

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2022.19.9645>

## DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A FUNÇÃO JUDICANTE NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Emerson Ademir Borges de Oliveira

Autor correspondente: Universidade de Marília (Unimar). Av. Higino Muzi Filho, 1001 – Mirante – CEP 17525-902.  
Marília/SP, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/7891371445211973>. <https://orcid.org/0000-0001-7876-6530>.  
emerson@unimar.br

Edson Freitas de Oliveira

Centro Universitário Toledo. Presidente Prudente/SP, Brasil.

### RESUMO

O presente estudo propõe uma reflexão sobre o papel do poder Judiciário na satisfação de direitos fundamentais sociais. Analisa, inicialmente, o que representa, pela concepção atual, o verdadeiro desenvolvimento econômico, voltado para a solução das mazelas sociais individuais, e não para o acúmulo global de riquezas. Discute e demonstra o papel do Estado na busca do desenvolvimento econômico após a edição da Constituição Federal de 1988. Faz uma sucinta, porém necessária, abordagem sobre a análise econômica do Direito voltada ao atendimento pelo Estado dos direitos sociais previstos na Constituição. Estuda a aplicação dos recursos orçamentários públicos, reconhecendo a sua finitude e escassez e abordando as teorias que foram desenvolvidas em torno da alocação de recursos públicos: escolhas trágicas, reserva do possível e mínimo existencial. Demonstra, com base em estudos específicos sobre a matéria, que o poder Judiciário tem apresentado falhas severas no atendimento ao jurisdicionado, o que, por si só, prejudica a efetividade dos direitos sociais por meio da função judicante do Estado. Reconhece que as decisões judiciais são fundamentais para assegurar direitos e trazer equilíbrio à sociedade, mas identifica ingerências do Judiciário no orçamento público provocadas por essas decisões, especialmente pela ausência de estudos prévios e planejamento. Defendendo que recursos públicos mal aplicados geram reflexos negativos para o desenvolvimento econômico (pela necessidade de mais arrecadação tributária e consequente queda na geração de empregos e riquezas), propõe que estudos profundos sejam realizados para que se decida, inclusive, pela correta alocação de recursos e pelo afastamento parcial do Judiciário, reservando-se à iniciativa privada – ao mercado – a solução das mazelas sociais brasileiras, por intermédio do próprio crescimento econômico. Em termos metodológicos, vale-se da técnica dedutiva, a partir, especialmente, de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento econômico; análise econômica do Direito; escolhas trágicas; reserva do possível; mínimo existencial; direitos fundamentais sociais.

### ECONOMIC DEVELOPMENT AND THE JUDICANT FUNCTION IN THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS

### ABSTRACT

This study proposes a reflection on the role of the judiciary in the satisfaction of fundamental social rights. It analyzes, initially, what represents, by the current conception, the true economic development, directed to the solution of the individual social ills, and not to the global accumulation of wealth. It discusses and demonstrates the role of the state in the pursuit of economic development after the Federal Constitution of 1988. It makes a brief but necessary approach to the economic analysis of the law directed to the State's compliance with the social rights provided for in the Constitution. It studies the application of public budget resources, recognizing their finitude and scarcity and addressing the theories that have been developed around the allocation of public resources: tragic choices, possible reserve and existential minimum. It demonstrates, based on specific studies on the subject, that the judiciary has been severely flawed in serving the courts, which in itself undermines the effectiveness of social rights through the judiciary function of the state. It recognizes that court decisions are fundamental to securing rights and bringing balance to society, but identifies judiciary interference with the public budget brought about by those decisions, especially the lack of prior studies and planning. Advocating that misapplied public resources generate negative consequences for economic development (due to the need for more tax revenues and the consequent drop in the generation of jobs and wealth), proposes that in-depth studies should be conducted to decide, including, the correct allocation of resources and resources. by the partial removal of the judiciary, reserving itself to the private initiative - to the market - the solution of the Brazilian social ills, through the own economic growth. In methodological terms, it uses the deductive technique, based eminently on biographical and jurisprudential research.

**Keywords:** Economic development; economic analysis of law; tragic choices; reservation of the possible; existential minimum; fundamental social rights.

Submetido em: 8/10/2019

Aceito em: 17/5/2022

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa parte de uma *desconfiança* acerca da (in)eficiência parcial do poder Judiciário no atendimento dos direitos fundamentais sociais. Parte da hipótese de que, embora reconhecidamente as decisões judiciais fossem responsáveis por assegurar direitos sociais constitucionais não obtidos pelos cidadãos por meio do Legislativo e do Executivo, nota-se que a atuação do Judiciário traz relevantes graus de ineficiência e desarranjos no orçamento público.

Desafiou-se, assim, à investigação, dois aspectos principais: i) quais os reflexos da ineficiência da função judicante do Estado no atendimento dos direitos sociais? e ii) reflexão sobre alternativas possíveis para um melhor desempenho. Pretende-se, também, promover uma discussão sobre desenvolvimento econômico, partindo-se da premissa de que não se pode considerar *desenvolvido* um país que não consegue atender aos direitos sociais mais básicos da população.

Para atingir esse objetivo, num primeiro momento a pesquisa buscou delimitar o alcance, em termos atuais, de *desenvolvimento econômico*. É que, como acabou ficando demonstrado, as antigas formas de medir desenvolvimento, com base na riqueza acumulada por determinado país (PIB) não se prestam mais a avaliar o efetivo desenvolvimento, que, aliás, no estágio atual de percepção, não pode ser visto apenas como *econômico*. O acúmulo global de riquezas pode e costuma esconder desigualdades, razão pela qual os níveis de desenvolvimento hoje são medidos por outros indicadores, que mensuram e avaliam a qualidade de vida da população de acordo com diversos aspectos, tais como educação, saúde e segurança (especialmente por meio do IDH – Índice de Desenvolvimento Humano). O que se busca, atualmente, portanto, não é o *crescimento* econômico, mas sim o *desenvolvimento* econômico, que tem uma abrangência muito maior e relevante.

Houve a necessidade, também, de analisar o papel do Estado na busca do desenvolvimento econômico. Constatou-se que após a ordem constitucional inaugurada em 1988, o Estado assumiu um papel de ordenador da economia, de indutor do desenvolvimento. Independentemente da ideologia política ou de qualquer concepção individual ou coletiva do grupo que estiver à frente do Estado, inevitavelmente tem de *tomar as rédeas* da economia, sob pena de colapso.

Na sequência analisou-se a satisfação dos direitos sociais pela ótica da análise econômica do Direito. Demonstrou-se que se a prestação de direitos sociais tem custos, e se inegavelmente os recursos são escassos e finitos, o Estado precisa fazer *escolhas*, posto que se torna impossível atender a todos os pleitos sociais.

Foram analisadas as teorias desenvolvidas para a tentativa de solucionar o problema de escassez de recursos públicos. Primeiramente, a partir da teoria das *escolhas trágicas* desenvolvida por Guido Calabresi e Philip Bobbitt, analisou-se a técnica de *reserva do possível*, pela qual deve o Estado, pautado pela eficiência na alocação de recursos públicos, ter a possibilidade de optar, na destinação desses recursos, por alguns programas em detrimento de outros, pelo atendimento de parcela da população em detrimento de outra. Demonstrou-se, também, que a teoria sobre o *mínimo existencial* foi desenvolvida para *colocar freios* na possibilidade de o Estado escolher livremente sobre a alocação de recursos escassos, uma

vez que não pode deixar de atender a direitos sociais que tragam ao cidadão um mínimo de dignidade de vida.

Foram investigadas as falhas no poder Judiciário no atendimento dos direitos sociais. Constatou-se que as falhas, inclusive estruturais, do Judiciário no Brasil afetam a população como um todo (os próprios magistrados reconhecem a morosidade e os altos custos de acesso como principais problemas), e, no enfoque do presente trabalho, obviamente retiram de boa parte da população a possibilidade de acessar a última fronteira na tentativa de ver assegurados os seus direitos. Além disso, verificou-se que a atuação do Judiciário provoca distorções severas na aplicação dos recursos públicos, porque as decisões judiciais não são devidamente coordenadas e planejadas. Não há estudos prévios satisfatórios sobre as destinações dos recursos orçamentários e, principalmente, sobre o que se deixa de atender com o *esvaziamento* provocado no orçamento com as decisões judiciais.

Por último, lançou-se uma proposta de reflexão: entre os diversos estudos que devem ser feitos sobre a atuação do Judiciário na satisfação de direitos fundamentais sociais, deve ser levada em consideração a hipótese de busca dessa satisfação não apenas por vias judiciais, mas justamente pelo afastamento do Estado – inclusive pelo Judiciário – considerando-se que o Estado necessita de recursos e que estes provêm dos impostos. É possível partir do seguinte raciocínio: quanto mais alta a carga tributária, menor a atividade econômica (pois isso desestimula o mercado e afasta investidores) e, conseqüentemente, menor a geração de riquezas, o que, por sua vez, gera mais necessidade de *socorro* do Estado.

Utilizou-se para desenvolvimento do presente trabalho a pesquisa bibliográfica – fontes secundárias – que, segundo Marconi e Lakatos, “trata-se do levantamento de toda a bibliografia já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita. Sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo aquilo que foi escrito sobre determinado assunto” (2011, p. 43-44), além da pesquisa histórica.

## 2 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Há que se esclarecer, inicialmente, o que se busca, de fato, com o chamado desenvolvimento econômico. É que não se pode admitir, já há muito tempo, a aferição de desenvolvimento pelo crescimento econômico, pelo Produto Interno Bruto (PIB), porque crescimento da *base econômica* não implica eliminação das desigualdades sociais e regionais.

Deve ser considerado, segundo o estudo de Maria Luiza Mayer Alencar Feitosa, além do Direito Econômico do Desenvolvimento, o Direito Humano ao Desenvolvimento:

O enfrentamento do problema da exclusão social vai exigir a necessária conjugação entre esses dois conjuntos conceituais. Por um lado, importa extrair do direito econômico, em esfera constitucional ou internacional, nas relações entre o Estado e os agentes de mercado, medidas que efetivem o interesse social com base nos processos econômicos, e também no tratamento jurídico de fenômenos socioeconômicos, em sentido mais promocional do que protetivo. (...). Por outro lado, o combate à exclusão social vai demandar também medidas de efetiva proteção humana. Aqui entra em cena o direito humano ao desenvolvimento, pugnando aceitação (e regulamentação) no âmbito do sistema normativo, em esfera interna e internacional, como garantia da dimensão da dignidade humana (2013, p. 116).

Promover o desenvolvimento, portanto, não envolve apenas a tomada de medidas de ordem econômica. O crescimento que proporcione o direito humano ao desenvolvimento deve proporcionar melhoria nos índices de desenvolvimento humano, razão pela qual foi criado, pela Organização das Nações Unidas (ONU), o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), “que compara indicadores de países nos itens riqueza, alfabetização, educação, esperança de vida, natalidade e outros, com o intuito de avaliar o bem-estar da população, especialmente as crianças”, segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea (2008).

Conforme informações na página oficial do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o objetivo de criação do IDH foi o de oferecer um contraponto juntamente a outro indicador *de riqueza*, o PIB (PNUD BRASIL, 2019). Ainda segundo informações do Pnud, o IDH foi criado por Mahbud Ul Haq, com a colaboração do economista Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998 (NOBEL PRIZE.ORG, 2019a). Amartya Sen defende, em obra que se tornou um clássico, a ideia de desenvolvimento como liberdade. Para o autor, “o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam” (2000, p. 6).

Ainda segundo Amartya Sen:

O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) (2000, p. 6).

Desenvolvendo a ideia que levou a uma verdadeira mudança na forma de mensurar o desenvolvimento econômico, Amartya Sen argumenta que a liberdade é central no processo de desenvolvimento porque a avaliação do progresso deve ser feita com a verificação de ter havido ou não aumento das liberdades das pessoas e por que a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas, ou seja, os que elas conseguem efetivamente realizar (2000, p. 7).

Não bastam, portanto, políticas públicas que apenas proporcionem aumento de números *globais* de crescimento ou de produtividade. Um país com índices significativos de crescimento pode não estar sendo eficiente na eliminação das desigualdades, das carências sociais básicas.

Quando este estudo se refere, portanto, a desenvolvimento econômico, o faz de forma a considerar um espectro mais amplo, que contemple uma efetiva melhoria das condições de vida da população.

Conforme a lição de Maria de Fátima Ribeiro e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, “o conceito jurídico de desenvolvimento pode ser entendido como sendo o princípio que informa as demais regras do ordenamento jurídico, no sentido de orientá-las à efetivação dos direitos sociais, os quais encontram sua base nas necessidades públicas” (2005, p. 657).

## 2.1 Estado e Desenvolvimento Econômico

Não se trata de tarefa fácil delimitar o papel do Estado na busca do desenvolvimento econômico. De início, não há como afastar, no atual estágio da sociedade humana, a necessidade da atuação do Estado na organização política e, conseqüentemente, de seu desenvolvi-

mento, inclusive econômico. Conforme a lição de Matheus Felipe de Castro, “O instrumento privilegiado de realização da meta traçada pela sociedade em sua constituição é o Estado, o terreno do eminentemente político” (2009, p. 15).

Segundo o mesmo autor, cada formação social acaba por desenvolver o seu próprio *Estado concreto*, de acordo com as suas singularidades e afirma que:

Portanto, o Estado é um instrumento absolutamente contraditório, a começar pela sua adjetivação como algo instrumental. Ele é um instrumento e ao mesmo tempo não é. É instrumento para a realização de certas finalidades sociais, mas é também, no atual estágio histórico de desenvolvimento da sociedade humana, um local onde se desdobram disputas em torno dos rumos desta mesma sociedade (2009, p. 16-17).

Conclui-se que, considerando esse caráter contraditório do Estado, há uma flexibilidade histórica para a realização dos interesses, dentro dos seus limites estruturais, pela ideologia daqueles que o dirigem (CASTRO, 2009, p. 17). E, por óbvio, esses interesses sociais estão definidos na carta política, na Constituição.

E a definição desses *interesses* de atuação do Estado é que leva à discussão sobre o seu papel na busca do desenvolvimento econômico, de acordo com a ideologia política dominante na condução das ferramentas estatais, definindo-se o *tamanho* do Estado.

Seja qual esse *tamanho* do Estado, porém, não se pode ignorar que tem ele papel fundamental na busca do desenvolvimento econômico, especialmente considerando-se esse desenvolvimento como forma de redução de desigualdades e de combate à pobreza e suas mazelas.

Justificando a sua abordagem da função do Estado como regulador da atividade econômica, Calixto Salomão Filho observa que “na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regula a sua utilização – impondo preços, quantidade produzida, etc – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativa” (2001, p. 21).

Assim, tem o Estado o papel de ordenador da economia e indutor de desenvolvimento, especialmente em economias estruturalmente subdesenvolvidas, e “indução só é possível com combate às condições estruturais da economia que favorecem a concentração do poder e, portanto, a ingovernabilidade econômica” (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 46).

Douglass North, Prêmio Nobel de Economia de 1993, entende que o desenvolvimento propriamente dito não tem como ser planejado, constituindo para o Estado um grande desafio ordenar esse desenvolvimento. Bruno Meyerhof Salama, faz uma abordagem do que North denominou de enigmas para o desenvolvimento (2011, p. 50):

A. Primeiro enigma: como ordenar o desenvolvimento? A obra de North fornece duas visões sobre o papel ordenador do Estado, e elas nem sempre convivem de forma harmônica. Por um lado (...) apresenta a noção de desenvolvimento como um epifenômeno, isto é, um fenômeno secundário. O problema é que, se o desenvolvimento é realmente um fenômeno secundário, então, por definição, não há como planejá-lo. (...) A intervenção nos mercados é necessária, mas, para concretizá-la (...) é necessário entender que não apenas porque um determinado mercado é (ou deixa de ser) eficiente, mas também como ele está mudando; nada disso é tarefa simples.

Reconhece-se, nessa ótica, assim, não ser possível planejar o desenvolvimento, razão pela qual é necessário acompanhar o comportamento dos mercados e estar atento para promover as ações necessárias. Cabe ao Estado, então, esse papel de ordenador dos mercados:

Por outro lado, North argumenta que os indivíduos reagem aos incentivos criados pelas instituições (formais e informais), e, ainda, que o Estado pode influenciar o desenvolvimento do quadro institucional promulgando as leis e criando organizações públicas mais adequadas (SALAMA, 2011, p. 50).

E ainda merece destaque, no contexto do presente trabalho,<sup>1</sup> o terceiro e o quarto enigmas apontados por North: Como o direito afeta o crescimento econômico? Como o direito afeta o arcabouço institucional?

Existe uma clara tensão entre duas características desejáveis de uma boa ordem jurídica: trata-se da concomitante necessidade de estabilidade (que sugere ausência de mudança) e amparo institucional ao desenvolvimento da ordem social (que sugere flexibilidade e porosidade à mudança).

[...]

North reconhece que o Estado só pode mudar a forma como o jogo é jogado mexendo nas instituições formais ou reformando as organizações estatais; mas esse não é um processo simples. A cooperação é um imperativo da vida em sociedade, e a especialização é uma condição do aumento da produtividade. Além disso, a existência de certas circunstâncias facilita a cooperação: interações repetidas, abundância de informações sobre a atuação da outra parte em interações do passado, pressão do grupo ou clã que dissuade o indivíduo de agir de maneira oportunista e existência de um pequeno número de partes com quem se deseja cooperar. Surgem, então, dois problemas para pensar os mecanismos através dos quais o direito afeta o arcabouço institucional. Em primeiro lugar, as instituições informais (como normas sociais de comportamento, códigos de conduta, convenções, valores, crenças, tabus, costumes, religiões, etc.) não são plenamente controláveis. E, em segundo lugar, o Estado tem limitações na sua capacidade de fazer cumprir (“enforce”) as leis e regulamentos formais (SALAMA, 2011, p. 51-52).

Para encerrar a referência aos estudos de Douglass North, necessária a menção ao sexto enigma: Qual é o papel do direito estatal?

Cabe ao direito instrumentalizar a cooperação na sociedade, reduzindo os chamados custos de transação. Mas como o direito é apenas parte do arcabouço institucional que condiciona a ação das pessoas, os mecanismos através dos quais o direito pode reduzir os custos de transação são complexos. Em primeiro lugar, os custos de transação para funcionamento e administração do sistema estão correlacionados com o grau de legitimidade do sistema político. Isto é, a legitimidade da ordem política impacta as possibilidades concretas de coordenação de esforços na sociedade: quanto menos legítima for a ordem política, tanto maior será a incidência de caronas (“*free riders*”). Há, assim, um *trade-off* – isto é, vantagens e desvantagens – entre o custo pecuniário de se atingir determinado resultado (p. ex., a criação de bônus de desempenho para professores da rede pública) e o imperativo moral para se atingir o mesmo resultado sem o incentivo pecuniário (p.

<sup>1</sup> O segundo enigma refere-se às lições da história; o quinto aborda o caráter técnico ou ideológico do estudo do desenvolvimento e o sétimo questiona a quem interessa a *rule of law* (em uma definição livre: o exercício do poder político deve sempre se dar conforme o Direito, segundo a lei).

ex., a crença de que lecionar de maneira diligente é tomada de um dever moral). (...). Em segundo lugar, há uma interação dinâmica (isto é, uma relação de ação e reação contínua) entre outras normas sociais e as normas formalmente positivadas pelo direito. Nesse processo quase dialético de formação das instituições, um elemento desempenha papel importante: as crenças humanas. (...) O problema, contudo, é que a humanidade ainda não possui uma boa teoria das crenças humanas. As ciências cognitivas possivelmente ofereceriam um caminho a ser trilhado pelas pesquisas no futuro, mas esse caminho ainda é incerto (SALAMA, 2011, p. 55-56).

Verifica-se, então, nessa linha de raciocínio, que não há como planejar o desenvolvimento econômico propriamente dito e não há receitas de como atingi-lo. O desenvolvimento econômico ocorrerá se houver um constante ajuste dos mercados, se houver uma identificação dos pontos de eficiência e as constantes alterações que os tornam ineficientes, promovendo-se a sintonia necessária.

Calixto Salomão Filho aparentemente não concorda com essa *impossibilidade de planejar o crescimento*, pois enxerga o desenvolvimento como um processo de formação do conhecimento econômico, estando o segredo para o desenvolvimento exatamente em descobrir um método para eliminar as imperfeições do sistema econômico (processo de autoconhecimento da sociedade). Há a necessidade de o Estado, dessa forma, ser um agente de propulsão apto a minimizar os problemas estruturais das economias e concomitantemente difundir o conhecimento econômico (2001, p. 49).

O planejamento do desenvolvimento, portanto, é possível para Calixto Salomão Filho, a partir da observância de três princípios que devem reger o esforço desenvolvimentista: a) busca da redistribuição; b) diluição dos centros de poder econômico e político e consequente difusão de informação e conhecimento por toda a sociedade e c) estímulo à cooperação:

Uma regulação com ênfase na criação coercitiva de um ambiente concorrencial incentiva o equilíbrio das forças de mercado, permitindo a difusão do conhecimento econômico. Porém, apenas isso não é suficiente. Sobretudo em setores monopolizados ou oligopolizados, é necessário introduzir regras que operem o reequilíbrio de forma impositiva. Aqui, o reequilíbrio não é mais entre concorrentes, pois não é possível garantir a existência de real ambiente concorrencial. O reequilíbrio deve ser feito entre consumidor e produtor. As medidas devem, portanto, ser diretamente redistributivas.

Finalmente, no caso dos setores regulados em que há concorrência o objetivo tem que ser a garantia contra a instabilidade sistêmica. Isso não se faz através da prevenção de comportamentos de agentes econômicos que ponham em risco essa instabilidade econômica. Medidas concorrenciais preventivas são, portanto, bastante úteis. Mais que úteis, são necessárias, devido às condições concorrenciais específicas desses mercados (2001, p. 49-50).

Verifica-se, entretanto, que são ideias complementares. O Estado deve assumir o seu papel de norteador do desenvolvimento econômico, inclusive de forma a eliminar e/ou minimizar as falhas estruturais e proporcionar a difusão do conhecimento econômico (SALOMÃO FILHO, 2001), mas sem descuidar-se dos limites que tem nas suas ações e de que as pessoas e seus organismos reagem a outras instituições formais e informais. Apesar de o Estado ter o poder de influenciar a sociedade por meio de leis, adoção de diversas medidas e criação de instituições públicas, jamais terá condições de promover sozinho o desenvolvimento econômico (SALAMA, 2011).

O Direito – adotando a linha de North, assim, tem grande relevância na condução do desenvolvimento econômico, mas enfrenta uma dicotomia: proporcionar estabilidade (que pressupõe ausência de mudanças) ao mesmo tempo em que deve amparar institucionalmente a evolução (que implica necessariamente mudanças). Decorre daí a dificuldade de tomar as medidas mais acertadas e os avanços e retrocessos algumas vezes inexplicáveis na condução das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento.

Acrescente-se a impossibilidade de controle estatal sobre as instituições informais (valores, crenças, códigos de conduta, etc.) e a incapacidade do Estado de fazer cumprir integralmente as leis e regulamentos emanados pelas instituições formais.

O melhor resultado de desenvolvimento econômico ocorrerá quanto mais sucesso tenha o Estado em promover a cooperação entre os diversos entes econômicos. E isso está intimamente ligado à sensação de legitimidade política da população e dos mercados em relação aos governantes à frente do Estado. Isso explica porque equipes de governo em início de mandato costumam ter mais facilidade para estabelecer medidas, especialmente de ordem econômica.

Como se vê, qualquer que seja a orientação político-ideológica dos homens que estejam à frente do Estado, devem estar sempre preparados para lidar com certos graus de instabilidade e incerteza. O Estado tem de ser protagonista na condução do desenvolvimento econômico, mas necessita ter ciência de seus limites. O Direito e o arcabouço institucional dele decorrente devem captar e ser resultado das circunstâncias que facilitam a cooperação entre os agentes econômicos, sem se descuidar de proporcionar um ambiente equilibrado e estável.

Trata-se, certamente, de complexa empreitada, mormente se nos voltarmos para a coordenação de atividades voltadas ao desenvolvimento *social*. Some-se a isso as dificuldades que o Estado tem como ordenador do desenvolvimento econômico anteriormente apresentadas e chegamos à compreensão – ainda que parcial – de grandes insucessos na coordenação estatal de medidas voltadas ao desenvolvimento.

## 2.2 Constituição Federal e Desenvolvimento Econômico

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente o papel do Estado como ordenador do desenvolvimento econômico, na linha do que foi antes apontado, ao estabelecer, no artigo 174, que “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Registre-se, aliás, a influência sobre o poder constituinte originário da edição pela ONU, em 4 de dezembro de 1986, da *Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento*. Por meio desse documento todos os países-membros são conclamados, reconhecendo o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável, a adotar políticas públicas nacionais e internacionais para a solução das mazelas humanas por intermédio do desenvolvimento.

Voltando à análise do texto constitucional, Matheus Felipe de Castro define a Constituição Federal como um plano traçado pela comunidade política nacional:



(...) admitindo-se que a Constituição de 1988 traçou as linhas gerais de um projeto político de desenvolvimento nacional com vistas à eliminação das vulnerabilidades externas da nação brasileira – com construção de uma nação livre, soberana e desenvolvida, que ocupe um papel de destaque perante a comunidade internacional – e eliminação das suas graves e históricas disparidades internas – com construção de uma nação desenvolvida, – livre, justa e solidária|| que atinja a meta de erradicar – a pobreza e a marginalização|| e reduzir – as desigualdades sociais e regionais – dever-se-á interpretar a Constituição tendo por ponto de partida esse projeto de poder-ser, concebendo um poder/aparelho de Estado capaz de efetivar essa meta (2009, p. 14).

Interpretando o artigo 174 anteriormente transcrito, Eros Roberto Grau, chamando a atenção inicialmente para o uso da expressão atividade econômica em sentido amplo, em contraponto com o sentido estrito, que diz respeito à atuação direta do Estado na economia, lembra que o referido dispositivo constitucional trata da atuação estatal como agente normativo e regulador. Particularmente sobre a condição de regulador ensina que o Estado deve cumprir as funções de incentivo, planejamento e fiscalização da atividade econômica (2012, p. 105).

Quanto à condição de regulador, o autor também destaca a fiscalização:

No que tange ao art. 174, no entanto, a expressão atividade econômica é utilizada noutro sentido. Alude, o preceito, à atividade econômica em sentido amplo. Respeita a globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador. Atuação normativa reclama fiscalização que assegure a efetividade e eficácia do quanto normativamente definido – daí por que, em rigor, nem seria necessária a ênfase que o preceito adota ao expressamente referir a função de fiscalização. A atuação reguladora há de, impõe a Constituição, compreender o exercício das funções de incentivo e planejamento. Mas não apenas isso: atuação reguladora reclama também fiscalização e, no desempenho de sua ação normativa, cumpre também ao Estado considerar que o texto constitucional assinala, como funções que lhe atribui, as de incentivo e planejamento. Este, por outro lado, não abrange apenas a atividade econômica em sentido estrito, porém toda a atividade econômica em sentido amplo. Tanto é assim que o preceito determina ser ele – o planejamento – “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. O art. 174 reporta-se nitidamente, nestas condições, à atividade econômica em sentido amplo.

O mesmo Eros Roberto Grau (2012, p. 144-145) apresenta uma classificação para as modalidades de *intervenção* do Estado na economia (intervenção no domínio econômico, *em sentido estrito*): intervenção por *absorção* ou *participação*, por *direção* e por *indução*. A intervenção por absorção refere-se às hipóteses em que o Estado assume integralmente os meios de produção, constituindo monopólio. A hipótese de participação ocorre quando o Estado assume o controle de parcelas dos meios de produção, passando a concorrer no mercado com empresas privadas.

Merece destaque, ainda, uma nova concepção de *desenvolvimento* a partir da Constituição Federal de 1988. Como muito bem observam Paulo Caliendo e Veyzon Muniz, passando a Constituição Federal a adotar o desenvolvimento nacional como um objetivo fundamental, determina a busca pela mudança, de forma a abandonar um cenário social anterior antiquado (2015, p. 156).

Houve uma clara mudança de *visão constitucional* a partir da Constituição Federal de 1988 sobre a busca do desenvolvimento, que passa a ser objetivo primordial da República, do qual não podem se afastar o Direito e os seus operadores (artigo 3º, II, CF).

Além da previsão expressa como objetivo fundamental da República no artigo 3º, a palavra *desenvolvimento* é mencionada outras 52 vezes na Constituição Federal de 1988, referindo-se a diversos aspectos do desenvolvimento (regional, saúde, educação, etc.), mas destaca-se a previsão no capítulo da Ordem Econômica (art. 174, §1º)<sup>2</sup> no capítulo que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192)<sup>3</sup>, por ficar evidente nas diretrizes econômicas e financeiras que todas as políticas públicas devem ser instituídas buscando o desenvolvimento como meio de solução para as mazelas econômicas e sociais nacionais.

Nota-se, assim, que o constituinte – tanto o originário quanto o reformador – elegeu, até com certa obstinação, a busca do desenvolvimento como forma de reduzir os inúmeros problemas enfrentados pela população brasileira.

E certamente o desenvolvimento que almeja o constituinte é o *integral*, adotando-se a lição de Frederico A. Barbosa da Silva e Herton Ellery Araújo: “o conjunto de transformações socioeconômicas, políticas e culturais que possibilitam o bem-estar social, a sua expressão em diferentes modos de vida e formas participativas de organização política” (2010, p. 9-10).

Conforme constata os mesmos autores, a nova ordem constitucional inaugurada em 1988 proporcionou, apesar de notoriamente ter os seus problemas, a recuperação de trajetórias de desenvolvimento que haviam sido negligenciadas com a *década perdida* de 80 e parte da década de 90 (2010, p. 9).

### 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Partindo-se, então, da premissa que, pela ordem constitucional inaugurada em 1988, desenvolvimento econômico – em seu sentido amplo, considerando efetivas melhorias nas condições de vida da população – é um objetivo fundamental da República Brasileira, o Estado deve ter como meta, sempre, a satisfação dos direitos fundamentais sociais.<sup>4</sup>

Conforme lição de Rafael José Nadim de Lazari, todavia, “Países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil [...], tendem a prever no bojo de seus Textos Constitucionais direitos fundamentais sociais em demasia, como medida salutar à manutenção de suas recentes e/ou frágeis democracias” (2012, p. 55).

Considerando-se, também, que os recursos são finitos e que “na medida em que todos os direitos são sindicáveis perante o Judiciário, e sua estrutura implica custos para o governo, todos os direitos, indistintamente, representam custos a serem suportados pelo Estado e, em

<sup>2</sup> Art. 174. (...) §1º: A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

<sup>3</sup> Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

<sup>4</sup> Dados os limites do presente estudo, de forma proposital são deixadas de lado as análises históricas e conceituais dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais sociais, entretanto, segundo Maria do Socorro Azevedo de Queiroz, “abranjem as liberdades sociais, como o direito de associação (CF, art. 9º), e os direitos sociais a prestações positivas materiais, que objetivam a recomposição das desigualdades sociais no campo das relações entre os indivíduos em sociedade, fazendo surgir pra o Estado, obrigações chamadas de positivas, porque encerram uma disposição ativa e não apenas comissiva, visando à melhoria das condições de vida das pessoas em pior situação e à promoção da igualdade social” (2011, p. 22-23). Recomenda-se: *Efetividade dos Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988*, Jamile Fernanda Ferreira de Souza, 2013, p. 234-252, e *Efetivação Judicial das Normas Constitucionais Sociais Não Regulamentadas* (Sérgio Tibiriçá Amaral e Wellington Boigues Corbalan Tebar, 2011, p. 330-349).

última análise, pela sociedade” (OLSEN, 2008, p. 186), necessárias são escolhas a serem feitas pelo Estado.

Com efeito, independentemente da posição ideológica que se adota ou do *tamanho do Estado* que se defenda, é inegável que a satisfação de direitos sociais implica a necessidade de recursos, de orçamento público. E, nos dias atuais, ainda que nem sempre os interlocutores percebam, a repercussão econômica permeia cada vez mais as discussões das ciências jurídicas. Como observam Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira no estudo introdutório para a edição brasileira da obra de Ronald Harry Coase, “[...] as relações entre o Direito e a Economia não são recentes e têm, ao longo dos tempos, variado de intensidade e importância e, em especial, de percepção por parte dos juristas e economistas” (2016, p. X).

Ronald Harry Coase,<sup>5</sup> Guido Calabresi,<sup>6</sup> Richard Posner<sup>7</sup> e Gary Becker<sup>8</sup> deram início ao que se denomina atualmente como *análise econômica do direito*. No que diz respeito à influência do Direito no sistema econômico, R. H. Coase imputa erro ao sistema jurídico quando *escolhe* assegurar o direito a uma das partes sem avaliar os valores envolvidos no *sacrifício econômico* de ambos os envolvidos. Entende que “[...] a abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha a ser feita” (2016, p. 97).

Conforme Karin Bergit Jakobi e Maria Carla Pereira Ribeiro ensinam, “[...] as noções obtidas por meio do estudo da lógica econômica contribuem para aprimorar o sistema jurídico, por meio da elaboração de lei mais adequadas à realidade, da maior conscientização dos julgadores acerca da repercussão de suas decisões”. E acrescentam que “[...] o aperfeiçoamento do sistema jurídico, obtido ao se agregar noções da Economia, tem o poder de acarretar, por conseguinte, um maior desenvolvimento na própria Economia, que passa a contar com o apoio das instituições para organizar o seu funcionamento” (2014, p. 31).

A análise econômica do Direito e a impossibilidade de negar a finitude/escassez de recursos públicos, levou ao desenvolvimento das teorias sobre *escolhas trágicas* e de *reserva do possível*.<sup>9</sup>

A teoria das escolhas trágicas está ligada à eficiência de alocação de recursos públicos. Desenvolvida por Guido Calabresi e Philip Bobbitt, a referida teoria levou em consideração “The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources” (subtítulo da obra que tem como tema principal justamente “Tragic Choices” – 1978). A teoria defende que, em situações de *recursos tragicamente escassos*, o Estado deve escolher entre a necessidade (obrigação?) estatal de tornar concretas as prestações sociais e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação dos recursos financeiros.

<sup>5</sup> Fundador (ou um dos fundadores) da escola *Law and Economics*, agraciado com Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel, de 1991.

<sup>6</sup> Que, por meio da publicação de seu artigo *Some Thoughts on Risk Distribution and de Law of Torts* (Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers). Acesso em: 23 maio 2019), deu início, juntamente com Ronald H. Coase, ao que posteriormente se denominou *Análise Econômica do Direito*.

<sup>7</sup> Recomenda-se: “Para Além do Direito” (2009).

<sup>8</sup> Segundo Cooter e Ulen (2016), o surgimento da Análise Econômica do Direito também se deve aos estudos de Richard Posner (que procurou relacionar a teoria econômica com uma visão normativa do Direito, traçando a ligação entre a disciplina e a fundação ética do pensamento jurídico) e Gary Becker (que aplicou as teorias econômicas nas áreas não mercadológicas).

<sup>9</sup> A análise desses conceitos é feita de forma superficial e necessária para os limites do presente trabalho.

Conforme Taís Dórea de Carvalho Santos, “A Administração Pública tem papel de efetivador dos direitos [...] No ambiente de escassez, há a necessidade de eficiência e ampliada, e esta se percebe cada vez mais pela própria ampliação dos direitos fundamentais” (2015, p. 71).

E prossegue: “Os papéis traçados para a Administração Pública consistem, dentre outros, no cumprimento da finalidade social do bem comum e na garantia da efetivação dos direitos fundamentais e sociais elencados na Constituição Federal. Assim, ela deve proceder por uma valoração dos interesses envolvidos nas escolhas discricionárias possíveis à intenção única da mais eficiente, ou seja, a que prevaleça o princípio da boa administração” (2015, p. 71).

Interessante trazer a abordagem de Ladislau Dowbor acerca da eficiência na alocação de recursos (1998, p. 317):

É essencial que a decisão de uso e o controle dos recursos sejam aproximados do usuário final, maior interessado na realização da obra ou na boa organização da iniciativa. Quanto menos intermediários e escalões hierárquicos entre o uso final dos recursos e o segmento interessado da sociedade, maior a transparência, a capacidade de controle, a democratização dos processos. Trata-se de um dos elementos mais importantes da elevação da densidade organizacional da sociedade.

Sobre a *reserva do possível*, trata-se da limitação à introdução dos direitos constitucionalmente previstos em razão de insuficiência orçamentária para tal (LAZARI, 2012, p. 58). Ainda segundo o mesmo autor, é matéria exclusivamente de defesa do Estado, pela impossibilidade de cumprir os direitos assegurados pela Constituição, desde que provada a insuficiência orçamentária (2012, p. 58-59).

Como se vê, tanto as *escolhas trágicas* quanto a *reserva do possível* decorrem diretamente da análise econômica do Direito. Assegurar direitos traz custos e para buscar a eficiência administrativa (melhor alocação dos recursos) a administração pública deve, diante da impossibilidade de atender a todas as demandas sociais, escolher as mais urgentes e necessárias.

A *defesa* estatal no sentido de não ter condições de assegurar direitos por insuficiência de recursos, no entanto, encontra limites em outro instituto desenvolvido a partir da reserva do possível: o *mínimo existencial*. Partindo do princípio da dignidade humana, apontado por José Afonso da Silva como *valor supremo da democracia*,<sup>10</sup> apesar de, segundo Ana Carolina Lopes Olsen haver divergências quanto à sua conceituação (2008, p. 317), *mínimo existencial* deve seguir, segundo a mesma autora, a ideia de que todo ser humano deve ter suas necessidades básicas satisfeitas para que seja reconhecida uma sobrevivência digna (2008, p. 311).

Não pode o Estado, assim, ainda que diante de escassez de recursos, defendendo-se pela *reserva do possível*, deixar de assegurar direitos fundamentais sociais que retirem do cidadão o mínimo para que mantenha a sua dignidade como ser humano. Conforme Rafael Jose Nadim de Lazari, “O Estado não pode alegar a ‘reserva’ de toda e qualquer demanda que lhe é formulada, mas apenas àquelas que, de fato, remontam ao inacessível pelo orçamento estatal sem que isso se traduza em prejuízo da coletividade” (2012, p. 59-60).

<sup>10</sup> “Em conclusão, a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu supremo, o valor que a dimensiona e humaniza” (SILVA, 1998, p. 94).

## 4 FUNÇÃO JUDICANTE, EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E CONSEQUENTE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Por óbvio, quando se fala em garantia dos direitos sociais pelo Estado se está referindo à atuação do Estado como criador de leis (Legislativo), como gestor dos recursos (Executivo) e como assegurador do cumprimento das leis (Judiciário).

O foco do presente trabalho, contudo, é a função judicante, tendo em vista ser o Judiciário o *porto seguro*, a última esperança, para aqueles que eventualmente não tenham conseguido assegurar os seus direitos por intermédio dos demais aparelhos estatais. E a reflexão proposta vai além disso: Ao determinar que determinados direitos sociais sejam assegurados, o Judiciário está mesmo promovendo desenvolvimento humano?

Micheli Pereira desenvolveu um estudo sobre problemas de funcionamento do Judiciário brasileiro. Referido estudo é voltado para decisões que afetam o mercado, mas é bastante útil para o que se pretende concluir com o presente trabalho. O estudo de Micheli Pereira baseou-se em duas pesquisas: a primeira partindo de informações prestadas pelos empresários, feita por Armando Castelar Pinheiro, e a outra a partir de informações prestadas pelos magistrados, feita por Maria Teresa Sadek. Partindo-se da concepção dos empresários, “Judiciário que funciona bem é aquele age de forma eficiente, imparcial e pouca custosa, e, via de consequência, o Judiciário que funciona mal é aquele que não atende a estes quesitos” (2010, p. 55).

Citando a pesquisa de Armando Castelar Pinheiro, a autora argumenta que “[...] as decisões judiciais têm uma repercussão econômica, a qual os magistrados deveriam compreender melhor [...] no que toca à imparcialidade das decisões judiciais, a justiça que os juízes buscam em primeiro momento pode não ser alcançada em um segundo momento, já que os agentes econômicos são regidos, dentre outras coisas, pelos sinais dados e à forma de decidir dos magistrados”. Estariam os juízes, assim, colaborando para o aumento do desemprego, da informalidade e da taxa de juros (2010, p. 55-56).

A discussão, assim, ultrapassa o campo dos negócios e envolve a busca da *justiça social*. É que, para os empresários, buscar justiça social não é papel do Judiciário, que deve ser obtida por meio da redistribuição de receitas de impostos e de políticas públicas, devendo o Judiciário manter uma posição neutra, pois caso contrário, estaria prejudicando a economia, desrespeitando contratos, aumentando riscos das transações e introduzindo prêmios de riscos que reduzem salários, aumentam juros, burocracias e preços (PEREIRA, 2010, p. 56).

Certamente, pode-se atribuir a esses posicionamentos dos empresários uma interferência da linha ideológica (discussão sobre o *tamanho do Estado*) que lhes é mais favorável, mas o fato é que o tema tem trazido preocupações ao Banco Mundial, que editou o Documento Técnico nº 319, no qual recomendou (DAKOLIAS, 1996):

A reforma econômica requer um bom funcionamento do judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente. Com a emergência da abertura dos mercados aumenta a necessidade de um sistema jurídico. Com a transição de uma economia familiar – que não se baseava em leis e mecanismos formais para resolução de conflitos – para um aumento nas transações entre atores desconhecidos cria-se a necessidade de maneiras de resolução de conflitos de modo formal. As novas relações

comerciais demandam decisões imparciais com a maior participação de instituições formais. Todavia, o atual sistema jurídico é incapaz de satisfazer esta demanda, forçando, conseqüentemente, as partes a continuar dependendo de mecanismos informais, relações familiares ou laços pessoais para desenvolver os negócios. Algumas vezes isto desestimula as transações comerciais com atores desconhecidos possivelmente mais eficientes gerando uma distribuição ineficiente de recursos. Esta situação adiciona custos e riscos as transações comerciais e assim reduz o tamanho dos mercados, e conseqüentemente, a competitividade do mercado.

Em outro documento mencionado na obra de Marcelo Roseno Oliveira (*apud* Micheli Pereira (2010, p. 57), o Banco Mundial faz críticas sobre a imprevisibilidade das decisões judiciais e sobre a conduta de proteção a grupos sociais mais frágeis:

As leis substantivas relativas à proteção legal e judicial dos direitos do credor no Brasil não são muito diferentes daquelas encontradas em outros países de direito civil francês e geralmente são consideradas adequadas pelos credores. Entretanto, os procedimentos legislativos são retardados, com recurso a sucessivas apelações e liminares, o que diminui o valor da proteção legal. Além disso, as decisões judiciais sobre questões de crédito são percebidas como sendo pró-devedor, refletindo o ativismo social judicial, às vezes desconsiderando o que está previsto na lei ou no contrato. Conseqüentemente, a jurisprudência e os padrões de comportamento judicial desempenham um papel tão ou mais importante que a própria lei na regulamentação das questões de crédito. Especialmente para pequenos empréstimos, os processos judiciais são evitados o máximo possível, devido à incerteza, às despesas e à natureza demorada dos processos judiciais. Em vez disso, depende-se da cobrança extrajudicial por meio de empresas de cobranças, apesar das vantagens fiscais no procedimento através do sistema judicial.

A mesma pesquisa aponta que os magistrados concordam com os empresários no que diz respeito aos prejuízos causados ao desenvolvimento econômico pela morosidade e pelos altos custos para acesso ao Judiciário, mas divergem quanto à imparcialidade, defendendo a sua atuação na busca da *justiça social* na análise de cada caso concreto. E não parece mesmo haver parcialidade quando o juiz julga buscando fazer *justiça social* em um país no qual a Constituição Federal prevê e se compromete com direitos das minorias<sup>11</sup> (PEREIRA, 2010, p. 75).

Se há concordância entre empresários e magistrados quanto aos problemas envolvendo altos custos e morosidade, os pleitos dos empresários e as recomendações do Banco Mundial não podem ser considerados equivocados (não, pelo menos por completo, embora precisem ser analisados com ressalvas, para proteção da soberania nacional). Segundo Frederico Thales de Araújo Martos e José Antonio de Farias Martos, apesar de existir nas recomendações do Banco Mundial para reformas constitucionais (como o documento técnico nº 319 já mencionado) que atingem os poderes institucionais (como ocorreu com o poder Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004), “As diretrizes do Banco Mundial demonstram uma preocupação de adequar o poder Judiciário às necessidades mercadológicas, cujo propósito é de assegurar o crescimento econômico, garantindo a propriedade privada e a estabilidade dos contratos” (2019, p. 15).

<sup>11</sup> Embora seja possível a investigação – objeto de outro estudo – dos limites dessa atuação buscando *justiça social*, tais como o ativismo judicial.

As deficiências do poder Judiciário no Brasil também foram constatadas em estudo feito por Silvane Battaglin Schwengber, que fez um extenso trabalho de mensuração de eficiência em diversos tribunais do país,<sup>12</sup> que resultou na sua tese de Doutorado. O trabalho acabou concluindo, principalmente, que faltam dados para estudos comparativos (inexistentes ou insuficientes) entre os diversos órgãos do Judiciário. “Os índices de eficiência podem e devem ser mais cuidadosamente analisados se estão refletindo genuína ineficiência técnica ou se refletem outros fatores que, por falta de dados, ainda não puderam ser considerados” (2006, p. 146).

E continua afirmando que “De posse desses indicadores de produtividade as administrações das Comarcas e dos Tribunais podem mais facilmente encontrar as causas dos gargalos do Sistema Judiciário. Torna-se possível começar a distinguir o atraso que é devido às dificuldades da legislação em vigor do atraso que se verifica por razões administrativas ou outras” (2006, p. 146).

Que há problemas no Judiciário brasileiro, aliás, não se duvida, dado que notórios e aparentemente bem delineados nos estudos anteriormente apresentados, mas o que se propõe é uma discussão além dos prejuízos sociais causados pela ineficiência estrutural do poder Judiciário.

É necessário registrar que não se está defendendo omissão do Judiciário a abandono do cidadão desprotegido. As decisões judiciais assecuratórias de direitos sociais fazem, em certa medida, com que o sistema funcione com mais eficiência e isonomia. Parece pelo menos razoável, entretanto, discutir se uma menor interferência do Judiciário, baseada em estudos profundos (*análise econômica do direito*), não traria mais benefícios sociais do que as constantes interferências do Judiciário nos orçamentos públicos.

As decisões judiciais, seja em casos com efeitos individuais, seja em situações com efeitos *coletivos* (favorecimento a determinado grupo de pessoas ou proferidas em ações de controle concentrado de constitucionalidade), acabam por comprometer o orçamento público, com forte intromissão na atuação do poder Executivo (necessário planejamento para utilização de recursos). Em estudo sobre a judicialização da saúde, *v.g.*, de 2009 a 2017, realizado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), ficou demonstrado que a União Federal já comprometeu mais de R\$ 1,3 bilhão do orçamento para atender às decisões judiciais (2016), tendo triplicado o número de ações judiciais acerca da saúde (2019).

Estudos têm sido feitos, especialmente sobre os impactos orçamentários na área da saúde, mas o fato é que até o presente momento a análise dos reflexos econômicos das decisões judiciais não foi feita de forma aprofundada. Daniel Wei Liang Wang (2008), publicou artigo que trata da escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O autor se preocupou em estudar as decisões judiciais do STF entre os anos de 2000 a 2007, procurando descobrir em que tipo de matéria esses temas são comumente debatidos e também como o tribunal trata essas questões em sua jurisprudência e os critérios utilizados em suas análises. O autor, ocupou-se, também em examinar se a

<sup>12</sup> Os dados não são apresentados aqui em razão dos limites desse trabalho científico (artigo), mas estão disponíveis para acesso na rede mundiais de computadores.

análise jurídica dos ministros leva em consideração preocupações relativas às consequências econômicas e distributivas das decisões.

Dentre os resultados alcançados pelo autor no campo do direito à saúde, destacam-se dois momentos do STF: antes e após o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 91 (STA 91).<sup>(57)</sup> Até o julgamento, as questões orçamentárias raramente eram abordadas nas decisões e, quando apareciam eram tratadas de forma superficial, além de a consequência econômica não ser um elemento importante na análise jurídica dos ministros; dando assim a entender que o direito à saúde não tem em seus custos e na limitação de recursos do Estado um limite fático à sua plena concretização. Após o julgamento da STA 91, segundo o autor, as decisões parecem superar as anteriores em termos da melhora da qualidade na argumentação, questões sobre políticas públicas e reflexões sobre as consequências econômicas das decisões parecem ter um espaço maior nas decisões. No entanto, ainda não se tem muito claro em quais critérios objetivos esses elementos serão analisados e qual o peso que eles terão em cada caso.

Em alguns casos, o STF tem decidido no sentido de não considerar ingerência do Judiciário na esfera da administração a imposição judicial ao Executivo de que este satisfaça, nos termos determinados pelo tribunal, um direito social previsto na Constituição, a requerimento de qualquer cidadão, pois, diante de um direito consagrado pela Constituição e explicitado por norma infraconstitucional, é dever do Judiciário torná-lo realidade, ainda que ocorra obrigação de fazer com repercussão na esfera orçamentária.

Porém, conforme Fábio Ferreira Mazza e Áquilas Nogueira Mendes (2014, p. 58)

[...] ao se falar em orçamento, e sendo este aprovado por uma lei do orçamento (do Poder Legislativo), o ato de um juiz que se proponha a alterar essa lei modificando a afetação das receitas, ou que determine ao Executivo o dever de alterar esta lei para cumprir determinada sentença, acaba por carecer de legitimidade no campo orçamentário, pois não é função do judiciário legislar e determinar como se devem aplicar os recursos financeiros. O Poder Judiciário e o Poder Executivo não podem usurpar competência reservada do Poder Legislativo.

Ocorre, como se vê, o que Néviton Guedes chamou de *transposição de planos e competências*. Defende o autor “que os direitos fundamentais sociais exigiriam para a sua concretização por via judicial a desconsideração pelo Poder Judiciário, de forma tópica ou abstrata, do princípio da separação de poderes, já que, em primeiro lugar, cumpre ao Poder Legislativo e ao Executivo a implementação de políticas públicas. Além disso, a concretização direta pelo Poder Judiciário implicaria óbvia preterição do princípio da legalidade orçamentária” (2012).

Analisando os paradoxos da judicialização das políticas públicas de saúde, Ana Beatriz Vanzoff Robalinho Cavalcanti e Bruno Amaral Machado<sup>13</sup> chamam a atenção para uma outra consequência: o comprometimento da transparência de decisões políticas fundamentais (2017). Os autores acabam por concluir que “Ao separar o momento em que se alocam os recursos gerais do Estado a um foro particular – como a saúde – do momento em que se determina quem, entre todos os cidadãos que podem vir a necessitar desses recursos, poderá de

<sup>13</sup> Importante registrar que o estudo se apoia em uma das três características das *alocações trágicas* de recursos públicos apontadas por Guido Calabresi e Philip Bobbitt (1978, p. 129-146).



fato utilizá-los, cria-se a ilusão de que a primeira decisão nunca existiu, e que não há barreiras entre o direito a ser protegido e a totalidade dos recursos estatais” (2017, p. 647).

Se parece ser inquestionável que as decisões judiciais favorecem individualmente os seus beneficiários, não há estudos sobre os impactos negativos dessas destinações orçamentárias. Sabe-se *quem ganha*, mas não se tem informações de quanto a sociedade perde com essa ingerência do Judiciário no orçamento público. Apesar de não se desconhecer que “Há muito se discutem os efeitos da interferência judicial em políticas públicas para o equilíbrio democrático” e que “Os impactos das decisões do judiciário no equilíbrio das contas públicas também são amplamente conhecidos, e seus resultados sentidos pelo administrador e pela população, com restrições adicionais aos recursos necessários [...] à concretização de promessas constitucionais” (CAVALCANTI; MACHADO, 2017, p. 647), não se sabe quais seriam os ganhos caso essa interferência do Judiciário fosse, ao menos, planejada.

O que se assiste, infelizmente, sem descuidar que quando “o que se está em pauta é a realização de direitos fundamentais necessários à realização da dignidade da pessoa humana [...] o conceito a ser enfraquecido é de discricionariedade política na alocação de recursos, e não o de controle jurisdicional” (OLSEN, 2008, p. 288), são as tomadas de decisão pelo Judiciário sem o estudo adequado quanto aos impactos sobre o orçamento público.

É preciso investigar as vantagens de uma menor interferência do Judiciário, deixando para o mercado as soluções para boa parte das mazelas sociais. Prestações sociais pelo Estado exigem cada vez mais orçamento público (impostos), que, por sua vez, impedem ou dificultam o desenvolvimento econômico. Crescimento econômico, por seu turno, reduz pobreza e, conseqüentemente, a necessidade de buscar do Estado satisfação de direitos sociais básicos.

Conforme muito bem observaram Luís Fernando Sgarbossa e Graziela Iensue, tratando da análise econômica do Direito aplicada aos direitos fundamentais, “contrariamente ao enfoque predominante, calcado na escassez e na concepção de direitos como produtores de custos, há evidências plausíveis de que os direitos subjetivos em geral e os direitos humanos podem ser considerados plausivelmente como redutores de custo e indutores de eficiência”.(2015, p. 233).

E, se o atual momento da vivência humana não permite *vida sem Estado*,<sup>14</sup> a sua atuação deve ser muito bem estudada no que diz respeito à satisfação de direitos sociais por meio do poder Judiciário. Planejamento e eficiência não são opções, e sim obrigações legais. Avaliar, com base em estudos aprofundados, qual o grau de sua interferência, também!

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso reconhecer que é uma incumbência muito difícil para os gestores públicos o atendimento a todos os direitos fundamentais sociais assegurados pela Constituição Federal, que foi *generosa* em direitos e *descuidada* quanto à origem de recursos.

Especialmente em épocas de crises econômicas, torna-se tarefa ingrata adequar recursos escassos a grandes necessidades da população, mas, justamente por isso, a eficiência tem de ser perseguida com mais afinco.

<sup>14</sup> Trata-se de “um fato patente a onipresença do Estado contemporâneo, como protetor, colaborador, financiador, consumidor, etc., o que nada tem a ver com totalitarismo” (DALLARI, 2001, p. 60).

Decisões judiciais, apesar de terem o mérito de atender à população quanto a assegurar direitos sociais, não podem ser tomadas sem um significativo estudo sobre a destinação dos recursos orçamentários, de forma a identificar, inclusive, o que se deixa de atender quando se atende a quem bate às portas do Judiciário.

Parece ter chegado o momento, também, verificado o insucesso – pelo menos parcial – do que se tentou até agora, de realizar estudos quanto a uma menor intervenção do Estado, inclusive por meio do Judiciário, pois isso gera necessidade de maior arrecadação tributária. Pede-se permissão para repetir o que se referiu na introdução do presente trabalho: quanto mais alta a carga tributária, menos atividade econômica (pois isso desestimula o mercado e afasta investidores) e, conseqüentemente, menos geração de riquezas, o que, por sua vez, gera mais necessidade de *socorro* do Estado.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Sérgio Tibiriçá; TEBAR, Wellington Boigues Corbalan. Efetivação Judicial das Normas Constitucionais Sociais Não Regulamentadas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira *et al.* (org.). *Direitos sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. Birigui: Boreal Editora, 2011.
- CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and de Law of Torts*. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers). Acesso em: 23 maio 2019.
- CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: Norton & Company, 1978.
- CALIENDO, Paulo; MUNIZ, Veyzon. Política Fiscal e Desenvolvimento Técnico Empresarial. Uma análise crítica sobre a inovação e tributação. *Revista de Direito Brasileira*, a. 5, v. 12, 2015.
- CASTRO, Matheus Felipe de. *Capitalismo coletivo ideal: o Estado e o Projeto Político de Desenvolvimento Nacional na Constituição de 1988*. 2009. Tese (Doutorado em Estado, Direito e Sociedade) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.
- CAVALCANTI, Ana Beatriz Vanzoff Robalinho, MACHADO, Bruno Amaral. Democracia e os paradoxos da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, maio/ago. 2017.
- COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6th ed. [S.l.]: Berkeley Law Books; Book 2, 2016.
- DAKOLIAS, Maria. O setor Judiciário na América Latina e no Caribe. Tradução Sandro Eduardo Sardá. *Banco Mundial*. Documento Eletrônico número 319. Elementos para Reforma. Washington, DC, 1996.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DOWBOR, Ladislau. *A reprodução social: propostas para uma gestão descentralizada*. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.
- FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Exclusão social e pobreza nas interfaces entre o direito econômico do desenvolvimento e o direito humano ao desenvolvimento. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Napolini; COUTO, Monica Bonetti (org.). *Direito e desenvolvimento no Brasil do século XXI: desenvolvimento nas ciências sociais: o estado das artes: livro 1*. Brasília: Ipea, 2013.
- FERREIRA, Antonio Carlos; FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. Estudo introdutório para a edição brasileira de A firma, o mercado e o direito. In: COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- GUEDES, Néviton. *A concretização de direitos sociais pelo Judiciário*. In: *Consultor Jurídico (Conjur)*, 15 out. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-out-15/constituicao-poder-concretizacao-direitos-sociais-judiciario>. Acesso em: 14 jul. 2019.
- INSPEER CONHECIMENTO. *Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bilhão à União*. 24 maio 2019. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>. Acesso em: 13 jul. 2019.
- IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Avançada. *Revista de Informações e Debates*, a. 5, e. 39, 2008.

- JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais*. São Paulo: Atlas, 2014.
- LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Curitiba: Juruá, 2012.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTOS, Frederico Thales de Araújo; MARTOS, José Antonio de Faria. *A influência mundial na reforma do Poder Judiciário e no acesso à Justiça no Brasil*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1e-00996d70a49ff8>. Acesso em: 15 jul. 2019.
- MAZZA, Fábio Ferreira, MENDES, Áquias Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*, v. 14, n. 3, p. 42-65, nov. 2013/fev. 2014.
- NOBEL PRIZE.ORG. *Amartya Sen – Facts*. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1998/sen/facts/>. Acesso em: 24 jun. 2019a.
- NOBEL PRIZE.ORG. *The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 1991 – Ronald H. Coase*. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/summary/>. Acesso em: 24 jun. 2019b.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/decl\\_direito\\_ao\\_desenvolvimento.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/decl_direito_ao_desenvolvimento.pdf). Acesso em: 12 jul. 2019.
- PEREIRA, Micheli. O mau funcionamento do Poder Judiciário como empecilho ao desenvolvimento econômico brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 2, n. 2, jan./jun. 2010.
- PNUD BRASIL. *Desenvolvimento Humano e IDH*. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html>. Acesso em: 24 jun. 2019.
- PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *O que é o IDH*. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-o-idh.html>. Acesso em: 13 jun. 2019.
- POSNER, Richard A. *Para além do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. *Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.
- RIBEIRO, Maria de Fátima; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. O papel do Estado no desenvolvimento econômico sustentável: reflexões sobre a tributação ambiental como instrumento de políticas públicas. In: TORRES, Heleno Taveira (org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglas North. In: DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). *Estado de direito e o desafio do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SANTOS, Taís Dórea de Carvalho. *O estudo das escolhas trágicas à luz do princípio da eficiência dos precedentes judiciais*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, 2015.
- SCHWENGBER, Silvane Battaglin. *Mensurando a eficiência no sistema judiciário: métodos paramétricos e não-paramétricos*. 2006. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade de Brasília, 2006.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento com liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Graziela. Análise econômica dos direitos humanos: algumas reflexões preliminares. In: MARGRAF, Alencar Frederico; LAZARI, Rafael de (org.). *A consolidação substancial dos direitos humanos: perspectivas e tendências*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.
- SILVA, Frederico A. Barbosa da; ARAÚJO, Herton Ellery (coord.). *Indicador de desenvolvimento de economia da cultura*. Brasília: Ipea, 2010.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, abr./jun. 1998.
- SOUZA, Jamile Fernanda Ferreira de. Efetividade dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira de; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (org.). *Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção*. Birigui: Boreal Editora, 2013.
- WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista de Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 539-568, jul./dez. 2008.