TJSP	Sudeste	0,017%	0,035%	0,041%	0,059%	0,069%	0,082%	0,088%	0,086%	0,093%
TJTO	Norte	0,000%	0,001%	0,011%	0,026%	0,044%	0,064%	0,121%	0,138%	0,140%
Total		0,065%	0,054%	0,051%	0,074%	0,088%	0,087%	0,108%	0,102%	0,155%

Fonte: Conselho Nacional de Justiça. Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução.2019

Nesse diapasão, observa-se que não só o SUS é um sistema idealmente responsivo a diferenças sócio-demográficas e epidemiológicas regionais, como se estabelece como uma estrutura descentralizada e federativa, de modo que

sua organização e gestão também são influenciadas pela capacidade de cada unidade federativa em organizar-se administrativamente e implementar os serviços de saúde de sua competência. (ARRETCHE, 2003).

Com efeito, a interseção do Direito e Economia no efetivo controle administrativo/judicial das ações relacionadas ao tema da saúde, representa verdadeiro guia para a construção de um modelo de intervenção judicial em políticas públicas. A governança emanada do movimento do *Law and Economics* proporciona ao gestor público a produção de um diagnóstico preciso e consistente sobre o impacto da judicialização no orçamento e na gestão pública.

Dessa forma, para a análise da pertinência entre meios jurídicos e fins normativos não basta interpretar a lei nem recorrer a intuições de justiça: é preciso apelar a uma ferramenta descritiva do mundo e isso é precisamente o papel da Análise Econômica do Direito (PARGENDLER; SALAMA, 2014).

Não surpreende que tal corrente doutrinária comece a ganhar adesão e reconhecimento cada vez maiores na academia. No início rotulada de forma ideológica como conservadora, reacionária e neoliberal, a Análise Econômica do Direito (AED) se revelou, gradativamente, uma ferramenta indispensável em diversos campos da experiência jurídica e da política pública.

Ante o exposto, faz-se necessário investigar esse referencial teórico que aproxima a Economia do Direito, desde o seu surgimento até o desenvolvimento das várias escolas de pensamento nesse campo do conhecimento. Eis o objetivo do capítulo seguinte.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-DOG MÁTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito (AED) começa a ganhar reconhecimento e espaço cada vez maiores na academia e na prática profissional, mostrando-se uma ferramenta indispensável em diversas áreas da experiência jurídica. Esse imperativo teórico da Economia em auxílio ao Direito torna-se cada vez mais presente à medida que crises de ordem sanitária com repercussões globais, por exemplo, afetam a estabilidade de diversos sistemas jurídicos pelo mundo.

Entre os vários enfoques adotados para a compreensão dessas mudanças no Direito, aqueles alinhados à escola de pensamento do *Law and Economics* apresentam-se entre os mais promissores.

É que o aparato conceitual dessa corrente de estudo, obviamente quando encarado com as necessárias cautelas críticas, tem o potencial de aproximar juristas formados nas mais diferentes tradições jurídicas.

Essa perspectiva é justificada ante a racionalidade pragmática que envolve as premissas metodológicas do movimento jus-econômico, pouco afeto a argumentos ideológicos e de bases abstratas.

Nesse sentido, o presente capítulo é iniciado abordando-se prefacialmente os limites da fronteira entre o Direito e a Economia. No passo seguinte, avança-se pela análise acerca das origens dos pensamentos econômicos que subsidiam a epigrafada escola doutrinária. Por fim, investiga-se as principais subdivisões teóricas do movimento da AED.

2.1 Da fronteira entre o Direito e a Economia

É comum, nas culturas influenciadas pelo sistema romano-germânico, uma ideia do Direito desvinculada de outras áreas do conhecimento humano, de modo que as leis e decisões judiciais na tradição *civil law*, por si próprias, são tidas como verdadeiras soluções para os problemas da sociedade. Contudo, observa-se que a proteção dos direitos sociais não depende apenas da tinta lançada em uma folha de papel (OLIVEIRA, 2012). Sem a concretização das promessas constitucionais, o que se tem é um ambiente de

insinceridade normativa, quando a realidade deixa de ir ao encontro do que positivado na norma.

No limite, essa perspectiva exclusivamente endógena do Direito representa, em certa medida, incontestável obstáculo às necessárias transformações sociais. Dessa feita, a aplicação do Direito efetivamente vinculado ao ambiente social por ele regulamentado, pressupõe além de certa compreensão da estrutura do comportamento humano regulado pelas norma; o entendimento acerca das consequências de determinadas decisões à luz das finalidades estabelecidas nas leis.

Nessa quadra de ideias, são amplas as pesquisas que, preocupadas com os limites da concretização das finalidades de diversos ordenamentos jurídicos, guiam suas investigações para as propostas teóricas do movimento *Law and Economics*.

Destaque-se que a utilização do aparato metodológico da economia para investigar o direito não significa que apenas os economistas dominam essa área do conhecimento. Ao revés, consoante observação do Doutor em Economia pela Universidade de Brasília, Ivo Gico Jr. (2010, p.13), na maioria dos casos, os pesquisadores que atuam nesse ramo são juristas ou possuem dupla formação.

A Análise Econômica do Direito, segundo o mesmo autor, basicamente, opera em duas frentes. A primeira tenta compreender, explicar e prever os efeitos fáticos do ordenamento jurídico e a segunda procura investigar os incentivos internos das normas legais. É a partir disso que o mencionado jus-economista afirma que “a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito” (GICO, 2010, p.13).

A doutrina do *Law and Economics* ao atender particularmente esse anseio por objetividade existente no pensamento jurídico construído ao longo do século XX conquista, diferentemente de outros movimentos jurídico-doutrinários tipicamente americanos, uma simpatia quase mundial. A rigor, verifica-se um fenômeno de subsunção ao conceito moderno de Ciência, por meio da utilização do método econômico aplicado ao direito.

Assim, partindo-se dos ensinamentos de Bobbio (2014) acerca da análise do pensamento do realismo jurídico, pode-se afirmar que tal projeto

científico interdisciplinar, na origem, representou um esforço contra duas concepções do Direito muito tradicionais: a primeira contra o jusnaturalismo, que nutre uma visão ideal do direito e a segunda contra o positivismo em sentido estrito, que tem uma elaboração formal do direito.

Em antítese à primeira concepção, a Análise Econômica do Direito pode ser chamada de corrente realista, no sentido de que não observa o direito como deve ser, mas como efetivamente é. Já em oposição à segunda concepção, o movimento jus-econômico pode ser denominado de conteudístico, na medida em que não vê o direito como complexo de normas válidas, mas como normas efetivamente aplicadas em uma determinada sociedade.

Com efeito, segundo o historiador do pensamento político Norberto Bobbio (2014), em seu livro denominado Teoria da Norma Jurídica, tanto os jus-naturalistas quanto os positivistas pecam por abstração. Aqueles porque substituem o direito real pela aspiração à justiça, estes porque o substituem pelas regras impostas e formalmente válidas, que frequentemente são pura forma vazia de conteúdo.

Destarte, enquanto os positivistas veem, por exemplo, apenas o contraste existente entre direito válido e direito justo, os teóricos do realismo jurídico reclamam também um contraste entre direito imposto e aquele efetivamente aplicado, e consideram apenas este último o direito em sua concretude, único objeto passível de pesquisa por parte dos juristas que não pretendem perder tempo com hologramas doutrinários.

2.2 A Universidade de Chicago como legítima precursora do movimento

Segundo Coelho (2007), a maior parte dos autores não hesita em identificar a Universidade de Chicago como a legítima precursora do movimento em epígrafe e a Economia Microeconômica Neoclássica, conjuntamente com sua vertente welfarista, como a teoria econômica que verdadeiramente permeia suas conclusões.

A propósito, a referida autora ao citar Cooter e Ulen (1996), Mercurio e Medema (1999), preleciona que

nas últimas décadas do século XX, o movimento conhecido como “Análise Econômica do Direito”, ou simplesmente como “*Law and Economics*”, deixou de ser um pequeno e alternativo programa de pesquisa nas áreas do Direito e da Economia, para estabelecer-se como uma das principais escolas jurídicas dessa época. Seu desenvolvimento e aplicação resultaram em profundas mudanças tanto no contexto disciplinar das Faculdades de Direito como na prática jurídica norte-americanas. Prova disso é que a partir de 1980, pelo menos um economista fazia parte do corpo docente das mais conceituadas escolas de Direito dos Estados Unidos, quando também passaram a ser publicadas diversas revistas especializadas no em *Law and Economics*. No que tange à prática jurídica, por sua vez, atribui-se à Análise Econômica do Direito não só o movimento de desregulamentação dos mercados americanos de transporte e telecomunicações, mas também a reforma criminal de 1984 e a freqüente aplicação de teorias econômicas em decisões judiciais por parte de juízes como Breyer, Posner, Easterbrook, Calabresi e Ginsburg.

Nesse sentido, tem-se que a história do desenvolvimento da Análise Econômica do Direito é usualmente registrada sob a perspectiva de uma sensível separação entre:

a) um primeiro período de pesquisas, estabelecido entre 1940 e 1950, focado em campos do Direito estritamente ligados à economia, tais como o Direito Antitruste, o Direito Comercial, o Direito da Regulação e o Direito Tributário; e

b) a fase instaurada a partir de 1960, em que se utiliza a análise econômica conforme Duxbury(2001) para explicar e criticar regras legais que não tão obviamente comportavam uma dimensão econômica, , como, por exemplo, as regras contratuais, regras de responsabilidade civil, e, até mesmo, regras de Direito Penal e Processual.

Seguramente o trabalho seminal no campo acadêmico que viria a consolidar esta última fase da Escola da *Law and Economics*, foi “*The Problem of Social Cost*”, publicado em 1960 por Ronald Harry Coase. Filho único de pais humildes, ele dedicou oito décadas à área de pesquisa que ajudou a criar a fronteira entre o direito e a economia.

Em sua obra, Coase (1960) promoveu um estudo substancialmente focado em demonstrar de que forma a distribuição de direitos poderia afetar o sistema econômico em casos envolvendo a responsabilização civil por eventos danosos, o que, por si só, constituiu relevante marco para um estudo que

permitisse a interface entre Direito e Economia, bem como a pesquisa jurídica sob a égide da eficiência e não sob o paradigma exclusivo da justiça.

Inaugurou-se, assim, a Teoria dos Custos de Transação, construção que permanece, até a atualidade, como importante reflexão acerca das implicações econômicas das normas jurídicas e referência para a elaboração de políticas legislativas e decisões judiciais. De acordo com Fernandez (2013), ao ensejo da análise da obra de Coase:

seguramente uma das maiores contribuições deste pesquisador foi a construção teórica que viria a ser denominada de Teorema de COASE. **Assumindo que, no mundo real, existem externalidades, isto é, “custos ou benefícios que as actividades de algum agente impõem a terceiros que não por via do sistema de preços”, o teorema pode ser formulado do seguinte modo: “se os custos de transacção são nulos, qualquer definição inicial dos direitos de propriedade leva a um resultado eficiente”** (RODRIGUES, grifo nosso, 2007, p. 41-50).

Para observar-se como o teorema de Coase funciona, suponha-se o exemplo em que “A” tenha um cachorro, o qual late e incomoda o vizinho “B”. Aquele agente obtém um benefício por ser dono do animal, mas o cão confere uma externalidade negativa para “B”. Sendo assim, “A” deve ser forçado a se livrar do bicho ou “B” deve ficar noites sem dormir por causa dos latidos do cão?

Perquire-se, inicialmente, qual resultado é socialmente eficiente. Logo, deve-se comparar o benefício que “A” obtém da posse do cachorro com o custo imposto a “B” pelos latidos do animal. Caso o benefício exceda o custo, para “A” será eficiente ficar com o animal, e para “B”, conviver com o barulho. Mas, se o custo for maior que o benefício “A” deverá se livrar do cão. A questão central deixa de ser, então, a de como restringir a posse do animal que acarretava a perturbação no vizinho, por meio da imposição de direitos e deveres, para concentrar-se no problema de maximização do benefício geral.

Dessa forma, de acordo com o teorema de Coase, o mercado privado chegará ao resultado eficiente por si só. Neste caso, “B” poderá simplesmente oferecer a “A” um pagamento para que se desfaça do cachorro. “A” aceitará se a quantia de dinheiro que “B” oferecer for maior do que o benefício de ficar com o cachorro. Portanto, negociando o preço, “A” e “B” poderão sempre chegar a

um resultado eficiente.

Suponha-se, ilustrativamente, que “A” obtenha um benefício de R\$ 300,00 por manter o cachorro e que “B” arque com um custo de R\$ 500,00 provocado pelos latidos do cão. Nesse caso “B” poderá oferecer a “A” um pagamento de R\$ 400,00 para que ele se livre do cão, e “A” aceitará prazerosamente. As duas partes estarão em melhor situação do que antes e o resultado eficiente será atingido.

É possível, obviamente, que “B” não esteja disposto a oferecer nenhum preço que “A” queira aceitar. Suponha ainda que “A” obtenha um benefício de R\$ 800,00 para manter o cachorro e que “B” arque com um custo de R\$ 600,00 provocado pelos latidos do cão. Nessa hipótese, “A” recusaria qualquer oferta abaixo de R\$ 800,00 e “B” não ofereceria nenhum valor acima de R\$ 600,00. Portanto “A” ficaria com o cachorro. Dados os custos e benefícios, o resultado, contudo, é eficiente.

Até aqui, admitiu-se que “A” tenha, por lei, direito de ficar com um cão que late. Em outras palavras, admite-se que “A” fique com o cachorro a menos que “B” lhe pague o bastante para convencê-lo a se desfazer do animal voluntariamente. Mas em que mudaria o resultado se “B” tivesse, por lei, direito à paz e à tranquilidade?

De acordo com o teorema de Coase, a distribuição inicial dos direitos não afeta a capacidade que o mercado tem de atingir um resultado eficiente. Por exemplo, admita-se que “B” tenha direito legal de forçar “A” a se livrar do cachorro. Embora ter esse direito seja vantajoso para “B”, provavelmente nada mudaria o resultado. Nesse caso, “A” poderia pagar a “B” para que ele lhe permitisse ficar com o cão. Se o benefício de ficar com o cão para “A” exceder o custo do latido para “B”, os dois chegarão a um acordo que permita “A” ficar com seu animal.

Embora “A” e “B” possam chegar ao resultado eficiente independentemente da distribuição inicial dos direitos, essa distribuição não é irrelevante: ela determina a distribuição do bem-estar econômico. O fato de “A” ter o direito a um cachorro que late ou “B” ter direito à paz e à tranquilidade é que determina quem paga a quem no final da negociação. Mas, em qualquer um dos casos, as duas partes podem negociar entre si e resolver o problema da externalidade. “A” só ficará com o cachorro se o benefício exceder o custo.

Isto é, cristaliza-se em tal teorema fundamental que na ausência de custos de transação, a atribuição dos direitos de propriedade em nada altera a alocação final dos bens entre as partes. No caso do parágrafo anterior, por exemplo, Coase demonstra que por mais que se fixasse legalmente o direito de “B” exigir medidas legais contra “A”, se os custos relacionados à paz e tranquilidade de “B” forem inferiores aos custos de “A” de permanecer com o cachorro, este agente irá pagar a “B” para que este execute um serviço de tratamento acústico em sua residência, por exemplo, ao invés de se desfazer do cachorro.

Com isso, a construção teórica elaborada por Coase insinua que a resolução de lides está muito mais vinculada ao sistema de preços do que à configuração dos direitos estabelecidos pela norma. É precisamente sob esta perspectiva que começam a ser reveladas as contribuições epistemológicas e metodológicas do autor à Ciência jurídica. Ou seja, como Klein (2016) pondera, numa situação de custos de transação zero, a alocação final de um bem, obtida por meio da barganha entre as partes, será sempre eficiente, não importa a configuração legal acerca da propriedade deste bem. Esclareça-se que, dentre os custos de transação estão, por exemplo, as despesas necessárias para obtenção de informação suficiente para entabular dada negociação e os gastos com a negociação e a celebração do ajuste.

A rigor, os estudos elaborados por Coase estão fundamentados na ideia de que sempre que existe um problema, sua causa não pode ser considerada unilateral, ou seja, o problema é sempre causado a partir da contribuição de todas as partes nele envolvidas. Nesse sentido, sob a ótica única e exclusiva do nexo de causalidade, qualquer problemática envolvendo mais de uma parte dependerá de uma ação ou omissão de quem estiver envolvido, ou seja, as questões devem ser encaradas como vias de mão dupla (COASE, 2017, p. 96).

Todos os julgados apresentados por Coase resultam na ideia de que o problema econômico da responsabilidade civil não pode ser encarado como se decorresse unicamente da participação de apenas um dos envolvidos na lide.

Conforme Oliveira e Gibran (2019), ao tratar da natureza recíproca das externalidades, é comum lembrar nessa matéria do exemplo criado por Coase no qual envolvia um médico cuja capacidade de examinar pacientes era atrapalhada pelo barulho causado por máquina operadas por um confeitoiro no

prédio vizinho. Historicamente, a visão legal acerca dessa controvérsia era simples e direta: o barulho provocado pelo confeitiro, ao atrapalhar as atividades ordinárias do médico, tinha que sofrer restrição. Ocorre que a percepção brilhante de Coase indicou que essa visão ignorava completamente a natureza recíproca do problema. Se é verdade que o barulho do confeitiro prejudicava o médico, não menos verdade é que a interrupção desse barulho levava ao prejuízo do próprio confeitiro. Afinal, o som provocado pelo confeitiro não tinha como finalidade prejudicar o médico, mas representava uma característica do seu trabalho que gerava o sustento próprio. Portanto, em situações como essas, alguém sairia prejudicado, independentemente do que acontecesse. Dessa forma, é uma questão estritamente empírica verificar se os danos causados ao médico pelo barulho é ou não maior do que o prejuízo que seria causado ao confeitiro se ele fosse proibido de fazer barulho. O interesse comum de cada parte é evitar o pior desses dois resultados indesejáveis.

A tradicional visão jurídica da situação levou a uma unilateralidade na interpretação das externalidades, de modo que o confeitiro geralmente sairia responsabilizado pelo barulho que causasse ao médico, nos termos do exemplo acima. No entanto, Coase (2017, p. 105-107) ressaltou que se o médico e o confeitiro pudessem negociar sem custos um com o outro, o resultado mais eficiente ocorreria independentemente de o confeitiro ser ou não responsável.

Assim, no diapasão desse raciocínio, nota-se que as próprias partes poderiam ter encontrado, sem a provocação do poder judiciário, a solução mais eficiente para o problema, por meio de negociações que seguissem a seguinte lógica:

O médico poderia estar disposto a renunciar ao seu direito e permitir que as máquinas continuassem funcionando se o confeitiro lhe pagasse uma quantia superior à perda de receitas acarretada pelo fato de o médico ter de se mudar para outro local mais caro ou menos conveniente[...]

O confeitiro estaria disposto a fazer isso se o montante que teria de pagar ao médico fosse menor que a queda na renda que sofreria se tivesse que mudar seu modo de funcionamento neste local, de encerrar os seus negócios, ou de transferir sua confeitaria para outro local. (COASE, 2017, p. 106).

Logo, de acordo com o teorema de Coase, se os agentes econômicos privados puderem negociar sem custo a alocação de recursos, então o

mercado privado sempre solucionará o problema das externalidades e alocará recursos com eficiência. Sucede que para que chegassem a um acordo, as partes acabariam enfrentando uma série de custos para transacionarem, como, por exemplo, “os custos de redação de contratos, de monitoramento e imposição de contratos, acesso à informação, etc.” (KLEIN, 2016, p. 67-68).

A par disso, malgrado a lógica convincente do teorema de Coase, os agentes econômicos privados, por si sós, muitas vezes, são incapazes de solucionar os problemas causados por externalidades. O Teorema, assim, só se aplica quando as partes não têm dificuldades para chegar a um acordo e aplicá-lo.

O problema é que as partes muitas vezes resistem e ficam à espera de um acordo melhor para si¹. Da mesma forma, chegar a um acordo eficiente é ainda mais difícil quando o número de partes interessadas é grande, porque coordenar todas as partes é dispendioso (MANKIOW, 2016). Considere, por exemplo, uma fábrica que polua as águas de um lago. A poluição impõe uma externalidade negativa aos pescadores da região. Conforme o teorema de Coase, se a poluição é ineficiente, então a fábrica e os pescadores podem chegar a um acordo no qual estes remunerem a fábrica para que ela não polua o meio ambiente. Entretanto, se houver muitos pescadores, coordenar todos eles na negociação com a fábrica pode ser quase impossível.

De toda forma, a pesquisa de Coase permitiu que seus sucessores vislumbrassem situações jurídicas a partir de uma avaliação de eficiência e não voltadas à discussão que geralmente está por trás de investigações jurídicas, qual seja, a de justiça e a injustiça; legalidade ou a ilegalidade e, portanto, constitui uma contribuição epistemológica ao Direito. Lembrou-se que, no mundo real, há preços desconhecidos e custos de transação que não podem ser ignorados. É isso que torna as leis necessárias e os economistas úteis.

Na visão estritamente jurídica, a ruptura do contrato é vista como uma conduta desvaliosa, um ilícito, salvo quando se está autorizado por uma

¹ Pensa-se, como parâmetro, no exemplo do cachorro. Suponha que “A” receba um benefício de R\$ 100,00 por ter o cachorro e “B” esteja sujeito a um custo de R\$ 300,00 por causa dos latidos. Embora seja eficiente para “B” pagar a “A” para que ele se livre do animal, são muitos os preços que poderiam levar a esse resultado. “A” poderia exigir R\$ 200,00 e “B” poderia oferecer apenas R\$ 150,00. Enquanto estivessem discutindo o preço, o resultado ineficiente persistiria.

excludente (fortuito; exceção do contrato inadimplido). Mas, sob a análise econômica, pode ser mais oneroso manter esse contrato, o que implicaria reconhecer o pagamento da cláusula penal como algo mais interessante. Ademais, outro ponto de interesse está na necessidade de que os agentes econômicos tenham informações, possam processá-las e negociar com os outros agentes. Na literatura especializada, a assimetria de informações consiste em um fenômeno econômico típico de falha do mercado.

Tais conclusões implicaram em uma completa desconfiança dos juristas face aos conceitos centrais de causalidade e de justiça trabalhados pelo Direito. Essa tarefa, de analisar economicamente uma extensa área do Direito, foi então assumida por vários estudiosos de Chicago. Citando-se Duxbury(2001) acerca da contribuição de Coase ao surgimento da Análise Econômica do Direito:

Ao identificar uma relação entre custos de transação e resolução de disputas, a Coase demonstra razões convincentes para se engajar na análise econômica de regras de direito comum. Pois ele não apenas lança implicitamente dúvidas sobre o conceito de causalidade do common law, mas também mostra que a utilidade do common law rege com o objetivo de remediar disputas sobre direitos e direitos - mesmo quando essas disputas parecem não pertencentes ao mercado - será efetivamente erradicado se os custos de transação não forem tão altos que impeçam as partes em disputa de negociarem por si mesmas uma alocação eficiente de recursos. Do ponto de vista do advogado-economista, "O Problema do Custo Social" ilustra por excelência como a análise econômica pode forçar os advogados a questionar e revisar algumas das suposições e conceitos nos quais eles têm prazer em confiar. O teorema de Coase incorpora a revolução no pensamento jurídico-econômico com a qual os advogados americanos modernos foram forçados a lutar.

Posteriormente à publicação da epigrafada obra de Coase, o professor da Universidade de Yale, Guido Calabresi apresentou "*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*", obra na qual discutia implicações econômicas no campo da Responsabilidade Civil. Para o autor, as normas jurídicas são encaradas como verdadeiras ferramentas de incentivo. Pode-se ilustrar a disposição com o seguinte exemplo: em matéria de direito do consumidor, o sistema jurídico adota o modelo da responsabilidade objetiva do fornecedor. Essa opção se justifica em termos econômicos. Afinal, são os fornecedores que possuem as melhores informações acerca de riscos e custos

dos danos potencialmente provocados pelos produtos postos no mercado e podem evitar tais danos mais facilmente. Conseguem, ainda, contratar seguros de responsabilidade ou incluir os custos dos eventos danosos no preço dos produtos. Finalmente, são capazes de recepcionar prejuízos com um declínio inferior de bem-estar.

Para Fernandes (2013) a propósito das contribuições epistemológicas dos referidos autores:

A partir da abordagem de COASE e de CALABRESI, que empregavam, de maneira sistemática, aspectos de teorias econômicas para analisar o sistema jurídico, diversos outros estudiosos direcionaram suas pesquisas para a Análise Econômica do Direito. Dentre eles, impende destacar os nomes de GARY BECKER e RICHARD POSNER.

Uma das mais relevantes contribuições de BECKER consistiu na extensão da Análise Econômica do Direito ao âmbito penal. Na obra "*Crime and Punishment: An Economic Approach*", publicada em 1968, o autor abordou a questão da criminalidade a partir de uma perspectiva da teoria da escolha racional(...).

A seu turno, RICHARD POSNER é considerado como um dos mais influentes — e talvez o mais polêmico — doutrinador em Law and Economics. Autor de diversas obras de referência na área, POSNER já sustentou ser a maximização da riqueza o critério adequado para avaliação da equidade de um sistema jurídico, conferindo-lhe proeminente valor ético. A tese foi alvo de severas críticas, as quais o levaram a alterar seu pensamento original e assumir uma postura explicitamente pragmática.[...].

Saliente-se, ainda, que outra destacada idéia de POSNER é a defesa de que o sistema de common law, por suas características, tende a ser eficiente.

Desse modo, verifica-se em Heinen (2014) que Gary Becker se utiliza da teoria neoclássica de preços para explicar questões jurídicas tais como de discriminação racial, organização familiar e prevenção de crimes.

Richard Posner, por sua vez, para Coelho (2007) além de contribuir para alargar a aplicação da análise econômica neoclássica aos mais diferentes ramos jurídicos, ocupou-se, especificamente, em disseminar a Análise Econômica entre os estudantes do Direito. Posner defendeu, então, que a principal, senão única, função do jurista deveria ser a de garantir que a alocação de direitos entre as partes se desse sempre de maneira eficiente. O conceito de eficiência para ele é, talvez, o mais comum sentido de justiça que se pode encontrar. Afinal, para Posner (1990), "um sistema moral

fundamentado em princípios econômicos é congruente e pode estruturar nossas intuições morais cotidianas”.

2.3 As subdivisões teóricas da Análise Econômica do Direito

O certo, desde então, é que o assunto Direito e Economia resta sobrecarregado por uma infinidade de metodologias e perspectivas concorrentes que não são facilmente distinguíveis. Mercurio e Medema (1999), por exemplo, listam como subdivisões teóricas do *Law and Economics*, a Escola de Chicago, a teoria da *Public Choice*, a Escola Institucionalista e Neo-institucionalista, a Escola de *New Haven*, o Moderno Republicanismo e, até mesmo, a Escola do *Critical Legal Studies*.

Para Zylbersztajn e Sztajn (2005) a Escola de Chicago é apontada como mais vinculada à análise positiva, diversamente da Escola de Yale, mais tendente à análise normativa. A Escola da Escolha Pública, a seu turno, na visão de Rodrigues (2007) é direcionada à Ciência Política, dedicando-se ao “estudo da forma como a escolha racional por parte dos indivíduos que exercem os poderes públicos explica o comportamento do Estado”. Por sua vez a Nova Economia Institucional leva em conta também outras instituições além das leis, desde instituições informais e não escritas a costumes e normas.

Dentre todas, sem dúvidas, a mais contundente corrente da AED provém de Chicago. A partir da publicação, em 1973, do manual *Economic analysis of law*, de R. Posner, que incorporava as principais teses da “escola de Chicago”, a aproximação e o alinhamento entre esses dois campos passaram a ser intuitivos: construir uma “teoria positiva”, em termos econômicos, do sistema jurídico, com suporte no paradigma do mercado e da eficiência econômica sempre foi o objetivo que unia a Economia ao Direito nessa corrente de pensamento.

As consequências das leis e das decisões judiciais assumem, nessa perspectiva, uma notoriedade até então negligenciada na tradicional teoria do Direito. Ao mesmo tempo, consagra-se a rejeição da ilusão de que a técnica jurídica, aplicada de modo independente, seria suficiente para a solução das demandas sociais, reconhecendo-se, portanto, a imprescindibilidade de aportes teóricos de outras áreas do saber para a exploração de respostas mais

integrais e adequadas à realidade social.

Assim, vê-se a AED como instrumento de acesso e aproximação do jurista com a complexidade econômica. Seu aparato conceitual permite o diálogo entre diferentes sistemas jurídicos ao combater os argumentos ideológicos e fomentar o discurso mais racional, com ferramentas que expandam e combinem eficiência e justiça. Ambas, constantes finalidades do Direito.

Em suma, a *law and economics* renovou métodos e ferramentas da análise jurídica; aportou aos estudos jurídicos contribuições que, nas últimas cinco décadas, deram dianteira operacional à teoria econômica, se comparada às teorias do direito e da política; forjou, por fim, corpo de produção científica invejável.

À vista disso, cumprido o exame do contexto do surgimento teórico da abordagem propugnada pela Análise Econômica do Direito, deve-se explorar com mais profundidade as 5 (cinco) premissas dessa revolução metodológica capitaneada pela interseção da racionalidade econômica com o Direito. São elas: 1) a escassez dos recursos da sociedade; 2) os custos de oportunidade como pressupostos das escolhas 3) a eficiência como critério objetivo na avaliação das decisões; 4) as estruturas de incentivos como variáveis das normas e 5) o empirismo como principal método de investigação científica.

É bastante possível que a economia tenha aparecido para o Direito com uma bem-vinda alternativa capaz de resguardar os pressupostos de cientificidade, certeza e segurança do universo jurídico. Embora muitos autores façam um grande esforço para demonstrar eventual êxito da efetivação de direitos sociais por meio do Judiciário, nota-se que tal empreendimento não se sustenta com os dados da realidade. Da mesma forma que a conquista de direitos civis e políticos foi uma vitória da sociedade civil, efetivada por meios políticos, a implementação de direitos sociais e econômicos não vai ser realizada de forma diversa (NETO; SARMENTO 2018).

3 OS CINCO CÂNONES METODOLÓGICOS DO MOVIMENTO DA AED

Tanto Marx de “A ideologia Alemã” (1846) e “Da Crítica ao Programa de Gotha” (1875) quanto Keynes em “Possibilidades Econômicas para Nossos Netos” (1930), previam uma vitória sobre a escassez no futuro próximo e a viam como uma virada decisiva na história da humanidade. Ambos acreditavam que a superação da escassez nos permitiria eliminar o fardo odioso da necessidade de laborar pela subsistência – o sustento do indivíduo e da sociedade.

Contudo, conforme estudo realizado por Mangabeira Unger (2018), não há elementos que possibilitem esperar que a humanidade supere a escassez em qualquer futuro previsível. Um primeiro motivo para a persistência da escassez, segundo o autor, seria o fato de que todas as sociedades históricas geram continuamente novas e surpreendentes formas de subjugação e exclusão. Elas o fazem em consequência da luta pelo poder dentro de Estados e entre eles. A escassez se abate sobre os vencidos, mesmo que não representem mais perigo para os vencedores.

Um segundo motivo para prever longa sobrevivência para a escassez estaria no caráter mimético e insaciável do desejo e do consumo. Para além das necessidades básicas de preservação e reprodução da vida, o desejo humano não possui contexto fixo. Logo, se o desejo é insaciável, a escassez não pode ter fim: nunca haverá o bastante daquilo que queremos.

Um terceiro motivo para a sobrevivência indefinida da escassez seria a importância cada vez maior de um sub-conjunto de desejos e demandas: aqueles relacionados com nossa necessidade de serviços personalizados e atenção por parte de outros. Segundo, Unger:

Robinson Crusóé, em sua ilha, acumulava coisas para diminuir sua dependência de pessoas e compensar a ausência delas em sua vida. Ele fez o que todos fazemos: tornou a acumulação de coisas um substituo funcional para a dependência de pessoas. Mas o caráter falho e insatisfatório dessa substituição logo fica claro. Mesmo Robinson Crusóé necessitava de Sexta-Feira e sonhava em voltar para casa. Mesmo ele queria substituir a acumulação de coisas pela companhia de seus amigos e compatriotas. (UNGER, 2018)

Por conseguinte, ao contrário do que Marx e Keynes supunham, não se

tem perspectivas de superar a escassez. Eis a razão da Economia que, como bem registra Richard A. Posner (2007), é a ciência da escolha racional em um mundo – nosso mundo – no qual os recursos são limitados em relação às necessidades humanas.

3.1 A Economia como uma “Ciência Sombria”

Uma das desqualificações mais impressionantes às quais a Economia foi submetida ao longo da história tem estreita relação com o seu objeto de estudo centrado no fenômeno da escassez e nas diferentes formas de satisfazer as necessidades e desejos ilimitados dos homens por meio da alocação de bens e serviços. O epíteto cunhado pelo ensaísta britânico Thomas Carlyle chama-se *dismal Science*, ou Ciência Triste. Nesse sentido, segundo Carlyle (1872, p.6):

Uma ciência social ... que encontra o segredo do universo em 'oferta e demanda' e reduz o dever daqueles que governam a humanidade de deixar as pessoas em paz ... Não é uma ciência alegre ... não ela está triste, desolada e, de fato, abjeta e infeliz; poderíamos chamá-lo, concedendo eminência, a ciência sombria "(a 'ciência sombria')

O significado lúgubre da economia estaria presente, assim, na constatação da escassez de recursos que supostamente determinaria as escolhas humanas: quais necessidades poderiam ser atendidas e quais restariam olvidadas, malgrado o desejo ilimitado das pessoas.

Amartya Sen, em seu “Sobre Ética e Economia” (2012), cita os seguintes versos de Edmund Clerihew Bentley a respeito de um dos mais influentes economistas da época.

John Stuart Mill
By a mighty effort of will
Overcame his natural bonhomie
And wrote Principles of political economy

Uma das primeiras razões para essa concepção da economia

amplamente alimentada reside no modo como esse conhecimento evoluiu nos tempos modernos, caracterizado por um excessivo positivismo e dentro de uma lógica mecanicista das ciências naturais como a física, química e biologia.

Nesse tipo de abordagem entende-se que as finalidades dos homens deveriam ser objetivamente consideradas e que, portanto, o objetivo da economia seria encontrar os meios mais apropriados para atingir essas metas (até certo ponto, dadas). Ou seja, o comportamento humano nessa perspectiva da ciência econômica baseia-se tipicamente em motivos simples, facilmente caracterizáveis e sem complexidade inata.

Segundo Sen (2012), muitos foram os pioneiros a auxiliar essa tradição da economia. Cite-se o livro que certamente foi o primeiro a ter um título remotamente parecido com “Economia”, o *Arthasãstra*, de *Kautilya* (do sânscrito, algo como “instruções para a prosperidade material”), escrito no século IV a.C. pelo conselheiro e ministro do imperador indiano Chandragupta, fundador da dinastia *mauryana*

Destaca-se a abordagem logística à nível de política econômica dos escritos. Nesse sentido:

Discutindo uma grande variedade de problemas práticos, como "a construção de aldeias", "a classificação das terras", "a cobrança de impostos", "registro contábil", "as normas de tributação", "as manobras diplomáticas", a "estratégia para Estados vulneráveis", "o pacto de colonização", "a influência sobre partidos de um Estado inimigo", "o emprego de espiões", "o controle de apropriações indébitas por parte de funcionários", etc, discutindo tudo isso, o tratado volta-se claramente para problemas de "engenharia".

Da leitura atenta da integralidade da epigrafada obra, extrai-se a ideia de que as motivações das finalidades dos homens eram caracterizadas em termos significativamente simples e secundário. A economia nessa ordem de desenvolvimento não angariava considerações mais profundas em termos filosóficos.

3.2 “Escolhas Trágicas”: aproximação da Economia e Ética

Nesse sentido, não se pode duvidar que diante da premissa da escassez, as decisões podem envolver aspectos dramáticos, traduzidos em

verdadeiros sacrifícios de valores tidos como fundamentais pela sociedade. Tal perspectiva pode ser destacada a partir da seminal obra “Escolhas trágicas”, dos autores Calabresi e Bobbitt (1978).

A *Escolha de Sophie* é um exemplo fictício memorável (STYRON, 1976), no qual um médico da SS em Auschwitz obriga Sophie a escolher qual de seus dois filhos morrerá ameaçando enviar os dois para a câmara de gás, se ela não escolher. O autor explicou que o livro foi parcialmente inspirado em memórias escritas por Olga Lengyel, que foi transportada para Auschwitz com sua família em 1944. Dos horrores que Lengyel descreveu, a narrativa da sua chegada ao acampamento do campo de concentração e a decisão que a prisioneira judia foi forçada a tomar sobre a sua mãe e um dos filhos é emblemática. Veja-se:

Confusa e inconsciente do funcionamento letal do processo de seleção, Lengyel mente sobre a idade do filho de doze anos, dizendo ao médico da SS que o menino é mais jovem do que efetivamente era, na crença equivocada de que isso o salvaria do trabalho árduo. Em vez de ser poupado, o garoto foi enviado para as câmaras de gás, junto com sua avó, a quem Lengyel, novamente com um erro medonho, ajuda a matar. Ela pede ao médico que sua mãe possa acompanhar o filho para cuidar dele.

Nos horrores da situação, Lengyel comete dois erros trágicos, quando apenas queria desesperadamente cuidar e proteger de seu filho e sua mãe. Mas em uma situação depravada pela barbárie e crueldade implacáveis, ela não conseguiu salvar suas vidas. As escolhas em si, já trágicas por natureza, tiveram como consequência um resultado igualmente nefasto. Assim, as escolhas trágicas decorrem de conflitos entre valores morais fundamentais, em que nenhum deles pode ser renunciado.

Os formuladores de políticas são removidos (ou deveriam ser) do devastador desgosto, tristeza e culpa das escolhas trágicas pessoais. Suas trágicas escolhas em nome da sociedade promulgam políticas genéricas ou perpetuam o status quo, os quais criam vulnerabilidades sem rosto e distribuem riscos anônimos.

3.3 Da ambivalência da Escolha Pública e o problema da Escassez Absoluta e Relativa

O primeiro estágio dessa escolha pública envolve a definição do que se vai produzir. Chama-se de decisão de primeira ordem. Ou seja, o quantitativo de recursos que serão fixados para determinado direcionamento alocativo. Ocorre que, a concretização de novas escolhas coletivas relacionadas à destinação de recursos públicos requer uma forte dose de consenso social quanto as necessárias privações que deverão ser assumidas por certo extrato da sociedade.

Essa é a razão segundo a qual a escassez de certos bens seria tida como natural, algo inevitável e ininterrupto desde a origem dos agrupamentos sociais. Na verdade, não passa de uma escolha da sociedade em não produzir o que se consideraria naturalmente escasso. Logo, a escassez tida como absoluta, a rigor, não é o real fator limitante. Na verdade, não passa de uma escassez relativa que, pelas decisões alocativas da sociedade, não foi privilegiada na fixação da produção global dos recursos.

Uma vez definido o que produzir, a segunda etapa de uma escolha trágica é escolher a quem atribuir o produzido. Cuida-se da distribuição do montante fixado na primeira etapa de escolhas, denominada decisão de segunda ordem.

As distribuições de bens escassos que envolvem “grande sofrimento ou morte”, explicam Calabresi e Bobbitt (1978, p.18), “despertam emoções de compaixão, indignação e terror”, que revelam conflitos entre, por um lado, a fonte da escassez e os valores usados para determinar os receptores do bem escasso e, por outro lado, “os valores morais humanistas que valorizam a vida e o bem-estar.”

Com efeito, alocar recursos escassos representa, no limite, a forma como as sociedades preservam os fundamentos principiológicos essenciais cultivados historicamente em seu seio. Ora, nota-se que a tragédia reside no reconhecimento da inevitabilidade do paradoxo de tensões e ambiguidades não resolvidas, de opostos em equilíbrio precário. Como o arco, a tragédia nunca repousa².

Segundo Globekner (2017, p.61):

² “Like the arch, tragedy never rests” citando R. B. Sewall (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 19).

Os autores fazem um questionamento que poderia ser reproduzido, *mutatis mutandis*, para qualquer sociedade ou cultura. Eles perguntam: por que os Estados Unidos gastam um milhão de dólares para resgatar um único balonista perdido, mas não alocam uma quantia similar para prover patrulhas de praia e evitar acidentes com os banhistas que ocorrem em maior número e que significam um risco potencial muito maior à integridade humana? (CALABRESI; BOBBITT, 1978). Explicam Calabresi e Bobbitt (1978) que a divisão entre primeira e segunda ordem e a interação entre elas ajudam a esclarecer o comportamento em muitas dessas situações trágicas. Valora-se a vida em um nível um tanto baixo em algumas circunstâncias na decisão de primeira ordem e, em um alto nível, em outras situações que envolvem as decisões de segunda ordem. Em assim o fazendo, o resultado trágico decorrente da decisão de primeira ordem parece necessário, inevitável, antes que escolhido. A eleição de primeira ordem mascara o que é escolhido tragicamente como se fosse um fato produto de um infortúnio fatal.

O certo é que, quanto à intervenção do Poder Judiciário na alocação de recursos escassos na área da saúde, nada garante que as escolhas feitas no âmbito judicial sejam mais eficazes ou eficientes ou equânimes que aquelas realizadas pelo poder político, pela singela razão de que o Direito não se encontra aparelhado estruturalmente para tomar decisões racionais do ponto de vista econômico sobre como a Administração Pública deve alocar recursos. O Poder Judiciário terá que aprender a lidar com as modernas dificuldades e deverá aceitar que recursos financeiros são escassos.

3.4 Da existência de custos de oportunidade nas escolhas

À luz da Teoria da *Public Choice* (BUCHANAN; TULLOCK 2004), tem-se que os indivíduos, sejam nas decisões de mercado, sejam nas escolhas públicas, comportam-se da mesma maneira, ou seja, animados pelas mesmas motivações maximizadoras dos próprios interesses. Inexiste motivo para imaginar que o agente aja de forma egoísta no mercado e altruísta na esfera pública. Ou seja, as decisões públicas e as decisões tomadas no mercado são semelhantes.

Nessa perspectiva, tem-se que o custo de oportunidade revela o custo de algo em termos de uma oportunidade renunciada. No limite, representa o

valor associado a melhor alternativa não escolhida.

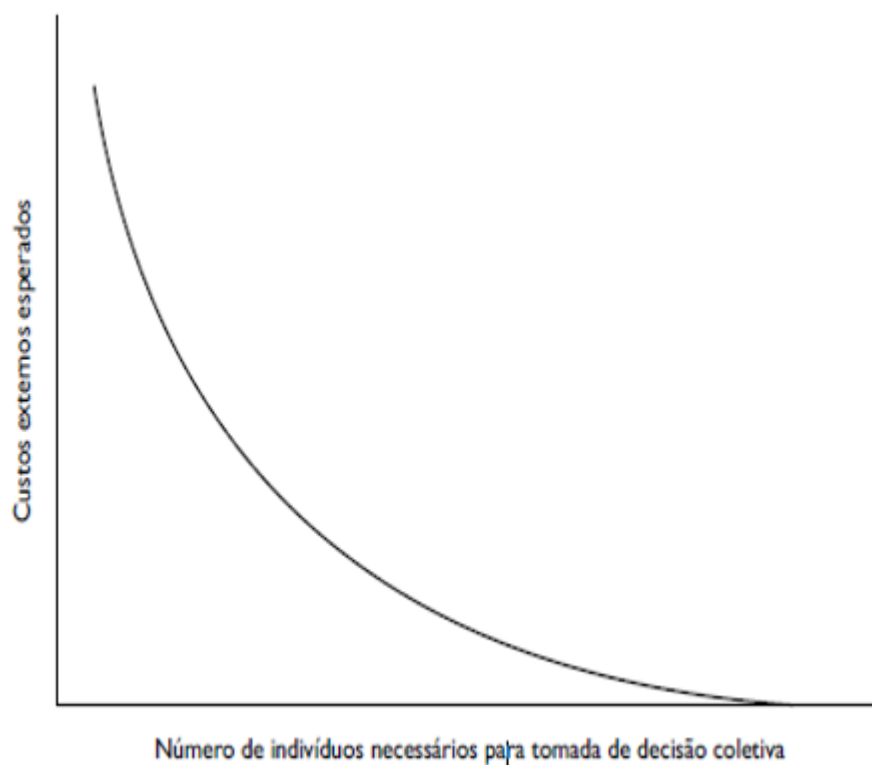
3.5 A Arquitetura das Escolhas Públicas e a Teoria do Custos

Os custos, consectários lógicos das escolhas, da mesma forma, atingem indistintamente a atividade humana, quer no âmbito público ou particular, de modo que segundo os mesmos autores, existem duas ordens principais que os definem. A primeira, o custo externo, também conhecido como externalidade negativa, que é o custo que os sujeitos suportam como resultado de atividades de outros indivíduos e que nelas não participam. Já a segunda, o custo da decisão, que são os custos suportados pela participação em determinada atividade. Neste último, são “incluídos apenas os custos estimados da participação nas decisões quando dois ou mais indivíduos são requeridos para alcançar um acordo” (BUCHANAN; TULLOCK, 2004 p.43)

Como resultado, segundo os autores, é possível aumentar o investimento em tomadas de decisão até o ponto em que os custos marginais não ultrapassem os benefícios marginais. Não se olvida que tal critério também possa ser utilizado em decisões coletivas de políticas públicas.

Em uma decisão por 100% de concordância, quanto maior o número de indivíduos participantes para a tomada da decisão coletiva, menor será os custos externos esperados, tendo em vista que com a diminuição dos integrantes que não participam diretamente de determinada escolha, menos agentes serão afetados pelos efeitos colaterais da decisão. Pelo Gráfico, observa-se tal lógica (Figura 1):

Figura 1 Para decisão por 100% de concordância.



Fonte: BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 62 e 66.

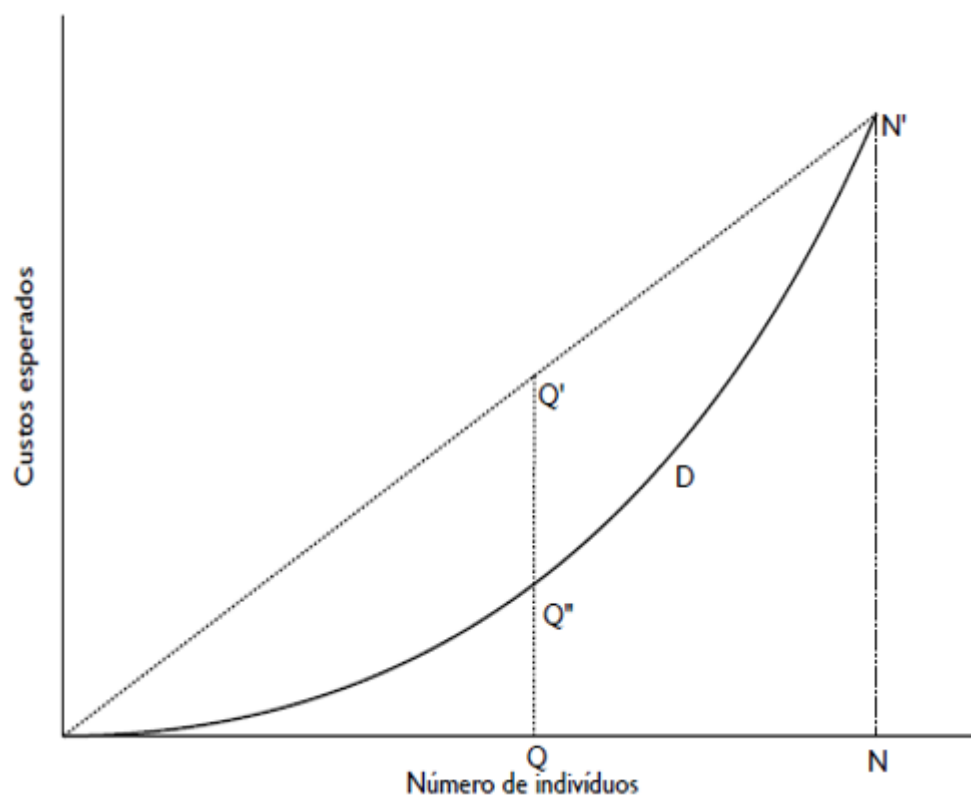
Contudo, tal regra deliberada por unanimidade faria da tomada de decisão algo proibitivamente caro, tendo em vista que quanto maior o grupo de indivíduos, maior o custo de segunda ordem para a decisão coletiva (Figura 2). Segundo, KANAYAMA (2012) “a unanimidade, ou mesmo a revelação pura das preferências pessoais, pode acarretar grandes custos ao debate, fazendo com que os demais assuntos sejam ignorados pelos participantes, seja por falta de tempo ou por falta de forças”.

Observa-se, então, que diante de um elevado custo de decisão por unanimidade, a solução para a escolha coletiva é o consenso pela negociação. Na alternativa negociada, o custo da decisão será menor do que a verificada nas hipóteses de escolha de tudo ou nada, justamente em razão do conceito econômico de custo marginal.

Segundo MANKIWI (2016), é necessário algum tempo para acostumar-se com a lógica do raciocínio marginal. A tomada de decisões marginais pode explicar alguns fenômenos intrigantes da economia. O autor cita, por exemplo, o caso do questionamento clássico: por que a água é tão barata e os

diamantes tão caros, se o dito líquido é indiscutivelmente mais essencial para a sobrevivência humana do que as pedras preciosas? O motivo reside no conceito de benefício marginal que é a utilidade que uma unidade extra de determinado bem proporciona ao agente envolvido. No caso, malgrado a água de fato seja essencial, tem-se que o benefício marginal associado à adição de mais um copo do líquido é pequeno, pois a água existe em abundância. Já em relação aos diamantes, como são raros, nota-se que o benefício marginal ligado à soma de mais uma pedra é considerado alto. Nesse sentido, percebe-se que a noção de mudança marginal está compreendida nos diferentes graus de ajustes que as extremidades abarcam.

Figura 2 Dos custos de segunda ordem para a decisão coletiva.



Fonte: BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 109.

No entanto, é certo que o número de indivíduos em uma escolha pode inviabilizar o consenso e a decisão adequada. É que a dificuldade encontrada para alcançar o entendimento pode resultar em aplicação descoordenada de recursos, já que todos desejarão tudo, mas alguns ficarão com nada.

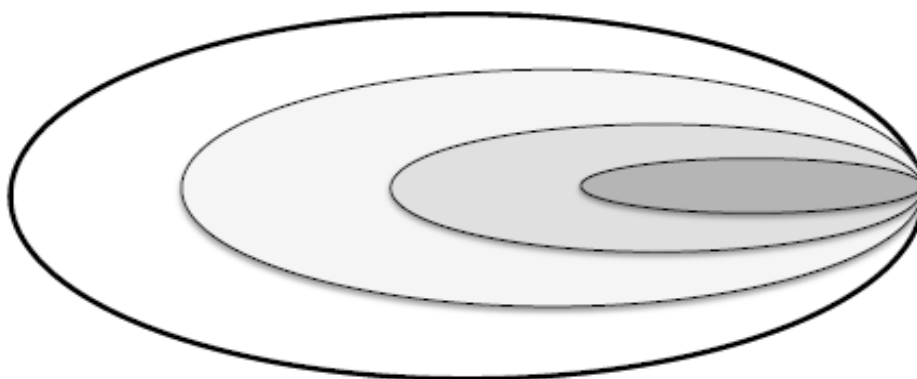
Assim, o que ocorre nas escolhas públicas é que os participantes do

debate tentarão obter vantagens para si próprios. Em uma discussão de apenas duas partes, o custo da decisão é razoável. Majorando-se o número de grupos ou indivíduos, o custo aumentará. As decisões públicas e as decisões tomadas no mercado são semelhantes. Não há motivo para pensar que o sujeito aja egoisticamente no mercado e altruisticamente na esfera pública. Portanto, a grande questão seria encontrar um ponto ótimo do tamanho da participação dos indivíduos em determinada decisão. Segundo Kanayama (2012):

Temas estritamente administrativos, próprios do funcionamento do Estado, pouco devem ser coletivizados, permanecendo no âmbito do governo – são decisões que devem ser tomadas rapidamente e a demora impossibilita o funcionamento adequado estatal (o custo da decisão é alto, o custo externo é inexistente, no consenso). Assuntos amplos, como emendas à Constituição, devem ser debatidos longamente – o custo da decisão é justificável, a despeito de ser elevado. Assuntos públicos, referente às políticas públicas, devem ser coletivizados, mas com parcimônia: não podem impedir o normal funcionamento do governo e do Estado, mas não podem ficar alheios aos anseios populares.

Buchanan e Tullock (2004) demonstram uma modelagem que descreve essa flutuação dos custos das escolhas à medida que se altera o tamanho dos participantes no processo decisório. Nesse sentido:

Figura 3 Modelagem da flutuação dos custos das escolhas à medida que se altera o tamanho dos participantes no processo decisório.



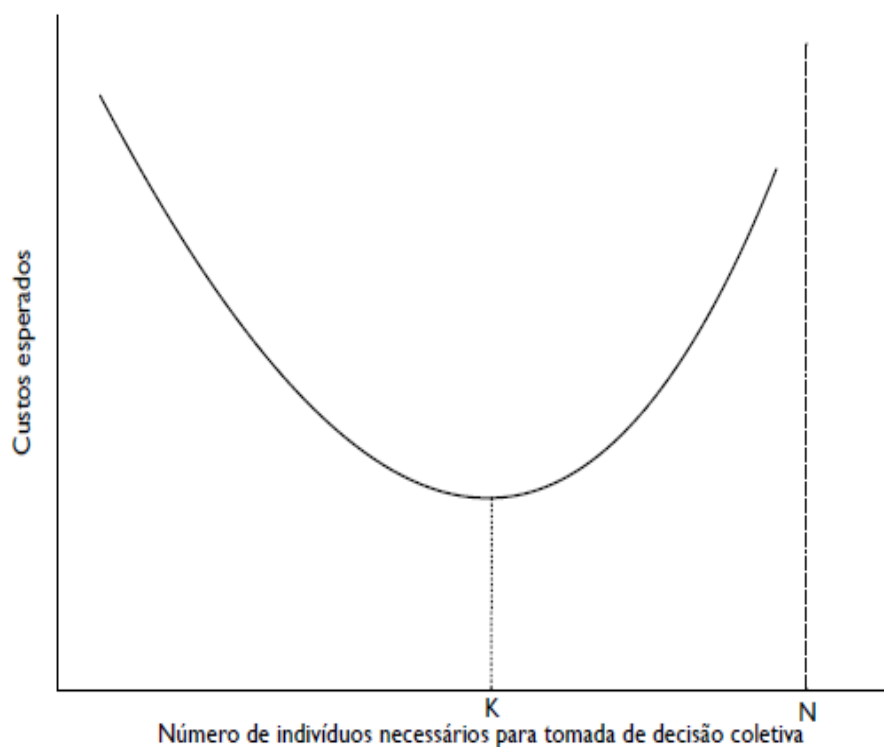
Fonte: BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 109

Conforme os autores, em uma discussão sobre políticas de educação, o ponto mais escuro (A) é a unidade familiar e o ponto mais branco (E), o Estado-

membro.

Na medida em que se passa de A para E, o tamanho do grupo aumenta gradativamente. Assim, ao caminhar de um nível menor para o maior, no ponto em que houver equilíbrio entre os custos da decisão (aumento no número de indivíduos) e o custo externo (se mantiver a decisão com menor número de indivíduos), esse será o ponto ótimo da decisão. Tal lógica, pode também ser representada pelo seguinte gráfico:

Figura 4. Do equilíbrio entre os custos da decisão e o custo externo. Este gráfico representa a unificação das figuras 1 e 2



Fonte: BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, p. 68.

Em suma, a arquitetura das escolhas reside no conceito de custo de oportunidade. Como as coletividades enfrentam tradeoffs ante a natureza limitada dos recursos sociais, a tomada de decisão exige escolher um objeto em detrimento de outro.

Segundo Vasco Rodrigues (2007, p. 14), “em termos econômicos, o custo de uma determinada opção, designado custo de oportunidade, é aquilo que se sacrifica por não escolher a mais favorável das alternativas disponíveis”.

De outro modo, GICO JUNIOR (2010, p. 21) aponta que o custo é a segunda alternativa mais favorável das disponíveis, já que a primeira é a que foi escolhida.

Nessa perspectiva, nota-se que o custo não está no dinheiro que será colocado em decorrência da decisão, mas “é a perda, prevista ou realizada, para o indivíduo que toma a decisão, da oportunidade de usar essas coisas nos cursos alternativos de ação.” Thirlby, (1981, p.32-49).

A propósito, Oliver Wendell Holmes, Jr. Juiz da Suprema Corte norte-americana, em 1897 na célebre obra *The Path of the Law*, já defendia que todo advogado deveria procurar entender economia, e atentar para o fato de que para obter algo seria necessário abrir mão de outra coisa (já revelando a noção econômica de custo de oportunidade). *In verbis*, Holmes(1897):

Como um passo em direção a esse ideal, parece-me que todo advogado deve buscar uma compreensão da economia. O presente divórcio entre as escolas de economia política e direito me parece uma evidência de quanto progresso ainda resta nos estudos filosóficos. No atual estado da economia política, de fato, voltamos à história em uma escala maior, mas somos chamados a considerar e pesar os fins da legislação, os meios para alcançá-los e o custo. Aprendemos que, por tudo o que temos, desistimos de outra coisa e somos ensinados a definir a vantagem que obtemos contra a outra vantagem que perdemos e a saber o que estamos fazendo quando elegemos.

3.6 Da eficiência como critério objetivo na avaliação das decisões

Tanto as políticas públicas implementadas pela Administração quanto as decisões judiciais que eventualmente realizam sindicância nos programas administrativos, notadamente em relação ao cumprimento efetivo das necessidades essenciais da sociedade, devem sopesar a repercussão criada para o bem-estar da coletividade a partir da tomada de determinada escolha. Desta feita, é necessário realizar a análise da relação custo-benefício para se comparar a diferença positiva entre os benefícios globais (econômicos e sociais) e os custos globais de cada opção.

Desde já se ressalte, malgrado este raciocínio seja mais intuitivo quando se fala em avaliação de políticas públicas, que as decisões tomadas sob

escrutínio judicial também devem considerar critérios de eficiência, mormente no que se refere à otimização dos recursos escassos e ao incremento no bem-estar social.

Para isso, é fundamental que a eficiência não seja considerada como antagonista ao conceito de justiça. Conforme argumentam Pargendler e Salama (2013), o ponto central da análise econômica do direito não é saber se a eficiência pode ser igualada à justiça; ela não pode. A questão é pensar como a busca da justiça pode se beneficiar do exame de prós e contras, dos custos e benefícios.

3.7 Eficiência e Justiça

Dessa forma, eficiência e legalidade são dois lados da mesma moeda, na medida em que aquela pode ser percebida simplesmente como a perspectiva material da matriz formal da norma. Assim, observa-se que, em regra, legalidade e eficiência devem caminhar juntas. A propósito, Santos e Meneguín (2014) analisam que:

[...] seja no momento de criação da lei, seja no momento de aplicação da norma (quando se tratar de atos discricionários), as escolhas do legislador e do administrador, respectivamente, devem recair sobre a opção mais eficiente, tanto num viés objetivo (análise do conteúdo dos benefícios e dos custos, aprioristicamente – quais são os benefícios e os custos?), como num viés subjetivo (análise dos sujeitos sobre os quais recaem os custos e os benefícios, de modo que afetem ou aliviem, equitativamente, tanto os administradores como os administrados – quem suporta os custos e quem se favorece dos benefícios?). Trata-se da hipótese de interação típica entre a legalidade e a eficiência.

Ou seja, fundado nessa perspectiva dicotômica de eficiência, a AED garante instrumental analítico capaz de superar parâmetros conceituais imprecisos para fundamentar determinados atos estatais, a exemplo das noções de razoabilidade e proporcionalidade. É que a evolução da sociedade moderna demanda do Estado práticas cada vez mais racionais e eficientes, ensejadoras de mudanças concretas nas atividades econômica e social da comunidade.

Com efeito, não há dúvidas que a formulação da ideia de eficiência pode ser aplicada ao âmbito do largo espectro das escolhas públicas, sem necessariamente excluir paradigmas relacionados aos caros fundamentos da justiça, moralidade e legalidade das decisões políticas ou judiciais.

Entende-se, com isso, que a partir de dado pacto civilizatório, uma vez fixado o objetivo a ser perseguido pela política pública ou pela aplicação da norma em questão, a indisponibilidade do interesse coletivo impõe não se olvidar do modelamento mais eficiente apto a produzir os maiores benefícios ao menor custo possível para cada caso.

Destarte, embora o reconhecimento e a eleição dos valores sociais a serem perseguidos pelo Estado não se enquadrem propriamente na esfera da análise econômica, nota-se que a eficiência como premissa metodológica da Law and Economics possibilita evidenciar o caminho menos sinuoso para alcançar os referidos valores escolhidos pela sociedade. Como preleciona Rawls, (1999, p.5) “algum consenso acerca das concepções de justiça não é, todavia, o único pré-requisito para a viabilidade de uma comunidade humana. Há outros problemas sociais fundamentais, em particular os de coordenação, eficiência e estabilidade”.

3.8 O conceito de eficiência sob três diferentes prismas

A rigor, diversas concepções de eficiência estudadas dentro da microeconomia e fundamentadas pela AED apresentam-se na literatura econômica. Para os economistas Robert Cooter e Thomas Ulen (2010, p. 35), diz-se que um processo de produção é eficiente quando não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando determinada combinação de insumos de custo menor ou quando não é possível obter mais produção utilizando a mesma combinação de insumos.

Logo, com fulcro na definição anterior, denota-se que a eficiência está relacionada com a possibilidade de se atingir o melhor resultado com o mínimo de erro ou desperdício, relacionando-se, portanto, diretamente com a noção de desenvolvimento e do bem-estar social. A fim de analisar mais detidamente a matéria, examina-se conceito de eficiência sob três prismas diferentes, quais sejam: a eficiência de Pareto, a eficiência de Kaldor-Hicks e a eficiência a partir

da evolução teórica de Posner.

Para a proposta de Wilfredo Frederico Damaso Pareto, também conhecida como eficiência alocativa, qualquer alteração que modificasse para melhor a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro, poderia ser considerada eficiente. Assim, de acordo com Sztajn (2005, p. 76), pode-se concluir que dada circunstância será considerada eficiente quando não houver outra alternativa preferível por todos os envolvidos, considerando-se suas preferências individuais. Ademais, implicará em ótimo social, tendo em vista que os bens transferidos para as mãos daquele que mais o valoriza seria a maior possível.

Observa-se que as situações Pareto eficientes seriam preferíveis porque implicariam em inequívoca melhora social (“do ponto de vista individualista”). De acordo com essa metodologia, qualquer critério de julgamento diferente do apresentado poderia implicar em diferentes opções alocativas, as quais dependeriam da valoração implícita adotada pelo novo método aplicado. Sucede que a insuficiência do critério de Pareto vem justamente da constatação de dois fatos: um que a teoria não estabelece norte com relação às questões distributivas; e dois que a maiorias das políticas governamentais acaba por beneficiar alguns à custa de outros.

À par disso, aponta-se a segunda concepção de eficiência, apresentada por Nicholas Kaldor e John Richard Hicks, que apresentam situações eficientes mesmo com a presença de alguns prejuízos para alguns dos envolvidos, desde que o indivíduo cujo bem-estar sofreu redução possa ser compensado para manter o seu nível de satisfação. Por conseguinte, Kaldor-Hicks reconhecem a existência de ganhadores e perdedores nas modificações, sendo apenas exigido que o ganho total seja maior que a perda total para que a alteração seja considerada eficiente. Ou seja, essa é a técnica da análise de custo-benefício, em que valeria promover uma mudança se os benefícios excederem os custos.

Por fim, impende analisar a concepção de eficiência aprimorada na doutrina da AED pelo autor Richard Posner. O autor, nas primeiras edições das obras *Economics of Justice* e *Economic analysis of law*, adotava o enfoque da maximização da riqueza. A medida da riqueza estabelecida por Posner era o do “valor econômico”. Para o economista em epígrafe (POSNER, 1983) “... A pessoa que gostaria muito de ter algo mas que não está disposto ou não tem

condições de pagar por ele – talvez porque seja muito pobre – não valoriza o bem no sentido em que estou utilizando o termo ‘valor’.

Tal posição defendida pelo autor despertou contundentes críticas de Ronald Dworkin, tais quais foram publicadas no artigo “Is Wealth a Value?” (DWORKIN, 1980, p. 191-226), em que expressa a posição contrária à teoria econômica do direito, afirmando que a riqueza não é um valor social.

O principal argumento de Dworkin consistiu no fato de que a riqueza não representa "um componente do valor social" e "um elemento que, entre outros, compõe o valor social", tampouco um componente social como “algo digno de se ter por si mesmo” (DWORKIN, 1980, p. 211). Portanto, a maximização da riqueza não poderia ser considerada como principal e único critério para se definir o que é eficiência, nem permitiria ser um guia para a justiça. A eficiência não é um valor, e a justiça requer valores.

Posteriormente, já a partir da década de 1990, Posner abandona tal fundamentação e apresenta a visão pragmática do direito nas obras *The problems of jurisprudence*, *Overcoming law* e *Law, pragmatism and democracy*. A tese efficientista que Posner desenvolveu para estabelecer a eficiência econômica como critério apto a substituir a justiça foi transformada em um ingrediente da justiça. Afirma Posner (2007, p. 9):

um artigo que [Dworkin] escreveu há muitos anos, criticando de maneira enérgica minha posição sobre a maximização da riqueza, apesar de exagerar em seu argumento, foi convincente e me fez alterar alguns dos meus pontos de vista, o que eu evidentemente fiz com má vontade e com um certo atraso. Estou grato [a Dworkin] pelas críticas.

A partir do pragmatismo, defende-se que nos casos difíceis, o objetivo apropriado do juiz é um resultado razoável, e não um resultado demonstravelmente certo. Além disso, apresenta-se a objetividade como atributo cultural e político, e não epistemológico das decisões legais. Em suma, as características do pragmatismo proposto por Posner (2007) é de que o processo jurídico seja sem formalidade, funcional, incutido de política, não legalista, naturalista e cética, mas decididamente não cínica. Portanto, à luz dos ensinamentos de Posner, segundo Santos Filho (2016) ser seguidor do pragmatismo significa possuir “uma visão prática, do tipo usada nos negócios,

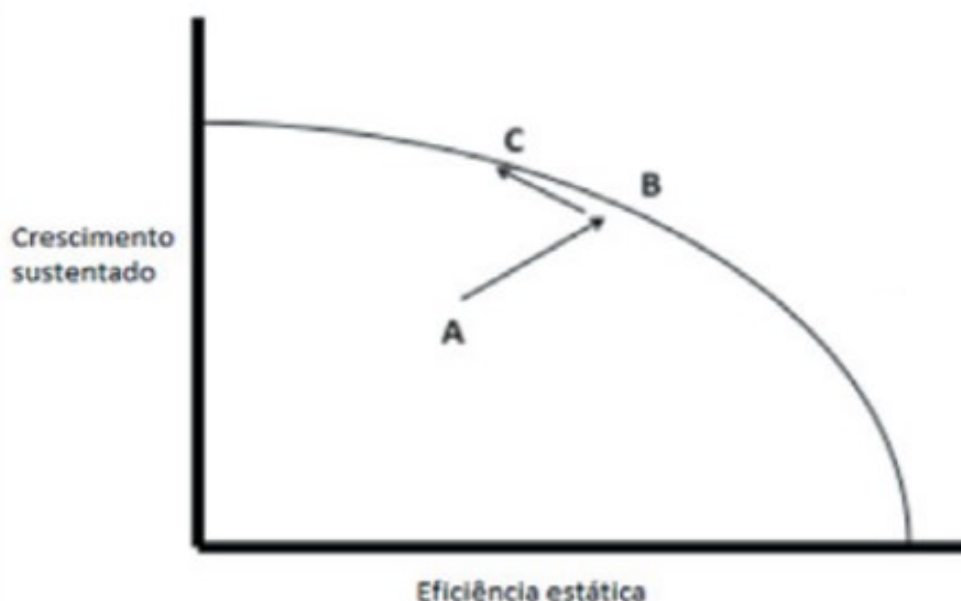
direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos”.

3.9 Dos mecanismos Estático e Dinâmico da Eficiência

No particular, concluída a análise acerca do conceito de eficiência no influxo das três correntes econômicas apresentadas, faz-se necessário destacar como são caracterizadas duas ordens de mecanismos da eficiência ante as escolhas emanadas das políticas públicas ou mesmo das decisões judiciais.

O estudo da eficiência estática, representada na figura pelo trajeto do ponto A para o ponto B, refere-se ao ganho imediato ao bem-estar coletivo pelo aumento da eficiência no momento presente em vista de determinada escolha alocativa. Contudo, em muitos casos, nota-se que malgrado existam prejuízos causados pela ineficiência inicial em dada decisão, os benefícios advindos ao crescimento econômico no médio ou longo prazo superam as ausências de eficiências inaugurais. Fala-se, então, em eficiência dinâmica. No gráfico, representado pelo movimento de B para C.

Figura 5 Dos benefícios advindos ao crescimento econômico no médio ou longo prazo.



Fonte: Cooter e Edlin (2010)

Com isso, frisa-se que a análise das políticas públicas e das interpretações normativas realizadas pelo Poder Judiciário não pode ser concretizada somente por uma abordagem estática e de curto prazo da eficiência. Em algumas situações, as normas geram uma queda de eficiência inicial amplamente recompensada quando se contabilizam os ganhos sociais futuros.

O interesse público, nesse sentido, deve ser avaliado numa perspectiva intertemporal, utilizando-se o atributo da eficiência dinâmica, sob o risco de se deixar de tomar medidas positivas caso se considere somente o momento atual ou, ainda pior, o risco de se decidir algo que trará malefícios para as gerações futuras.

Com razão, Cooter e Edlin (2010) provam que essa compensação pode acontecer. Esse posicionamento está explícito em teorema demonstrado pelos autores (welfare overtaking theorem). A lição a ser extraída desse teorema é que não se deve atentar tanto para ineficiências iniciais decorrentes da legislação, desde que essas ineficiências sejam comprovadamente superadas por aumento na taxa de crescimento econômico que se sustente no decorrer do tempo (SANTOS; MENEGUIN. 2014).

Por exemplo, a análise histórica de diversos países ao redor do mundo permitiu a Cooter e Schäfer (2012) concluírem que a desigualdade moderada pode coexistir com o ponto máximo de crescimento econômico. Para isso, verificaram que a conjugação de uma economia de mercado com uma população qualificada, apesar de possibilitar a existência de alguma desigualdade, promove rápido crescimento econômico.

Pela mesma figura, observa-se que a combinação de oligopólios e cartéis com trabalhadores de baixa qualificação faz agravar a desigualdade e retardar o crescimento econômico. Por outro lado, a igualdade absoluta com baixo crescimento econômico é explicada pelos autores como situações nas quais se forçou uma isonomia entre os cidadãos, desestimulando o empreendedorismo e diminuindo os incentivos à inovação.

Portanto, deixar de prosseguir com dada política pública porque existe uma ineficiência inicial, desconsiderando os benefícios futuros, pode significar uma ruptura com a realização do interesse público na maior extensão possível no futuro. Desta feita, em certa medida, nem sempre a ineficiência é injusta.

Isso se considerar o atributo dinâmico da eficiência. É que a ineficiência poderá ser admitida quando os benefícios advindos do crescimento econômico no médio ou longo prazo superarem os prejuízos causados pela ineficiência inicial. De acordo com o gráfico, tem-se:

Figura 6 Do crescimento sustentado em relação ao coeficiente de Gini



Fonte: Cooter e Schafer (2012)

Meneguín e Bugarin (2016) citam interessante exemplo de dilema entre a eficiência estática e dinâmica envolvendo o bem-estar social enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário nº 627189. Tal recurso questionava acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) que determinou a redução do campo eletromagnético em linhas de transmissão de energia elétrica localizadas nas proximidades de dois bairros paulistanos, em razão de eventuais efeitos nocivos à saúde da população.

O Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 627189, interposto pela Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S.A., e fixou a tese de que enquanto não houver certeza científica acerca dos efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, gerados por sistemas de energia elétrica, devem ser adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), conforme estabelece a Lei 11.934/2009. A Eletropaulo argumentava que a decisão objeto de recurso

violava, dentre outros aspectos, o princípio da legalidade ao exigir que a empresa adotesse padrão definido na lei suíça.

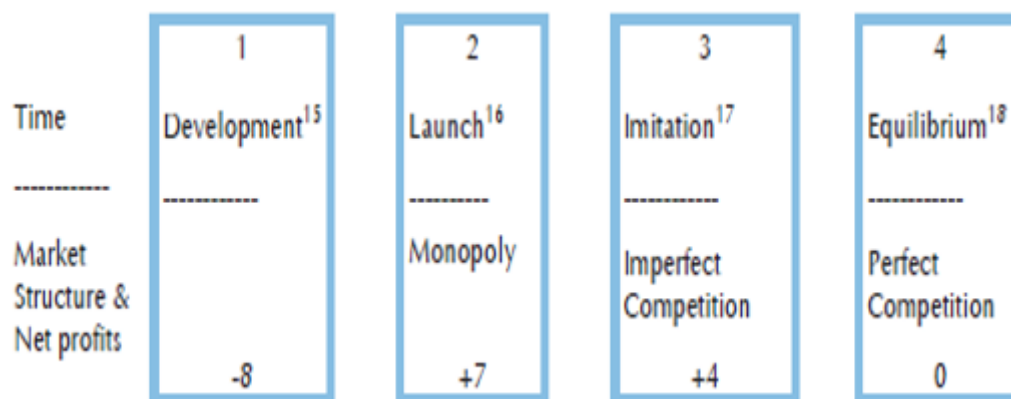
Contudo, para o Ministro Edson Fachin, que abriu a divergência no julgamento, na medida em que o acórdão questionado se baseou na dúvida da comunidade científica quanto aos efeitos danosos à saúde provocados pela estrutura de energia elétrica, pelos princípios da proteção ao meio ambiente e à saúde, deveria prevalecer o entendimento do juízo de 2º grau.

Pois bem, segundo os autores, a suprema Corte fundamentou o provimento do recurso interposto pela Eletropaulo, basicamente, em análise mais subjetiva do princípio da razoabilidade das exigências de precaução estabelecidas pela legislação interna. Olvidou-se, portanto, de uma abordagem mais objetiva da matéria, na qual se deveria considerar os efeitos da eficiência de longo prazo decorrentes de ocasional imposição a Eletropaulo de padrões elevados de precaução.

Na prática, caso o recurso fosse improvido, como o Brasil não conta com as mesmas condições tecnológicas da Suíça (que foi utilizada como parâmetro na exigência de redução do campo eletromagnético em linhas de transmissão de energia elétrica da Eletropaulo), tem-se que o efeito inibitório à inovação tecnológica decorrente do aumento dos custos relacionados ao nível de precaução elevado superaria o estímulo ao consumo de serviços mais seguros.

Para demonstrar isso, os autores Meneguín e Bugarin (2016, p.15), utilizam modelo apresentado pelos economistas Coiter e Edlin (2014), e evidenciam que caso a precaução determinasse um custo adicional igual ou superior a (-)3 no momento "1", o projeto não seria desenvolvido e não se investiria no fabrico do produto ou na prestação do serviço, pois nem sequer o monopólio assegurado pela patente constituiria recompensa suficiente para a assunção da empreitada. Isso porque o somatório total dos custos igualaria a (-) 12. E o ganho verificado na etapa de Monopólio é apenas de (+) 7.

Por outro lado, se tal custo fosse entre -3 e 0, o projeto poderá ser desenvolvido, a depender dos riscos envolvidos, na medida em que o ganho total de todas as etapas restaria fixado em (+) 11, logo superior aos custos de (-) 10 a (-8). A propósito:

Figura 7 Da eficiência Estática e Dinâmica

Fonte: Cooter e Edlin (2014)

Por fim, Meneguim e Bugarin (2016, p.15) afirmam que:

Em contrapartida, um histórico de precaução empresarial favorável poderá majorar o lucro obtido no momento “2”, uma vez que os consumidores estarão mais dispostos a consumir a nova tecnologia (ou, inversamente, a má reputação da empresa poderá figurar como um desincentivo aos consumidores, minorando o proveito no momento “2” e, possivelmente, no momento “3”). Tais variáveis devem ser consideradas não só pelos empreendedores, mas também pelos parlamentares e Magistrados, conquanto suas decisões as impactam diretamente.

Já para as situações em que se gera um bem-estar momentâneo e ineficiência nas próximas gerações, a literatura econômica lança mão do conteúdo conhecido como *Political Budget Cycle* (“ciclos políticos orçamentários”, Rogoff, 1990). Tem-se, no caso, o exemplo do político mais votado que tende a gerar maior desequilíbrio nas contas públicas, contrariamente ao político preocupado com os recursos do Estado.

Isso acontece porque o recurso as providências geradoras de desequilíbrio fiscal – causadoras de sérios problemas econômicos no longo prazo –, visando a conquistar retornos eleitorais por meio da miragem de crescimento econômico, de algum modo mostrar-se-ia mais eficiente politicamente.

3.10 Das estruturas de incentivos

Ao analisar-se qualquer política pública é preciso considerar não somente os seus efeitos diretos, mas principalmente as consequências indiretas e menos triviais que a implementação de tais ações governamentais operam nas estruturas de incentivos do corpo social, notadamente ao promover verdadeiras alterações no comportamento das pessoas.

À primeira vista, essa discussão sobre incentivos poderia até parecer restrita a aspectos monetários de funcionamento de mercados, como consectário lógico da lei da oferta e demanda. Afinal, não se desconhece que o aumento do preço de determinado bem de consumo pode induzir a mudança no comportamento dos agentes econômicos. Por exemplo, quando o valor da laranja aumenta, as pessoas optam por comer menos laranjas. Ao mesmo tempo, os fazendeiros com pomares de laranjais escolhem contratar mais trabalhadores para colher mais frutas. Ou seja, o preço mais alto do mercado proporciona um incentivo para que os compradores consumam menos e, por sua vez, que os vendedores produzam mais.

Contudo, nem todo incentivo é financeiro. Aplicada ao ramo jurídico, a economia revela-se como relevante instrumento de construção e implementação de políticas públicas, haja vista que considera o próprio arcabouço normativo do Direito como uma estrutura de incentivos que influencia o comportamento dos agentes, induzindo determinados comportamentos.

3.11 Os arranjos jurídico-institucionais como sistemas de incentivos

Muitas vezes, segundo se convencionou chamar “efeito Peltzman”, a regulação estatal traz efeitos nos comportamentos das pessoas de natureza compensatória e, em certa medida, até contrária aos desejados pelo agente regulador. Em um estudo realizado em 1975, o economista americano Sam Peltzman demonstrou que as leis de segurança no trânsito apresentavam muitos efeitos como esses.

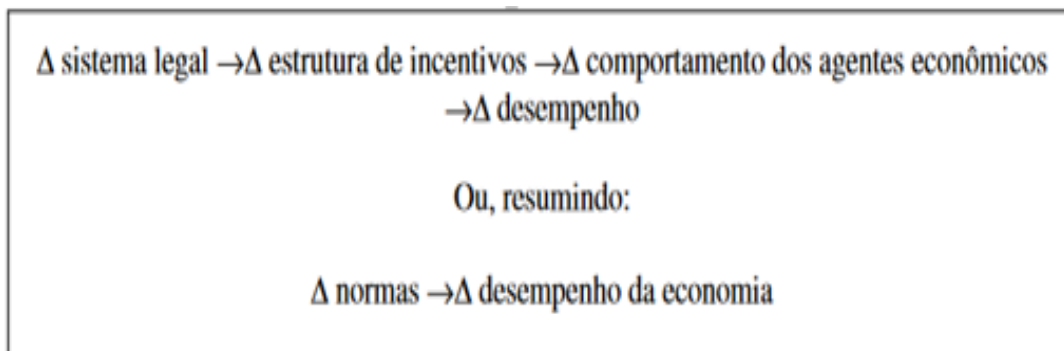
De acordo com as evidências apresentadas, as leis do Congresso norte-americano que impunham os cintos de segurança como equipamento obrigatório em todos os carros novos, embora, ao final, produzissem uma pequena variação do número de morte de motoristas, inadmissivelmente

ocasionou um aumento do número de mortes de pedestres.

Na verdade, tem-se que a lei sobre cintos de segurança afetou diretamente o cálculo de custo-benefício de um motorista. O referido equipamento de proteção, ao reduzir os custos associados à probabilidade de ferimento ou morte em um acidente automobilístico para o condutor, possibilitou, por outro lado, a diminuição do benefício ao condutor de se dirigir de forma lenta e cuidadosa. Essa diminuição da dirigibilidade cautelosa, por sua vez, possibilitou um efeito claro e adverso sobre os pedestres, que passaram a ter maiores chances de se envolver em um acidente. Como estes, ao contrário dos motoristas, não desfrutavam do benefício da maior segurança decorrente da utilização do cinto de segurança, o número de mortes de pedestres efetivamente cresceu, conforme demonstrado à título de conclusão do estudo.

Logo, para a Análise Econômica do Direito, a modificação do sistema legal efetivamente altera o comportamento da sociedade através da modificação da estrutura de incentivos com a qual os agentes se deparam. De acordo com Mercurio e Medema (2006), tem-se o seguinte modelo:

Figura 81 Modelo de Estrutura de Incentivos



Fonte: Mercurio e Medema (2006)

A principal questão que se busca responder é: “como os indivíduos envolvidos respondem na prática às restrições legais impostas à sua conduta?”. Este campo de estudo da AED ocupa-se a investigar os efeitos das leis, levando em conta as efetivas interações entre indivíduos às políticas públicas implementadas pela Administração ou estruturadas por decisão judicial. Busca-se, em última instância, obter arranjos jurídico-institucionais que

tornem possível alcançar os objetivos perseguidos pelas normas. Para Esteves (2017):

Por utilizar o instrumental microeconômico para analisar os comportamentos dos indivíduos perante o ordenamento jurídico, em situações consideradas extramercado, a abordagem parte da idéia de que normas jurídicas criam preços implícitos para os vários comportamentos possíveis perante a lei, e de que indivíduos racionais se comportarão, diante destes preços, como consumidores, maximizando seus próprios interesses. Assim, se os indivíduos são racionais e maximizadores, a lei pode impor custos a determinado comportamento e, a partir daí, induzir o indivíduo a comportar-se de determinada maneira.

3.12 O direito e o Consequencialismo

A disciplina da Law and Economics retira as consequências do fenômeno jurídico da periferia, colocando-as para o centro do debate. Afasta-se a percepção do Direito como um mero sistema teórico apartado da realidade, mais preocupado com jogos de palavras e sistematização de conceitos do que com a compreensão e a alteração do mundo real.

A Análise Econômica do Direito permite superar o debate da importância intrínseca de determinado bem jurídico, em sua natureza deontológica, para avançar em argumentos consequenciais. Como destacado por Sen (1999), seria um erro não dar atenção às consequências mesmo quando se está lidando com objetos intrinsecamente valiosos. Nesse sentido, o argumento econômico-consequencial surge da evidente constatação de que mesmo as atividades valiosas podem ter outras consequências não tão virtuosas assim.

Portanto, estudar a perspectiva jurídica nessa dimensão econômica fornece uma estrutura sensível e sólida para ações estruturais de concretização de políticas públicas de saúde.

No âmbito literário da teoria econômica da racionalidade social uma das questões científicas mais tormentosa perpassa pelo denominado “comportamento autointeressado”, ou seja, a escolha orientada para o próprio objetivo. A rigor, pode parecer naturalmente intuitivo esperar que uma pessoa escolha alternativa de ação que seja a melhor para seus objetivos, dadas as coisas sobre as quais a pessoa não tem controle (notadamente relacionadas as escolhas de outros indivíduos).

Ocorre que, conforme descrito facilmente pela estrutura de jogos clássicos, como o Dilema do Prisioneiro, o uso da escolha orientada para o próprio objetivo por parte de uma comunidade com objetivos díspares pode ocasionar uma menor satisfação dos interesses individuais do que se as pessoas seguissem uma regra de comportamento mais cooperativo.

Segundo Sen (1999):

Isso é interessante e importante, pois existe um argumento geral contra essa cooperação em jogos com repetições finitas no Dilema do Prisioneiro. O argumento é que qualquer recompensa por não se empenhar pela escolha orientada para o próprio objetivo deve surgir da resposta favorável de outros jogadores em rodadas posteriores. Portanto, claramente não há motivo para afastar-se da escolha orientada para o próprio interesse na última rodada, já que não haverá mais rodadas. Porém, como cada parte não tem incentivo para afastar-se da escolha orientada para o próprio objetivo na última rodada, também não há razão para adotar um comportamento que não seja autointeressado na penúltima, uma vez que ninguém responderá na última. Fazendo a indução regressiva, pode-se mostrar, com base nesse tipo de raciocínio, que não haverá motivo para afastar-se da escolha orientada para o próprio objetivo em nenhum estágio do jogo.

Todavia, estudos experimentais sobre o comportamento caracterizado na teoria dos jogos revelam indícios de que as pessoas seguem determinadas regras de comportamento que contrariam os objetivos próprios por razões instrumentais relacionadas ao benefício coletivo.

Com efeito, embora os objetivos de outras pessoas possam não estar incorporados aos nossos próprios, o reconhecimento da interdependência pode sugerir que certas políticas públicas sejam bem sucedidas ante a percepção da importância instrumental na promoção de cada interesse dos membros da comunidade.

Para Gico (2010, p.7), grande parte dos juristas, no entanto, perdem a oportunidade de perceber que o direito cria incentivos, a alterar, portanto, a

própria conduta dos agentes. A propósito:

A esta altura deve estar claro ao leitor que um juseconomista se vê como um praticante da “ciência da escolha humana” e é precisamente nessa qualidade que a abordagem econômica é de maior utilidade para o direito ao auxiliar a compreensão (diagnóstico) e a previsão (prognose) das conseqüências sociais de cada escolha. A abordagem econômica é um método que pode nos fornecer o arcabouço teórico (conjunto de ferramentas) robusto o suficiente para nos auxiliar a compreender como o ser humano reagirá a cada alteração de sua estrutura de incentivos e, em última instância, como o direito pode elaborar tal estrutura para alcançar maior bem-estar social.

Prospectar os efeitos dos incentivos do direito não é irrelevante. A dimensão de um Estado regulador (que resulta de substituição do government by law para o government by policies), pautado pela densificação técnica de políticas públicas, impõe a observância de matizes outrora consideradas como exógenas aos sistemas jurídicos, como no caso a Economia.

A nova LINDB (Lei 13.655/2018), denominada Lei da Segurança para a Inovação Pública, por intermédio de seu artigo 20, deu um importante passo no Direito brasileiro no sentido de orientar a autoridade estatal considerar as conseqüências práticas da decisão adotada, ao dispor que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as conseqüências práticas da decisão”. *In verbis*:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as conseqüências práticas da decisão.
Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Isso não significa que o art. 20 impôs a preponderância de uma concepção consequencialista do direito. Ou seja, o dispositivo legal não estabeleceu que a avaliação dos efeitos ou incentivos da interpretação da norma determinará a solução a ser adotada, independentemente das regras jurídicas aplicadas (JUSTEN FILHO, 2018). Não se pode perder de vista que

uma das principais armadilhas encontradas em debates na área da argumentação lógica é justamente a falácia do argumento a partir das consequências. Ela consiste em defender ou refutar a veracidade de uma declaração apelando às consequências que ela teria se fosse verdadeira (ou falsa). Contudo, sabe-se que o fato de uma proposição levar a um resultado desfavorável não significa que ela seja falsa. Da mesma forma, o simples fato de ter consequências positivas não torna a afirmação automaticamente verdadeira.

Por conseguinte, o novo artigo exige do órgão decisor a aplicabilidade prática daquilo que está sendo decidido, conferindo tangibilidade ao direito perseguido. Veda-se, portanto, motivações decisórias entendidas como vazias, as quais se utilizam apenas de retórica, ou que se fundam em princípios sem análise prévia dos fatos ou dos impactos dessa decisão para os envolvidos. Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade' e outras (MARQUES NETO. 2018).

No Brasil, as dificuldades de conformação dos processos decisórios aos padrões de racionalidade que possibilitam avaliar as estruturas de incentivos são sobretudo estruturais. As principais limitações, segundo SCHUARTZ (1998), seriam: a) enorme escassez de pessoal tecnicamente treinado e de informações pertinentes e bancos de dados prontamente disponíveis; b) significativas assimetrias de recursos para fins de litigância e amplos espaços para o uso estratégico de informações privadas e de direitos processuais; e, enfim, c) uma agenda de trabalho que coloca sérias restrições materiais e temporais aos esforços de solução de casos mais complexos pelos julgadores.

3.13 O empirismo como principal método de investigação Científica.

Dentre as ciências sociais aplicadas, a Economia apresenta-se como a única a ombrear as chamadas ciências naturais na mais distinta láurea da comunidade acadêmica em nível mundial: o Prêmio Nobel.

Finalmente, parte-se para a análise do último dos cânones do movimento da AED. Como mencionado anteriormente, trata-se de investigar a relevância da cientificidade metodológica da corrente Law and Economics.

Como lembra o professor ULEN (2002) no seminal artigo originalmente publicado em inglês pela Illinois Law Review intitulado “a nobel prize in legal science: theory, empirical work, and the scientific method in the study of law”, não se deve esquecer da proeminência da Economia em termos propriamente científicos em comparação com alguns campos do conhecimento. Isso se explica fundamentalmente pela existência no campo econômico de princípios teóricos abstratos que são admitidos em qualquer cultura ou época

3.14. Das condições para um Nobel nas Ciências Jurídicas

Segundo Ulen (2002) para as investigações jurídicas serem reconhecidas como descobertas científicas aptas a serem prestigiadas com um prêmio Nobel, seria necessário mais rigor metodológico e analítico do direito. Ou seja, a pesquisa empírica deveria exercer um papel fundamental nesse empreendimento do jus-economista.

Há um impulso empírico-científico inevitável nessa visão de intervenção em políticas públicas com aplicação dos fundamentos econômicos. Basicamente, a estrutura lógica comum de todas as explicações verdadeiramente científicas observa o seguinte esquema: envolve pelo menos uma lei universal e alguma premissa condicional relevante no tema que, somadas, constituem a explanans a partir das quais um enunciado sobre algum evento cuja explicação esteja-se em busca é deduzido com a ajuda das regras da lógica dedutiva.

Hempel e Oppenheim (1965, apud BLAUG, 2016, p.39) em um trabalho hoje famoso, demonstram a partir da estrutura lógica comum de todas as explicações verdadeiramente científicas, que a operação chamada “explicação” envolve as mesmas regras de inferência lógica que a operação chamada “previsão”, sendo a única diferença o fato de que as explicações vêm depois dos eventos e as previsões, antes.

A noção de que existe uma simetria lógica e perfeita entre a natureza da explicação e a natureza da previsão foi rotulada de tese da simetria. Conforme disposto por BLAUG (2016, p. 46):

De qualquer forma, quando o entendimento não está acompanhado de capacidade de previsão, deveríamos perguntar: será que é porque não

podemos assegurar toda a informação relevante sobre as condições iniciais, assim como na maior parte da evolução biológica, ou será que é porque a explicação não se baseia de forma alguma em uma lei universal ou pelo menos uma generalização solta de algum tipo, assim como em tantas explicações históricas? Se ocorre esta última opção, eu diria que definitivamente estão querendo nos passar gato por lebre, pois não é possível se explicar qualquer coisa sem referência a um conjunto maior do qual essa coisa é elemento.

Assim, em que pese a existência de diversos elementos do método científico no âmbito do estado da arte do estudo jurídico, ainda não se observa a ocorrência de um paradigma teórico largamente aceito pela comunidade mundial de pesquisadores, bem como métodos partilhados pelos vários pares, visando a corroboração empírica das proposições teóricas.

Em certa medida, a Economia é um parâmetro para o Direito em termos de cientificidade. Como ciência social aplicada, a economia conseguiu reunir os elementos do método científico que ainda carecem no âmbito do Direito.

O trabalho empírico é uma parte absolutamente vital do desenvolvimento de uma ciência jurídica madura. A preocupação em criar padrões de jurisprudência pelos operadores do Direito nos Estados Unidos obrigou-os no século XX a usar o empirismo na busca desses padrões. Provavelmente, isso tenha ocorrido porque a tradição common law dos juristas norte-americanos investe na força dos precedentes judiciais como forma de parametrizar as decisões judiciais. Diferente, portanto, do sistema civil Law que não tem como foco principal a percepção casuística dos casos sob julgamento, mas prioriza o positivismo consubstanciado em um comando normativo abstrato e geral.

A título de exemplo, tem-se a possibilidade de realizar uma investigação sistemática das decisões de um tribunal, a fim de fazer uma previsão objetiva de como determinado juízo decidirá em uma dada disputa. Por outro lado, também seria possível determinar com mais precisão os efeitos das regras jurídicas em termos de concretização de suas finalidades. Afinal, as consequências de uma lei deveriam fazer parte da avaliação do valor da norma.

. Nesse sentido, Cunha (2008, p.15):

Um Judiciário democraticamente transparente, que produza dados e estatísticas de suas atividades, e que os use como meio de organização e planejamento de suas atividades, é fundamental para a avaliação e a garantia da democracia. Um sistema confiável de estatísticas judiciais é necessário para que: i) o público possa detectar as atividades desenvolvidas pelo Judiciário; ii) órgãos judiciais superiores possam monitorar seu próprio desempenho e planejar projetos futuros; iii) a administração possa elaborar e promover políticas públicas para a reforma e a melhoria do Judiciário; iv) especialistas possam avaliar o funcionamento do sistema de Justiça como um todo.

O ponto é que as previsões dessa natureza na dogmática jurídica brasileira têm se baseado normalmente em imprecisas e genéricas avaliações, a fomentar uma verdadeira crise institucional na concretização dos direitos fundamentais no país.

4 O COREN/RN EM JUÍZO E A MODELAGEM ESTRUTURAL ECONÔMICA DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA DE SAÚDE COLETIVA

4.1 Da Análise Econômica do Direito das Ações Cíveis Públicas do Coren/RN orientada ao fenômeno da escassez

O principal objetivo deste capítulo está em compreender a judicialização da saúde a partir do fenômeno econômico da escassez por meio da análise das demandas e decisões judiciais em sede de ações cíveis públicas de autoria do Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Norte.

Nesse sentido, a pesquisa desenvolveu-se em dois níveis: O primeiro deu-se na coleta e análise de dados de todas as ações de primeira instância ajuizadas pelo Coren/RN e com sentenças de mérito, no período de 2015 a 2017, que tinham como objeto a intervenção na área da saúde. O segundo nível caracterizou-se pelo desenvolvimento de estudo qualitativo com base nos cânones metodológicos da Análise Econômica do Direito dos respectivos processos, notadamente quanto ao teor das decisões judiciais em si.

O passo inaugural do primeiro nível de pesquisa consistiu no esforço de identificar todas as decisões judiciais no interstício do triênio acima delimitado no âmbito das ações do Coren/RN. No período de 2015 a 2017 o Conselho ajuizou um total de 43 (quarenta e três) ações cíveis públicas, conforme demonstrado nas tabelas que seguem:

Tabela 3 - Relação das Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Coren/RN em 2015

Quantitativo de Processos	Número do Processo (Ano 2015)
1	0801194-21.2015.4.05.8400
2	0801233-18.2015.4.05.8400
3	0801234-03.2015.4.05.8400
4	0801395-13.2015.4.05.8400
5	0801445-39.2015.4.05.8400
6	0801444-54.2015.4.05.8400
7	0801446-24.2015.4.05.8400
8	0801548-46.2015.4.05.8400
9	0801549-31.2015.4.05.8400
10	0801550-16.2015.4.05.8400

Continua

Quantitativo de Processos	Número do Processo (Ano 2015)
11	0800180-84.2015.4.05.8405
12	0800163-51.2015.4.05.8404
13	0806327-44.2015.4.05.8400
14	0807278-38.2015.4.05.8400
15	0800196-41.2015.4.05.8404
16	0807480-15.2015.4.05.8400
17	0808015-41.2015.4.05.8400

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Tabela 4 - Relação das Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Coren/RN em 2016

Quantitativo de Processos	Número do Processo (Ano 2016)
1	0807060-73.2016.4.05.8400
2	0800105-11.2016.4.05.8405
3	0800555-66.2016.4.05.8400
4	0801234-66.2016.4.05.8400
5	0802125-87.2016.4.05.8400
6	0802249-70.2016.4.05.8400
7	0802299-96.2016.4.05.8400
8	0802372-68.2016.4.05.8400
9	0802373-53.2016.4.05.8400
10	0800105-11.2016.4.05.8405
11	0800104-29.2016.4.05.8404
12	0804845-27.2016.4.05.8400
13	0806276-96.2016.4.05.8400
14	0800522-70.2016.4.05.8402
15	0800276-68.2016.4.05.8404
16	0809303-87.2016.4.05.8400

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Tabela 5 - Relação das Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Coren/RN em 2017

Quantitativo de Ações	Número dos Processos (Ano 2017)
1	0800089-23.2017.4.05.8405
2	0800090-08.2017.4.05.8405

Continua

Quantitativo de Ações	Número dos Processos (Ano 2017)
3	0801788-64.2017.4.05.8400
4	0803181-24.2017.4.05.8400
5	0800282-41.2017.4.05.8404
6	0806978-08.2017.4.05.8400
7	0801271-56.2017.4.05.8401
8	0800442-72.2017.4.05.8402
9	0807867-59.2017.4.05.8400
10	0807868-44.2017.4.05.8400

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Os objetos demandados em tais ações circunscrevem-se à existência de duas necessidades bem definidas: uma relacionada à obrigatoriedade de Enfermeiros em quantidade suficiente para todo o período de funcionamento das unidades de saúde; e a outra referente ao dever de regularização da Responsabilidade Técnica pelos serviços de Enfermagem junto ao Coren/RN.

O conteúdo dessas obrigações baseia-se em políticas públicas já previamente estabelecidas pelo arcabouço legislativo pátrio. Essa ponderação é importante para, desde logo, afastar a malfadada tese segundo a qual se tenta desqualificar a atuação judicial realizada pelos Conselhos de Classe como de mera reserva de mercado.

Ora, a Lei nº 7.498/86, que dispõe sobre a regulamentação do exercício da enfermagem, estabelece que se faz necessária a presença de enfermeiro legalmente habilitado em unidades de saúde onde são realizados os atos típicos de enfermagem (art. 11 a 13), tendo tal profissional a atribuição de coordenar as atividades de enfermagem desenvolvidas nos respectivos setores.

Dessa feita, ante a expressa exigência legal, não se cogita que unidades de saúde não mantenham enfermeiros habilitados durante todo o seu período de funcionamento. Sua presença se faz necessária de forma constante, principalmente se considerada a imprevisibilidade na entrada de casos que exijam sua participação ativa. Vale ressaltar que os técnicos e auxiliares de Enfermagem em decorrência do grau de habilitação profissional não devem realizar cuidados de enfermagem de maior complexidade, tornando-se, assim,

imperioso o acompanhamento e organização de seus serviços por enfermeiro.

De outra banda, quanto as demandas de ausência de Responsável Técnico registrado no COREN/RN para dirigir e coordenar os serviços de enfermagem na unidades de saúde, atualmente a Resolução n.º 509/2016 do Conselho Federal de Enfermagem é que regulamenta a matéria.

Analisando a legislação em comento, verifica-se que o registro de pessoas jurídicas no respectivo conselho de fiscalização é dispensável quando sua atividade básica (atividade-fim) não caracterizar serviços de enfermagem, como nos casos de hospitais ou clínicas em que as atividades desenvolvidas no são de caráter médico. Todavia, o exercício das atividades de enfermagem praticadas dentro de tais ambientes deve ser coordenado por profissional devidamente registrado no COREN/RN com poderes, concedidos por meio de Certidão de Responsabilidade Técnica, para planejamento, organização, direção, coordenação, execução e avaliação dos serviços de enfermagem da empresa / instituição onde estes são executados.

Logo, tem-se que a intervenção judicial na saúde patrocinada nesses termos pelo Conselho de Fiscalização Profissional de Enfermagem visa a apenas garantir o efetivo cumprimento dos objetivos de estruturação sanitária legalmente previstos.

De acordo com a tabela subsequente, a disposição do “objeto demandado 1” (Designar Enfermeiros em quantidade suficiente para todo o período de funcionamento da unidade de saúde”) e do “objeto demandado 2” (Regularizar Responsabilidade Técnica junto ao Coren/RN) no conjunto do acevo processual do Coren/RN, obedece a seguinte proporção:

Tabela 6- Proporção dos objetos demandados nas Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Coren/RN entre 2015 a 2017

Apenas Objeto demandado 1	Apenas Objeto demandado 2	Objetos demandados 1 e 2 Conjuntamente
20,93%	18,60%	60,46%

Objeto 1: Designar Enfermeiros em quantidade suficiente para todo o período de funcionamento da unidade de saúde.

Objeto 2: Regularizar Responsabilidade Técnica junto ao Coren/RN

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Na medida em que a prestação de saúde envolve a distribuição de recursos escassos em uma sociedade complexa, determinar o que é prioritário e quem deve ser o foco dessas prioridades, é um tema que envolve necessariamente disputas.

Contudo, será que a “judicialização da saúde” no panorama acima desenhado seria expressão dessa disputa estrutural por recursos?

Para responder a tal questão, estudou-se cada um dos processos acima listados e, com base no instrumental da análise econômica do direito, identificou-se o quantitativo de ações em que o problema da escassez tinha de algum modo sido suscitado.

Do exame realizado, constatou-se que apenas 20,93% (vinte vírgula noventa e três por cento) dos processos sentenciados resolveram as questões meratórias ponderando-se na argumentação algum fundamento econômico relacionado à escassez, nos termos da tabela que segue:

Tabela 7- Ações Cíveis Públicas com os respectivos objetos demandados que tiveram as questões resolvidas por meio da ponderação do critério econômico da escassez

Quantitativo	Número dos Processos sentenciados com fundamentação econômica	Objetos demandados
1	0807060-73.2016.4.05.8400	1 e 2
2	0800555-66.2016.4.05.8400	1
3	0809303-87.2016.4.05.8400	1 e 2
4	0800089-23.2017.4.05.8405	1 e 2
5	0803181-24.2017.4.05.8400	1
6	0806978-08.2017.4.05.8400	1 e 2
7	0800180-84.2015.4.05.8405	1 e 2
8	0800196-41.2015.4.05.8404	1e2
9	0807480-15.2015.4.05.8400	1

Objeto 1: Designar Enfermeiros em quantidade suficiente para todo o período de funcionamento da unidade de saúde.

Objeto 2: Regularizar Responsabilidade Técnica junto ao Coren/RN

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Neste momento, perscruta-se a base argumentativa de 4 (cinco) desses

processos que tiveram o fenômeno econômico da escassez considerado na fundamentação da sentença.

O primeiro processo de número 0807060-73.2016.4.05.8400S (RIO GRANDE DO NORTE, 2018, p.4) que tem como partes o Coren/RN e o Município de São Tomé, o Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte ao sentenciar o processo sopesou o aspecto econômico da escassez que envolvia a lide nos seguintes termos:

Também deve ser considerado o princípio da reserva do possível. Como consequência, a intervenção do Poder Judiciário não pode gerar despesas públicas que superem as capacidades financeiras do Estado. Não obstante, em se tratando de fato impeditivo do direito alegado pelo autor da demanda, o ônus de comprovar a insuficiência dos recursos públicos para o atendimento do pedido é do ente estatal demandado. Nem na contestação e nem em qualquer outro momento foi aventada pelo Município a impossibilidade material de concretização da determinação legal. (grifo nosso)

(Rio Grande do Norte. 5ª Vara Federal. Identificador n.º 4058400.3929246. Juíza Federal Moniky Mayara Costa Fonseca. **Sentença**. Natal)

Como observado, a compreensão do limites impingidos pelo fenômeno da escassez (na hipótese, compreendido na menção às restrições da capacidade financeira do ente administrativo), foi devidamente considerada pela magistrada na sua decisão.

Ocorre que, na espécie, malgrado o Judiciário revelasse a importância da percepção econômica para fins de concretização do direito à saúde encampado no respectivo processo, o próprio Município demandado (que, efetivamente, possui o pleno conhecimento administrativo das limitações financeiras e estruturais dos serviços prestados) sequer levantou a contingência orçamentária como motivo para o descumprimento dos objetos demandados nos autos.

Já no Processo de número 0800555-66.2016.4.05.8400, ajuizado pelo Coren/RN em face do Município de Serra Caiada, o mesmo juízo da 5ª Vara Federal (RIO GRANDE DO NORTE, 2018, p.2-3), aprofundou ainda mais esta estreita relação entre a Economia (traduzida na escassez) e o Direito por ocasião da intervenção do Poder Judiciário na implementação das políticas

públicas. *In verbis*:

(...) O que se quer dizer é que o **elevado custo** de uma determinada política pública **pode impedir a sua implementação**, na medida em que fique constatada a insuficiência de recursos financeiros do Estado ou que se verifique que o acolhimento do pedido pode **implicar no detrimento do atendimento dos interesses de várias outras pessoas, que, inclusive, podem se encontrar em situação de maior necessidade.** (grifo nosso)

(RIO GRANDE DO NORTE. 5ª Vara Federal. Sentença nº 4058400.3068223. Juiz Federal IVAN LIRA DE CARVALHO. **Sentença.** Natal)

No terceiro processo referenciado, de número 0800089-23.2017.4.05.8405, o Juízo da 15ª Vara Federal determinou ao Município de Jandaíra a contratação de enfermeiros em quantidade suficiente para que o quadro dos referidos profissionais da Unidade Mista de Saúde da edilidade abarcasse a integralidade do horário de funcionamento da respectiva unidade de saúde. Na ocasião da sentença o Juiz Federal Hallison Rêgo Bezerra (RIO GRANDE DO NORTE, 2018, p.8) afirmou que a cláusula de reserva do possível deve ser visto com cautela, cabendo ao Poder Judiciário **“sopesar as dificuldades financeiras, os prejuízos que estão sendo causados pela conduta pública e os benefícios que surgiriam caso fosse realizada a ação imposta ao município, estado ou União”**.

E, por último, a quarta ação de número 0803181-24.2017.4.05.8400, na qual o Juízo da 1ª Vara Federal (RIO GRANDE DO NORTE, 2018, p.6) julgou procedente o pedido formulado na inicial, determinou-se ao Estado do Rio Grande do Norte que garantisse a manutenção de enfermeiro nas Unidades de Transportes Básicas e Avançadas de Vida do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência - SAMU da Região Metropolitana do Município de Macaíba/RN.

Na sentença, a fundamentação expressamente menciona um dos cânones metodológicos da Análise Econômica do Direito para afastar qualquer discricionariedade do gestor na aplicação inábil de recursos financeiros escassos, notadamente quando se fala do direito fundamental à saúde. A propósito:

(...) Tal direito social, em especial no que diz respeito a saúde,

não pode ficar à escolha do governante, haja vista que, sendo os recursos escassos, devem ser corretamente aplicáveis evitando-se, assim, a privação resultante de má escolha do legislativo. Some-se a isso, a reserva do possível somente é oponível à tutela dos direitos fundamentais, desde que seja concreta, mas não pode ser oponível à realização do mínimo existencial.

Desse modo, os argumentos expendidos pelo estado destacando o óbice orçamentário para a contratação de enfermeiros não se revela de todo justificado, haja vista que **a reserva do possível não consiste em uma limitação à atuação do Estado na prestação dos direitos sociais, mas na obrigação do Poder Público reservar o total de recursos disponíveis para a gestão e execução das políticas públicas ligadas aos direitos sociais.**(grifo nosso)

(RIO GRANDE DO NORTE. 1ª Vara Federal. Sentença nº 4058400.3351226. Relator: MAGNUS AUGUSTO COSTA DELGADO. **Sentença**. Natal).

Ocorre que, mesmo diante desses robustos argumentos econômico-jurídicos no trato da questão da concretização de políticas públicas de saúde, como reportando antes, somente 20,93% (vinte vírgula noventa e três por cento) do total dos processos sentenciados, em alguma medida, levantou o cenário da escassez como fator argumentativo para a tomada de decisão.

Logo, respondendo-se ao questionamento no início realizado, nota-se que o fator determinante da judicialização das demandas do Coren/RN não está relacionado à deficiência estrutural dos serviços de saúde prestados em razão dos recursos escassos.

Com isso, não se afirma que, verdadeiramente, os entes demandados ocasionalmente não enfrentariam dificuldades orçamentárias para promover de forma eficiente as diversas políticas públicas.

Afirma-se, contudo, que no caso específico das demandas de saúde judicializadas pelo Coren/RN, quase 80% (oitenta por cento) da resolutividade das questões não perpassaram por qualquer dilema econômico relacionado a escassez de recursos públicos.

Portanto, não se pode imputar distúrbio de qualquer magnitude provocado pelas ações judiciais do Coren/RN sobre o equilíbrio e hígidez econômica do sistema de saúde. Ao revés, restou comprovado que a intervenção judicial no caso possibilitou o enfrentamento adequado da ineficiência na atuação da autoridade pública de saúde, que não executa a contento o seu dever constitucional.

4.2 Da Análise Econômica do Direito das Ações Cíveis Públicas do Coren/RN orientada ao fenômeno do Custos

O objetivo desta seção é investigar a dimensão econômica dos custos relacionados aos procedimentos judiciais em si para a tutela dos direitos coletivos de saúde. Para isso, a premissa fundamental é a de que a solução consensual e rápida é a menos onerosa para todos. Por isso que a análise da questão se baseia no estudo de dois parâmetros: a) número de acordos realizados no conjunto dos processos do Conselho e b) definição do tempo médio de tramitação de cada processo.

Quanto ao primeiro parâmetro, os dados processuais dos anos de 2015, 2016 e 2016 revelaram a seguinte disposição sobre o tema (ver Tabela 8):

Tabela 8 - Relação da presença ou não de acordos judiciais do conjunto de Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Coren/RN em 2015

Quantitativo	Realização de Acordo Judicial	Número dos Processos (Ano 2015)
1	Sim	0801194-21.2015.4.05.8400
2	Não	0801233-18.2015.4.05.8400
3	Não	0801234-03.2015.4.05.8400
4	Não	0801395-13.2015.4.05.8400
5	Não	0801445-39.2015.4.05.8400
6	Não	0801444-54.2015.4.05.8400
7	Não	0801446-24.2015.4.05.8400
8	Não	0801548-46.2015.4.05.8400
9	SIM	0801549-31.2015.4.05.8400
10	Não	0801550-16.2015.4.05.8400
11	Não	0800180-84.2015.4.05.8405
12	Não	0800163-51.2015.4.05.8404
13	Não	0806327-44.2015.4.05.8400
14	Não	0807278-38.2015.4.05.8400
15	Não	0800196-41.2015.4.05.8404
16	Não	0807480-15.2015.4.05.8400
17	Não	0808015-41.2015.4.05.8400

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Tabela 9 - Relação da presença ou não de acordos judiciais do conjunto de Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Coren/RN em 2016

Quantitativo	Realização de Acordo Judicial	Número dos Processos (Ano 2016)
1	Não	0807060-73.2016.4.05.8400
2	Não	0800105-11.2016.4.05.8405
3	Não	0800555-66.2016.4.05.8400
4	Não	0801234-66.2016.4.05.8400
5	SIM	0802125-87.2016.4.05.8400
6	Não	0802249-70.2016.4.05.8400
7	Não	0802299-96.2016.4.05.8400
8	Não	0802372-68.2016.4.05.8400
9	Não	0802373-53.2016.4.05.8400
10	Não	0800105-11.2016.4.05.8405
11	SIM	0800104-29.2016.4.05.8404
12	SIM	0804845-27.2016.4.05.8400
13	SIM	0806276-96.2016.4.05.8400
14	Não	0800522-70.2016.4.05.8402
15	Não	0800276-68.2016.4.05.8404
16	Não	0809303-87.2016.4.05.8400

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Tabela 10 - Relação da presença ou não de acordos judiciais do conjunto de Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Coren/RN em 2017

Quantitativo	Realização de Acordo Judicial	Número dos Processos (Ano 2017)
1	Não	0800089-23.2017.4.05.8405
2	Sim	0800090-08.2017.4.05.8405
3	Não	0801788-64.2017.4.05.8400
4	Não	0803181-24.2017.4.05.8400
5	Não	0800282-41.2017.4.05.8404
6	Não	0806978-08.2017.4.05.8400S
7	Não	0801271-56.2017.4.05.8401
8	Sim	0800442-72.2017.4.05.8402

Continua

Quantitativo	Realização de Acordo Judicial	Número dos Processos (Ano 2017)
9	Sim	0807867-59.2017.4.05.8400
10	Sim	0807868-44.2017.4.05.8400

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Conforme apontado pelos dados, aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) do total das ações civis públicas ajuizadas pelo Coren/RN no período de 2015 a 2017, foram objeto de acordo judicial.

Os acordos entabulados envolveram tanto demandas relacionadas somente à regularização de Responsabilidade Técnica junto ao Coren/RN, quanto demandas que envolviam esse objeto somado à necessidade de designação de enfermeiros em quantidade suficiente para todo o período de funcionamento das instituições de saúde.

De acordo com a Tabela 11:

Tabela 11- Identificação dos objetos transacionados por acordo nos respectivos processos judiciais

Número dos Processos com Acordos Judiciais	Objetos dos acordos judiciais
0801194-21.2015.4.05.8400	1 e 2
0801549-31.2015.4.05.8400	1 e 2
0802125-87.2016.4.05.8400	1
0800104-29.2016.4.05.8404	1 e 2
0804845-27.2016.4.05.8400	1
0806276-96.2016.4.05.8400	1 e 2
0800090-08.2017.4.05.8405	1 e 2
0800442-72.2017.4.05.8402	1
0807867-59.2017.4.05.8400	1
0807868-44.2017.4.05.8400	1

Objeto 1: Designar Enfermeiros em quantidade suficiente para todo o período de funcionamento da unidade de saúde.

Objeto 2: Regularizar Responsabilidade Técnica junto ao Coren/RN

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Verifica-se, assim, que em 50% (cinquenta por cento) dos acordos o

objeto transacionado consistiu apenas na regularização de Responsabilidade Técnica junto ao Coren/RN. A outra metade, correspondeu a acordos que previam além da regularização desse objeto, a questão da designação de enfermeiros em quantidade suficiente durante todo o período de funcionamento das unidades de saúde.

Logo, ambos os objetos demandados nas ações coletivas do Coren/RN demonstram apresentar o mesmo potencial de solução conciliatória nos processos.

Portanto, não se pode olvidar que os custos de uma demanda judicial são influenciados pela capacidade ou não de solução conciliatória das questões (ou seja, quanto mais litigiosa a lide, maiores os custos envolvidos pela multiplicidade de atos processuais necessários à solução do problema).

Da análise econômico do direito dessa variável dos custos no âmbito dos processos coletivos do Coren/RN, atesta-se que embora os objetos demandados congreguem iguais condições de solução conciliatória, apenas cerca de 25% (vinte e cinco por cento) das ações foram resolvidas por meio da conciliação.

Quanto a outra variável que compõe a ideia dos custos envolvidos nos processos, qual seja, a definição do tempo médio de tramitação de cada ação, o presente estudo também aponta achados interessantes. Quanto aos processos de ações coletivas do ano de 2015, a tabela 12 indica que a média de tempo de tramitação dos processos que não culminam com acordo é quase o dobro do tempo das ações que finalizam por acordo judicial. Nesse sentido, segue a tabela 12,

Tabela 12- Identificação do tempo de tramitação por processo relativo ao ano de 2015

Quantitativo	Número dos Processos do ano 2015	Tempo de tramitação do processo até sentença
1	0801194-21.2015.4.05.8400	1 ano 2 meses
2	0801233-18.2015.4.05.8400	2 anos 10 meses
3	0801234-03.2015.4.05.8400	1 ano e 3 meses
4	0801395-13.2015.4.05.8400	1 ano e 9 meses

Continua

Quantitativo	Número dos Processos do ano 2015	Tempo de tramitação do processo até sentença
5	0801445-39.2015.4.05.8400	1 ano e 3 meses
6	0801444-54.2015.4.05.8400	4 anos 8 meses
7	0801446-24.2015.4.05.8400	3 anos 2 meses
8	0801548-46.2015.4.05.8400	3 anos
9	0801549-31.2015.4.05.8400	1 ano e 5 meses
10	0801550-16.2015.4.05.8400	1 ano 3 meses
11	0800180-84.2015.4.05.8405	10 meses
12	0800163-51.2015.4.05.8404	1 ano e 2 meses
13	0806327-44.2015.4.05.8400	9 meses
14	0807278-38.2015.4.05.8400	5 meses
15	0800196-41.2015.4.05.8404	2 anos
16	0807480-15.2015.4.05.8400	2 anos e 10 meses
17	0808015-41.2015.4.05.8400	1 ano e 10 meses

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

O tempo levado da data da distribuição dos processos até o dia da expedição da sentença, em relação aos processos de 2016 e 2017 restam definidos de acordo com as tabelas 13 e 14, respectivamente.

Tabela 13- Identificação do tempo de tramitação por processo relativo ao ano de 2016

Quantitativo	Número dos Processos do ano 2016	Tempo de tramitação do processo até sentença
1	0807060-73.2016.4.05.8400	1 ano e 11 meses
2	0800105-11.2016.4.05.8405	4 meses
3	0800555-66.2016.4.05.8400	2 anos e 4 meses
4	0801234-66.2016.4.05.8400	6 meses
5	0802125-87.2016.4.05.8400	7 meses
6	0802249-70.2016.4.05.8400	1 ano
7	0802299-96.2016.4.05.8400	6 meses
8	0802372-68.2016.4.05.8400	7 meses
9	0802373-53.2016.4.05.8400	7 meses

Continua

Quantitativo	Número dos Processos do ano 2016	Tempo de tramitação do processo até sentença
10	0800105-11.2016.4.05.8405	2 anos 4 meses
11	0800104-29.2016.4.05.8404	1 ano 6 meses
12	0804845-27.2016.4.05.8400	4 meses
13	0806276-96.2016.4.05.8400	1 ano 7 meses
14	0800522-70.2016.4.05.8402	2 meses
15	0800276-68.2016.4.05.8404	1 ano e 2 meses
16	0809303-87.2016.4.05.8400	1 Ano e 2 meses

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Tabela 14- Identificação do tempo de tramitação por processo relativo ao ano de 2017

Quantitativo	Número dos Processos do ano 2017	Tempo de tramitação do processo até sentença
1	0800089-23.2017.4.05.8405	1 ano 2 meses
2	0800090-08.2017.4.05.8405	2 anos 10 meses
3	0801788-64.2017.4.05.8400	1 ano e 3 meses
4	0803181-24.2017.4.05.8400	1 ano e 9 meses
5	0800282-41.2017.4.05.8404	1 ano e 3 meses
6	0806978-08.2017.4.05.8400S	4 anos 8 meses
7	0801271-56.2017.4.05.8401	3 anos 2 meses
8	0800442-72.2017.4.05.8402	3 anos
9	0807867-59.2017.4.05.8400	1 ano e 5 meses
10	0807868-44.2017.4.05.8400	1 ano 3 meses

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Essa mesma variação da média do tempo de tramitação entre os processos com ou sem acordo judicial também é observada para o ano de 2016. Neste ano, a média de tempo (contado do início do processo até a data da sentença) de tramitação dos feitos que se concluíram sem sem acordo foi de 1(um) ano e 3 (três) meses. Já os processos que terminaram por via de acordo judicial, a média de tempo de tramitação foi de (sete) meses.

Por fim, quanto ao ano de 2017, em que pese ter sido menor a variação

entre o tempo de tramitação dos processos sentenciados sem acordo e os processos sentenciados com com acordo, estes ainda foram concluídos mais rápido que aqueles.

Assim, da análise econômica do direito orientada ao acervo processual do Coren/RN, conclui-se que os custos associados à judicialização das políticas públicas de saúde podem ser mitigados, dado que ainda aproximadamente 75% (setenta e cinco por cento) dos processos são sentenciados sem acordo judicial e que tais feitos carregam um tempo de tramitação maior quando comparados aos porcessos concluídos por acordo judicial.

4.3 Da Análise Econômica do Direito das Ações Cíveis Públicas do Coren/RN orientada ao fenômeno da eficiência

No Brasil, de acordo com relatório produzido pelo Banco Mundial (2017), Verificou-se que que a maior parte dos gastos em saúde ocorre fora do setor público, de modo que a despesa pública como parte da despesa total com saúde representa apenas 48,2% (quarenta e oito vírgula dois por cento), enquanto que a média dessa mesma despesa entre os países da OCDE é 73,4% (setenta e três vírgula quatro por cento).

No âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, o Coren/RN atacou essa ineficiência alocativa na saúde por meio da priorização de demandas contra os entes públicos. Senão veja-se por meio das tabelas 15, 16 e 17:

Tabela 15 - Relação da natureza das instituições demandadas por identificação do processo em 2015

Quantitativo	Natureza das instituições demandadas	Número dos Processos (Ano 2015)
1	Privada	0801194-21.2015.4.05.8400
2	Privada	0801233-18.2015.4.05.8400
3	Privada	0801234-03.2015.4.05.8400
4	Privada	0801395-13.2015.4.05.8400
5	Privada	0801445-39.2015.4.05.8400
6	Pública	0801444-54.2015.4.05.8400

Continua

Quantitativo	Natureza das instituições demandadas	Número dos Processos (Ano 2015)
7	Pública	0801446-24.2015.4.05.8400
8	Pública	0801548-46.2015.4.05.8400
9	Pública	0801549-31.2015.4.05.8400
10	Pública	0801550-16.2015.4.05.8400
11	Pública	0800180-84.2015.4.05.8405
12	Pública	0800163-51.2015.4.05.8404
13	Pública	0806327-44.2015.4.05.8400
14	Privada	0807278-38.2015.4.05.8400
15	Pública	0800196-41.2015.4.05.8404
16	Pública	0807480-15.2015.4.05.8400
17	Pública	0808015-41.2015.4.05.8400

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Tabela 16 - Relação da natureza das instituições demandadas por identificação do processo em 2016

Quantitativo	Natureza das instituições demandadas	Número dos Processos (Ano 2016)
1	Pública	0807060-73.2016.4.05.8400
2	Pública	0800105-11.2016.4.05.8405
3	Pública	0800555-66.2016.4.05.8400
4	Privado	0801234-66.2016.4.05.8400
5	Pública	0802125-87.2016.4.05.8400
6	Pública	0802249-70.2016.4.05.8400
7	Pública	0802299-96.2016.4.05.8400
8	Pública	0802372-68.2016.4.05.8400
9	Pública	0802373-53.2016.4.05.8400
10	Pública	0800105-11.2016.4.05.8405
11	Pública	0800104-29.2016.4.05.8404
12	Privado	0804845-27.2016.4.05.8400
13	Privado	0806276-96.2016.4.05.8400
14	Pública	0800522-70.2016.4.05.8402
15	Pública	0800276-68.2016.4.05.8404
16	Pública	0809303-87.2016.4.05.8400

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

No ano de 2015, 64,70% (sessenta e quatro vírgula setenta por cento) das ações de intervenção na área de saúde ajuizadas pelo Coren/RN foram dirigidas contra instituições de natureza pública. No ano seguinte, essa proporção aumentou radicalmente para 81,25% (oitenta e um vírgula vinte e cinco por cento).

Quanto ao ano de 2017, a análise econômica promovida por meio da elaboração da tabela 17 demonstra a consolidação da tendência de priorização de ações do Coren/RN contra o problema da ineficiência de alocação de recurso no setor público.

Tabela 17 - Relação da natureza das instituições demandadas por identificação do processo em 2017

Quantitativo	Natureza das instituições demandadas	Número dos Processos (Ano 2017)
1	Pública	0800089-23.2017.4.05.8405
2	Pública	0800090-08.2017.4.05.8405
3	Pública	0801788-64.2017.4.05.8400
4	Privado	0803181-24.2017.4.05.8400
5	Pública	0800282-41.2017.4.05.8404
6	Pública	0806978-08.2017.4.05.8400S
7	Pública	0801271-56.2017.4.05.8401
8	Pública	0800442-72.2017.4.05.8402
9	Pública	0807867-59.2017.4.05.8400
10	Pública	0807868-44.2017.4.05.8400

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Dessa forma, a análise dos dados acima permite concluir a eficiência econômica da atuação judicial do Coren/RN no âmbito da concretização de políticas públicas sanitárias ao privilegiar a disfunção deficitária da despesa pública como parte dos investimentos totais em saúde.

4.4 Da Análise Econômica do Direito das Ações Cíveis Públicas do Coren/RN orientada ao fenômeno dos incentivos

Esta seção investiga quais os incentivos sugeridos pelo conjunto de decisões judiciais em primeira instância de todas as ações coletivas na área da saúde promovidas pelo Coren/RN no período de 2015 a 2017.

Para isso, averiguou-se o teor de cada uma das sentenças desse interstício trienal, separando-se os processos por procedência ou não dos respectivos pedidos.

Tais pedidos variam entre estes dois objetos: a) designação de enfermeiros em quantidade suficiente para todo o período de funcionamento da unidade de saúde e/ou b) regularização de responsabilidade técnica junto ao Coren/RN.

Nesse sentido, as tabelas 18, 19 e 20 :

Tabela 18 – Resultado das sentenças de acordo com o objeto da demanda para os processos ajuizados pelo Coren/RN em 2015

Resultado da Sentença	Objeto(s) Demandados	Número do Processo (2015)
Homologação de acordo	1 e 2	0801194-21.2015.4.05.8400
Procedente	1 e 2	0801233-18.2015.4.05.8400
Improcedente	1 e 2	0801234-03.2015.4.05.8400
Procedente	1 e 2	0801395-13.2015.4.05.8400
Procedente	1 e 2	0801445-39.2015.4.05.8400
Procedente	1 e 2	0801444-54.2015.4.05.8400
Procedente	1 e 2	0801446-24.2015.4.05.8400
Procedente	1 e 2	0801548-46.2015.4.05.8400
Homologação de acordo	1 e 2	0801549-31.2015.4.05.8400
Procedente	1 e 2	0801550-16.2014.4.05.8400
Procedente	1 e 2	0800180-84.2015.4.05.8405
Procedente	1 e 2	0800163-51.2015.4.05.8404
Parcial procedencia	2	0806327-44.2015.4.05.8400
Parcial procedência	2	0807278-38.2015.4.05.8400
Procedente	1 e 2	0800196-41.2015.4.05.8404

Continua

Resultado da Sentença	Objeto(s) Demandados	Número do Processo (2015)
Parcial procedente	1	0807480-15.2015.4.05.8400
Procedente	1e2	0808015-41.2015.4.05.8400

Objeto 1: Designar Enfermeiros em quantidade suficiente para todo o período de funcionamento da unidade de saúde.

Objeto 2: Regularizar Responsabilidade Técnica junto ao Coren/RN

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Tabela 19 - Resultado das sentenças de acordo com o objeto da demanda para os processos ajuizados pelo Coren/RN em 2016

Resultado da Sentença	Objeto(s) Demandados	Número do Processo (2016)
Procedente	1 e 2	0807060-73.2016.4.05.8400
Procedente	2	0800105-11.2016.4.05.8405
Procedente	1	0800555-66.2016.4.05.8400
Procedente	1 e 2	0801234-66.2016.4.05.8400
Homologação de acordo	1	0802125-87.2016.4.05.8400
Procedente	2	0802249-70.2016.4.05.8400
Procedente	2	0802299-96.2016.4.05.8400
Procedente	2	0802372-68.2016.4.05.8400
Procedente	1 e 2	0802373-53.2016.4.05.8400
Procedente	1	0800105-11.2016.4.05.8405
Homologação de acordo	1 e 2	0800104-29.2016.4.05.8404
Homologação de acordo	1	0804845-27.2016.4.05.8400
Homologação de acordo	1 e 2	0806276-96.2016.4.05.8400
Homologação de acordo	1 e 2	0800522-70.2016.4.05.8402
Procedente	2	0800276-68.2016.4.05.8404
Procedente	1 e 2	0809303-87.2016.4.05.8400

Objeto 1: Designar Enfermeiros em quantidade suficiente para todo o período de funcionamento da unidade de saúde.

Objeto 2: Regularizar Responsabilidade Técnica junto ao Coren/RN

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Tabela 20 - Resultado das sentenças de acordo com o objeto da demanda para os processos ajuizados pelo Coren/RN em 2017

Resultado da Sentença	Objeto(s) Demandados	Número do Processo (2017)
Procedente	1 e 2	0800089-23.2017.4.05.8405
Homologação de acordo	1 e 2	0800090-08.2017.4.05.8405
Procedente	2	0801788-64.2017.4.05.8400
Procedente	1	0803181-24.2017.4.05.8400
Procedente	1 e 2	0800282-41.2017.4.05.8404
Procedente	1 e 2	0806978-08.2017.4.05.8400S
Procedente	1 e 2	0801271-56.2017.4.05.8401
Homologação de acordo	1	0800442-72.2017.4.05.8402
Homologação de acordo	1	0807867-59.2017.4.05.8400
Homologação de acordo	1	0807868-44.2017.4.05.8400

Objeto 1: Designar Enfermeiros em quantidade suficiente para todo o período de funcionamento da unidade de saúde.

Objeto 2: Regularizar Responsabilidade Técnica junto ao Coren/RN

Fonte: Produzida pelo autor com base nos dados da Justiça Federal do RN

Em 2015, de acordo com a tabela 18, excluindo-se da análise os processos que termiram por acordo, do total de 13 (treze) ações, 11 foram julgadas procedentes, 3(três) parcialmente procedentes e somente 1 (uma) improcedente. Já no ano de 2016 e 2017, todos os processos do Coren/RN foram julgados procedentes em primeira instância, novamente sem considerar os autos em que as demandas foram transacionadas por meio de acordos judiciais.

A alta probabilidade de êxito dessas demandas judiciais sugere como o incentivo observável o aumento da resolutividade administrativa nos processos de fiscalização do Conselho.

É que o grau de uniformidade, estabilidade e certeza do conteúdo das decisões judiciais que obrigam a regularização da Responsabilidade Técnica

junto ao Coren/RN e/ou a necessidade da presença de enfermeiro durante todo o período de funcionamento da unidade de saúde, criam a necessária condição institucional de segurança jurídica para que a solução de tais problemas não seja transferida para o Poder Judiciário.

Em suma, a partir do presente instrumental metodológico da análise econômica do direito voltado ao estudo do acervo processual do Coren/RN é possível assinalar nesse contexto a efetiva concretização das políticas públicas sanitárias por meio da judicialização da saúde.

4.5. Destaque dos Principais Resultados.

Dessa feita, identificar que cerca de 80% (oitenta por cento) das ações civis públicas do Coren/RN são resolvidas sem qualquer controvérsia quanto ao dilema econômico da escassez, revela que na prática os formuladores de políticas públicas não alcançam a dimensão trágica das escolhas, tão cara às premissas da Análise Econômica do Direito. O que ocorre, no mais das vezes, é a transferência desse tipo de decisão para o Poder Judiciário.

Quanto à compreensão dos dados relacionados aos índices de acordos judiciais dos processos do Conselho, tem-se com fundamento na análise econômica do cânone metodológico dos custos, que a solução negociada representa a alternativa menos onerosa quando considerado as externalidades negativas, principalmente na hipótese em que a decisão envolvida (como no caso das ações coletivas) tem o potencial de afetar terceiros. Logo, percebe-se que os custos da judicialização da saúde são diretamente afetados pela capacidade ou não de solução conciliatória da controvérsia.

Já em relação à constatação empírica que demonstra a atuação judicial do Coren/RN especialmente dirigida contra os entes públicos, a partir das premissas da Análise Econômica do Direito, é possível divisar para o caso concreto o encontro da legalidade com a eficiência. É que esse perfil de judicialização da saúde combate notadamente o problema do subfinanciamento de recursos públicos nessa área. Imaginar um desenho de intervenção processual diferente do constatado na pesquisa, desvelaria um nível operacional do Conselho pouco pragmático. Portanto, contrário aos ditames da eficiência.

Por fim, a leitura econômica dos dados que indicam a predominância das ações procedentes do Coren/RN é determinada pelo papel dos incentivos gerados pelos arranjos jurídico-institucionais na percepção da relação do custo-benefício pelos agentes econômicos. Ora, como a escolha pela judicialização da demanda torna-se cada vez mais custosa aos réus (dado o alto índice de procedência das demandas do Conselho), observa-se a formatação do incentivo que orienta para a resolução do problema antes da remessa da questão para o Judiciário.

Portanto a notoriedade dos dados apresentados torna-se particularmente relevante quando vinculada aos principais conceitos dos cânones metodológicos da Análise Econômica do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa conseguiu identificar a partir da instrumentalização do acervo teórico da Escola da Análise Econômica do Direito que o processo de judicialização das políticas públicas promovido pelo Coren/RN tem como consequência prática a efetiva concretização dos direitos à saúde coletiva no estado, notadamente por meio do fortalecimento dos serviços de enfermagem.

Essa conclusão só foi possível tendo como base a investigação empírica realizada no acervo processual do Conselho. Do levantamento dos dados, verificou-se que a principal causa da judicialização das demandas não estava relacionada a uma suposta expressão de disputa por recursos escassos. Na verdade, apenas cerca de 20% (vinte por centos) das lides, em alguma medida, levantaram o cenário de escassez na discussão.

Por outro lado, foi também observado que os custos associados aos procedimentos judiciais em si podem ser minorados, tendo em vista que somente um quarto dos feitos foram solucionados por conciliação. Para os anos de 2015 e 2016 a resolução dos processos sem a utilização da via conciliatória, representou um tempo médio de tramitação processual quase duas vezes maior que o tempo das ações resolvidas por acordo. Quanto mais litigioso e demorado um processo, mais caro se torna.

Quanto à análise econômica da eficiência da atuação judicial do Conselho, verificou-se que o conjunto das ações do Coren/RN ao privilegiar entidades públicas, foi eficiente no combate à disfunção deficitária da despesa pública como parte dos investimentos totais em saúde.

Por último a pesquisa apontou que dado a grande probabilidade de êxito judicial das demandas do Conselho (95% dos processos foram julgadas procedentes), a análise econômica dos incentivos extraídos dessa uniformidade jurisprudencial orienta para uma tendência de aumento da resolutividade administrativa dos problemas. Portanto, sem a necessidade futura da transferência da solução da demandada para o Judiciário.

Assim, uma das principais contribuições desta pesquisa foi a identificação de uma modelagem estrutural de intervenção judicial fundada em bases econômicas que se comunicam com o Direito, para fins de garantir

respostas judiciais que contribuam para a redução da judicialização e também para um cumprimento mais concreto do direito constitucional à saúde.

Como limite do trabalho, destaque-se que os dados coletados se restringiram aos processos de primeira instância. Além disso, concentrou-se nas ações distribuídos entre o período de 2015 a 2017. Logo, não se perscrutou a evolução da jurisprudência em sede de segundo grau ou Tribunais Superiores, nem mesmo se observou o comportamento dos processos judiciais nos últimos três anos em qualquer das instâncias.

Nesse sentido, a pesquisa pode evoluir abarcando-se um tempo maior de análise processual e, ainda, avançar para os demais graus de jurisdição. Ademais, é pertinente uma pesquisa empírica mais aprofundada dos prováveis incentivos sugeridos por este trabalho quanto ao aumento da solução extrajudicial dos problemas verificados, tendo em vista que outras variáveis (além do índice de êxito da demanda judicial) podem compor o cenário em tela.

Por fim, destaque-se o panorama auspicioso da teorização jus-econômica no bojo da efetivação de direitos por intermédio do Poder Judiciário. Os bons pesquisadores dessa área não se entregam às facilidades intuitivas das decisões bem intencionadas que, no fundo, carregam consequências imprevisíveis se não analisadas na órbita do rigor científico da Economia e do Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 500.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed.. Coimbra: Almedina, 2004, p. 385.

ARRETCHE, M. Financiamento federal e gestão local de políticas sociais: o difícil equilíbrio entre regulação, responsabilidade e autonomia. **Ciência e Saúde Coletiva** (Impresso), Rio de Janeiro, v. 8, n.2, p. 331-345, 2003.

BANCO MUNDIAL. **Um ajuste justo: análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil**. Brasília, 2017. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>. Acesso em: 12 de nov. 2019.

BLAUG, Mark. **A Metodologia da Economia: ou como os economistas explicam**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada Nº 175**. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal e outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Dje-076. Brasília, 30 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 03 de janeiro 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública / Tribunal de Contas da União. Versão 2**. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. 80 p.

BUCHANAN, James M. TULLOCK, Gordon. **The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy**. Indianapolis: Liberty Fund, 2004. p. 77.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. NewYork: W. W. Norton and Company, 1978.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais", In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 110.

CARLYLE, T. The nigger question. In: **Critical and Miscellaneous Essays**, v. 7, p. 84.

CNJ. **Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>, p.120, 2019. Acesso em: 30 nov.2019.

COASE, Ronald Harry. The Institutional Structure of Production. **University of Chicago Occasional Paper**. nº 289, 1992, p. 1-13. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1033&context=occasional_papers. Acesso em: 10 set. 2019.

COELHO, C. **A análise econômica do direito enquanto ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico**. *UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*. Retrieved Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>. Acesso em: 10 set. 2019.

COOTER, R.; Edlin, A. (2010). **Law and growth economics: a Framework for Research**. Berkeley Program in Law and Economics, Working Paper Series. Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/50t4d0kt>. Acesso em: 12 out. 2019.

COOTER, R. D.; Schäfer, H. B. **Solomon's knot: how law can end the poverty of nations**. New Jersey: Princeton University Press, 2012.

COOTER, R., e ULEN, T. **Law and economics**. 2. ed. Califórnia: Addison-Wesley, 1996.

COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito e economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 38. Tradução de Law and economics.

CUNHA, L.G. **Judicial administration in Brazil: courts caseload statistics**. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2008. (Coleção de Artigos Direito GV- Working Papers, 15).

DUXBURY, N. **Patterns of American Jurisprudence**. Oxford: Claredon Press, 2001.

ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. **Economia e Direito: um diálogo possível**. 2010. 252 f. Tese. (Doutorado em Economia) - Programa de Pós-Graduação Economia, Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/images/posgraduacao/ppge/Heloisa_Borges_Estesves.pdf >. Acesso em: 19 de outubro de 2019.

FERNANDEZ, Leandro. **Metodologia da Pesquisa e a Análise econômica do**

direito: Fundamentos de uma abordagem consequentialista da investigação jurídica. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2659>>. Acesso em: 09 de setembro de 2019.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

GICO JR., Ivo. T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1., n 1, p. 7-32, jan-jun, 2010.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. (2017). Racionalidade econômica, escolhas trágicas e os custos dos direitos no acesso à saúde. **Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC**. Santa Cruz: Editus, v. 16. Disponível em: <http://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/1564>. Acesso em: 22 out., 2019.

HEINEN, Luana Renostro. **A análise econômica do direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica**. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=991c0955da231335>>. Acesso em: 1 out., 2019.

HOFFMASTER B, HOOKER C (2013) . Tragic choices and moral compromise: the ethics of allocating kidneys for transplantation. **Milbank Quarterly**; 528-557. Disponível em: < <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3790524/>>. Acesso em 23 de outubro de 2019.

HOLMES, JR., OLIVER WENDELL. The Path of the Law. **Harvard Law Review** 457 (1897). Disponível em: < <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>>. Acesso em 24 de outubro de 2019.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: why liberty depends on Taxes**. W. W. Norton & Company : Nova Iorque, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro**, Edição Especial. Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, Rio de Janeiro: FGV, 2018.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Direito, Política e Consenso: a escolha eficiente de políticas públicas**. 226 f. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 67-63.

LES entretiens de Saintes. La santé, malade de la justice? Bruxelles, Larcier, 2008, p.72.

MACHADO, Gabriel Ducatti Lino. O direito fundamental a serviços de saúde no Brasil. The fundamental right to health services in Brazil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p.11-11, fev. 2018.

MANKIW, N. G. **Introdução à Economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo et al. **Respostas aos Comentários Tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-aoPL-7.448-17.pdf>>. Acesso em: 20 out., 2019.

MENEGUIN, F.; BUGARIN, T. **O dilema entre a eficiência de curto prazo e de longo prazo no ordenamento jurídico e o impacto no crescimento econômico**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa da Consultoria Legislativa do Senado Federal. Texto para Discussão n. 200. Jul. 2016.

MERCURO, N.; MEDEMA, S.G. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princenton University Press, 1999.

NETO, C.; SARMENTO, D. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

OLIVEIRA, Gabriel Jacobs de; GIBRAN, Sandro Mansur. O Estudo o Direito partir de ferramentas econômicas como forma de produzir, validar e acessar o conhecimento jurídico / The Study Of Law Through Economic Tools As A Way To Produce, Confirm And Reach Legal Knowledge. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 21, n. 2, p.101-123, maio 2019.

OLIVEIRA, Rafael Arruda. Não concretização dos direitos sociais: o que há por trás da escassez de recursos?. **A&c - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, [s.l.], v. 12, n. 47, p.1-272, 16 jan. 2012. Revista de Direito Administrativo and Constitucional. <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v12i47.196>.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. A transformação do jurista com um reflexo da transformação do direito. In: PORTO, Antônio Maristello; SAMPAIO, Patrícia. **Para além do "empreendedorismo intelectual": fatores de demanda na cientificação da produção jurídica**. Rio de Janeiro: Fgv, 2014. p. 112.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e consequência no brasil**: em busca de um discurso sobre o método. Revista de direito administrativo (RDA), vol. 262. Rio de Janeiro: FGV, jan./abr., 2013. Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/80/. Acesso em: 13 out., 2019.

POSNER, R. A. **Economic Analysis of Law**. 7th ed. New York: Aspen Publishers - Wolters Kluwer, 2007, p. 3.

POSNER, R. **The Problems of Jurisprudence**. Harvard University Press, 1990.

POSNER, Richard A. "Tribute to Ronald Dworkin", 63 N.Y.U. **Annual Survey of American**. Am. L. 9 (2007).

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

POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. 6th ed. Harvard University Press, 1983.

RAWLS, J. (1999) **A Theory of Justice**. Revised Edition. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts.

RIO GRANDE DO NORTE. 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. **Sentença do processo de n.º 0807060-73.2016.4.05.8400**. Autor: Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Norte. Réu: Município de São Tomé. Juíza Federal Moniky Mayara Costa Fonseca. 30 de julho de 2018. Disponível em <
<https://pje.jfrn.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=9be487017e2670b961c328aeec3b71a4>>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RIO GRANDE DO NORTE. 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. **Sentença do processo de n.º 0800555-66.2016.4.05.8400**. Autor: Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Norte. Réu: Município de Serra Caiada. Juiz Federal Ivan Lira de Carvalho. 26 de janeiro de 2018. Disponível em <
<https://pje.jfrn.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=4bfe889ca2a0ef5a7c492d240b60ab6b>>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RIO GRANDE DO NORTE. 15ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. **Sentença do processo de n.º 0800089-23.2017.4.05.8405**. Autor: Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Norte. Réu: Município de Jandaíra. Juiz Federal Hallison Rego Bezerra. 26 de março de 2018. Disponível em <
<https://pje.jfrn.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=d928253f44ddc60026f121c39bc1bc06>>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RIO GRANDE DO NORTE. 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. **Sentença do processo de n.º 0803181-24.2017.4.05.8400**. Autor: Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Norte. Réu: Estado do Rio Grande do Norte. Juiz Federal Magnus Augusto Costa Delgado. 06 de abril de 2018. Disponível em <
<https://pje.jfrn.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=418779c4010c9b>>

733e46c40daf58d62e>. Acesso em 20 de maio de 2020.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

SANTOS FILHO, Sirio Vieira dos. A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 30, n. 02, p. 210-226, maio/ago. 2016. Disponível em: www.seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/6040/3711. Acesso em: 11 out. 2019.

SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira; MENEGUIN, Fernando B. Há incompatibilidade entre eficiência e legalidade?. **Boletim de Direito Administrativo** [recurso eletrônico], São Paulo, v.30, n.10, p. 1156-1162, out. 2014. Disponível em: <http://dSPACE/xmlui/bitstream/item/13542/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequencia=1>. Acesso em: 10 out., 2019.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, n. 248, 1988.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999b. p. 91

SOWELL, Thomas. **Basic Economics: a Common Sense Guide to the Economy**. Third Edition. New York: Basic Books, 2007, p. 4, 6-7.

STYRON W. **Sophie's Choice**. New York: Modern Library; 1976. 1999.

SZTAJN, Rachel. Law & economics. In: Stajin, Rachel; Zylberstajn, Décio (Org.) **Direito e economia: análise econômica do direito e das obrigações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76.

THIRLBY, G. F. **The subjective theory of value and accounting "cost"**. In.: BUCHANAN, James M. THIRLBY, G. F. L.S.E. Essays on cost. New York: New York University Press, 1981. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/105/0725_Bk.pdf>. Acesso em: 9 out., 2019).

ULEN, Thomas S. **A Nobel Prize in Legal Science: theory, empirical work, and the scientific method in the study of law**. Champaign, IL: University of Illinois College of Law, 2002. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=419823>. Acesso em: 30 out., 2019.

UNGER, Roberto Mangabeira. O propósito superior da economia do conhecimento incluyente. In: UNGER, Roberto Mangabeira. **A Economia do Conhecimento**. São Paulo: Autonomia Literária, 2018. p. 274.

ZEBULUM, José Carlos. Os conflitos morais enfrentados pelos juízes em demandas de saúde: o caso dos tribunais federais brasileiros. **Revista de**

Direito Sanitário, São Paulo, v. 19, n. 1, p.144-165, jun. 2018.