



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PALMAS
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TOCANINENSE
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL E DIREITOS HUMANOS**



ROMÁRIO DIVINO FARIA

**CONTROLE JUDICIAL DO ORÇAMENTO PÚBLICO E EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA
DO DIREITO**

Palmas/TO

2025

Romário Divino Faria

**O CONTROLE JUDICIAL DO ORÇAMENTO PÚBLICO E EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA
DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa associativo de Pós-Graduação Stricto Sensu em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, promovido pela Universidade Federal do Tocantins, por meio da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação, e pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense, como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Valter Moura do Carmo.

Palmas/TO

2025

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

F224c Faria, Romário Divino.

Controle judicial do orçamento público e efetivação dos direitos fundamentais sociais sob a ótica da análise econômica do direito. / Romário Divino Faria. – Palmas, TO, 2025.

204 f.

Dissertação (Mestrado Profissional) - Universidade Federal do Tocantins – Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Pós-Graduação (Mestrado) em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, 2025.

Orientador: Valter Moura do Carmo

1. Direitos fundamentais sociais. 2. Orçamento público. 3. Controle judicial. 4. Análise econômica do direito. I. Título

CDD 342

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Romário Divino Faria

**CONTROLE JUDICIAL DO ORÇAMENTO PÚBLICO E EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA
DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa associativo de Pós-Graduação Stricto Sensu em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, promovido pela Universidade Federal do Tocantins, por meio da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação, e pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense, como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre.

Data da aprovação: 31/10/2025

Banca Examinadora

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo
Orientador e Presidente da Banca
Universidade Federal do Tocantins

Prof. Dr. Gustavo Paschoal T. C. Oliveira
Membro Interno
Universidade Federal do Tocantins

Prof. Dr. Alexandre Orion Reginato
Membro Externo
Universidade Estadual do Tocantins

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes
Membro Externo
Faculdade de Direito de Franca

Palmas/TO
2025

RESUMO

A dissertação analisa o controle judicial do orçamento público como mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais sociais, situando-se na área da prestação jurisdicional e dos direitos humanos e adotando a Análise Econômica do Direito (AED) como referencial. Parte-se do problema das omissões e escolhas orçamentárias incompatíveis com o núcleo essencial dos direitos sociais, que impulsionam a judicialização sem parâmetros claros de racionalidade alocativa e de respeito à separação de poderes. O estudo teve por objetivo avaliar a viabilidade jurídico-prática da intervenção judicial nas escolhas orçamentárias e delinear critérios para que decisões judiciais promovam direitos com eficiência, equidade e sustentabilidade fiscal. Utilizou abordagem qualitativa e método bibliográfico-documental, examinando normas constitucionais e infraconstitucionais, doutrina e jurisprudência recente (2020–2025) do STF, STJ e tribunais estaduais; como procedimentos técnicos, realizou análise de casos paradigmáticos e aplicou critérios de eficiência alocativa, custo-benefício, custo-efetividade, análise de impacto, externalidades, equidade distributiva e elementos de teoria dos jogos. Os resultados evidenciam quando a intervenção jurisdicional se legitima diante de omissões estatais, recomendando preferência por ordens finalísticas acompanhadas de plano administrativo, identificação de limites decorrentes da separação de poderes, da reserva do possível e do mínimo existencial, sistematização de instrumentos executivos (multas, bloqueios e medidas de cumprimento) e mitigação de riscos de desorganização administrativa e do “apagão das canetas”. Como produto aplicado, propõe-se um roteiro prático para decisões que interfiram no orçamento: diagnóstico de omissão, diálogo institucional, instrução técnico-econômica, análise de impacto, priorização custo-efetiva, cronograma e governança, e monitoramento por indicadores. Conclui-se que o controle judicial do orçamento é possível e necessário quando calibrado pela AED, pois maximiza a efetividade dos direitos sociais com racionalidade, eficiência e justiça distributiva, sem romper os limites fiscais e institucionais do Estado.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais; Orçamento público; Controle judicial; Análise econômica do direito; eficiência alocativa.

ABSTRACT

The dissertation examines judicial control of the public budget as a mechanism for realizing social fundamental rights, situated within the fields of adjudication and human rights and grounded in the Economic Analysis of Law (EAL). It addresses the problem of omissions and budgetary choices incompatible with the essential core of social rights, which drive judicialization absent clear parameters of allocative rationality and respect for the separation of powers. The study aimed to assess the legal-practical feasibility of judicial intervention in budgetary decision-making and to delineate criteria by which court rulings can promote rights with efficiency, equity, and fiscal sustainability. It employed a qualitative approach and a bibliographic-documentary method, examining constitutional and statutory norms, legal scholarship, and recent case law (2020–2025) from the Federal Supreme Court, the Superior Court of Justice, and state courts; as technical procedures, it conducted analyses of leading cases and applied criteria of allocative efficiency, cost–benefit, cost-effectiveness, impact assessment, externalities, distributive equity, and elements of game theory. The results identify when judicial intervention is warranted in the face of state omissions, recommending a preference for outcome-oriented orders accompanied by an administrative implementation plan, the identification of limits arising from the separation of powers, the “reserve of the possible” (*reserva do possível*) and the existential minimum, the systematization of enforcement instruments (fines, blocking of funds, and compliance measures), and the mitigation of risks of administrative disorganization and bureaucratic paralysis (*apagão das canetas*). As an applied product, the dissertation proposes a practical roadmap for budget-impacting decisions: diagnosis of omission, institutional dialogue, technical-economic evidentiary development, impact analysis, cost-effective prioritization, timeline and governance, and indicator-based monitoring. It concludes that judicial control of the budget is both possible and necessary when calibrated by EAL, as it maximizes the effectiveness of social rights with rationality, efficiency, and distributive justice, without breaching the State’s fiscal and institutional constraints.

Keywords: Social fundamental rights; Public budget; Judicial control; Economic analysis of law; Allocative efficiency.

LISTA DE SIGLAS

ACB	Análise de Custo-Benefício
ACE	Análise de Custo-Efetividade
AED	Análise Econômica do Direito
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIR	Análise de Impacto Regulatório
CF/88	Constituição Federal de 1988
CEAC	Curva de Aceitabilidade Custo-Efetividade (Cost-Effectiveness Acceptability Curve)
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS
e-NatJus	Base nacional de notas técnicas dos NatJus
FGV	Fundação Getulio Vargas
ICER	Razão de Custo-Efetividade Incremental (Incremental Cost-Effectiveness Ratio)
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MP	Ministério Público
NatJus	Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário
NICE	National Institute for Health and Care Excellence
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OS	Organização Social
OSCIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PPA	Plano Plurianual
QALY	Ano de Vida Ajustado pela Qualidade (Quality-Adjusted Life Year)
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
Tema 6	Repercussão geral sobre fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS

Tema 698 Repercussão geral sobre controle judicial de políticas públicas (ordens finalísticas com plano)

VPL Valor Presente Líquido

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO E CONTROLE JUDICIAL.....	15
2.1	Orçamento público: natureza jurídica e dimensões	19
2.2	Execução orçamentária e seus desafios.....	26
2.3	Fiscalização e controle do orçamento público	27
3	ORÇAMENTO PÚBLICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	30
3.1	O orçamento público como instrumento das políticas públicas	30
3.2	Poder judiciário, orçamento público e efetivação dos direitos fundamentais.....	35
3.3	Separação dos poderes e discricionariedade administrativa	37
3.4	Reserva do possível e mínimo existencial	40
3.5	Direitos humanos e teoria constitucional.....	43
4	O CONTROLE JUDICIAL DO ORÇAMENTO PÚBLICO	51
4.1	Parâmetros constitucionais e limites do controle judicial.....	51
4.2	O fenômeno do ‘apagão das canetas’ e o direito administrativo do medo	51
4.3	Força vinculante das decisões judiciais na efetivação dos direitos fundamentais ..	53
5	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DECISÕES JUDICIAIS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS	56
5.1	Fundamentos da análise econômica do direito	67
5.2	Análise econômica do direito (AED) na fase contemporânea.....	76
6	PRINCÍPIOS, FERRAMENTAS E INSTITUTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	99
6.1	Princípios fundacionais da análise econômica do direito.....	99
6.1.1	Princípio da Eficiência e impacto econômico-social das decisões judiciais	100
6.1.2	Princípio da escassez e <i>trade-offs</i> : a racionalidade na alocação de recursos públicos ..	111
6.1.3	Maximização racional e incentivos.....	117
6.2	Institutos e teorias centrais da AED.....	120
6.2.1	Custos de transação.....	120
6.2.2	Assimetria informacional.....	123
6.2.3	Teoria da escolha pública (<i>public choice</i>)	125
6.2.4	Teoria dos jogos.....	127
6.2.5	Análise econômica do direito comportamental (<i>behavioral law and economics</i>).....	133
6.3	Instrumentos de aplicação da AED	136

6.3.1	Análise de custo-benefício (ACB).....	136
6.3.2	Análise de custo-efetividade (ACE)	140
6.3.3	Escolhas trágicas (<i>tragic choices</i>)	143
6.3.4	Ponderação econômica	145
6.3.5	Limitações e riscos do controle judicial do orçamento sob a ótica da análise econômica do direito (AED): implicações empíricas e fiscais	149
7	PROTOCOLO PRÁTICO PARA DECISÕES JUDICIAIS QUE INTERFEREM NO ORÇAMENTO PÚBLICO VISANDO À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COM BASE NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) E NA JURISPRUDÊNCIA DO STF	156
7.1	Racionalidade metodológica do protocolo prático orientado pela AED.....	157
7.2	Etapas de aplicação da AED às decisões judiciais com impacto orçamentário	158
7.2.1	Triagem de admissibilidade e identificação do direito fundamental	158
7.2.2	Verificação de omissão estatal qualificada ou deficiência grave	159
7.2.3	Instrução técnico-econômica mínima	159
7.2.4	Aplicação do teste de proporcionalidade com métricas de AED.....	160
7.2.5	Desenho do remédio judicial e governança da execução	160
7.2.6	Monitoramento, avaliação <i>ex post</i> e cláusulas de revisão	161
7.3	Exemplos de aplicação do protocolo em decisões judiciais cotidianas.....	161
7.3.1	Fornecimento de medicamento de alto custo não incorporado ao SUS	161
7.3.2	Ampliação de vagas em creche municipal.....	163
7.4	Avaliação das consequências na prática jurídica e importância da AED nas decisões.....	165
8	Considerações Finais	167
	REFERÊNCIAS.....	172
	APÊNDICE A - PROTOCOLO PRÁTICO ORIENTADOR	193
	APÊNDICE B - FONTES PRIMÁRIAS (JURISPRUDÊNCIA)	200

1 INTRODUÇÃO

A efetivação dos direitos fundamentais sociais permanece um desafio estrutural do Estado brasileiro, sobretudo em contextos de escassez orçamentária, assimetria de informações e falhas de coordenação interinstitucional. A Constituição de 1988 positivou amplo rol de direitos e consolidou a centralidade da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, estabelecendo deveres prestacionais em saúde, educação, assistência social e outras esferas. Nessa estrutura, o orçamento público deixa de ser mero instrumento técnico de previsão de receitas e despesas e assume a função de mecanismo de concretização de direitos humanos, pois materializa escolhas distributivas, prioridades e limites da ação estatal.

A expansão da judicialização em políticas públicas, notadamente em saúde, educação e assistência social, evidencia que omissões administrativas, prioridades incompatíveis com o núcleo essencial dos direitos e déficits de governança orçamentária podem produzir lesões a situações jurídicas fundamentais. Diante disso, emerge o problema de pesquisa: em que medida e como o Poder Judiciário pode intervir nas escolhas orçamentárias para assegurar direitos fundamentais sociais sem desorganizar a gestão fiscal e sem romper a separação de poderes, preservando racionalidade econômica e justiça distributiva?

Para enfrentar o problema, esta dissertação adota como referencial a Análise Econômica do Direito (AED), valendo-se de critérios como eficiência alocativa, custo-benefício, custo-efetividade, análise de impacto, externalidades e equidade. A AED é aqui empregada não como substituto da normatividade constitucional e dos parâmetros de direitos humanos, mas como ferramenta complementar para qualificar a fundamentação judicial e o desenho de remédios estruturais, de modo a maximizar resultados em termos de proteção do mínimo existencial, com sustentabilidade fiscal e igual respeito aos titulares de direitos.

A relevância da pesquisa decorre justamente da articulação entre jurisdição, orçamento e direitos humanos. Decisões judiciais que ordenam prestações, modulam prioridades ou impõem governança de políticas públicas impactam a distribuição de oportunidades e de riscos entre grupos sociais. Incorporar, de forma explícita, a proteção de direitos humanos, igualdade, não discriminação, participação social, transparência e *accountability*, permite vincular a intervenção judicial a parâmetros de legitimidade democrática, reduzindo arbitrariedades e mitigando efeitos regressivos sobre populações vulneráveis.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a viabilidade jurídico-prática da intervenção judicial no orçamento público para a efetivação de direitos fundamentais sociais, à luz da AED e de parâmetros de direitos humanos.

Os objetivos específicos são: a) mapear fundamentos constitucionais e infraconstitucionais do controle judicial do orçamento; delimitar limites e possibilidades dessa atuação (separação de poderes, reserva do possível, mínimo existencial e escassez de recursos); b) avaliar impactos econômico-sociais de decisões judiciais com base em eficiência e equidade; identificar decisões e tendências do STF e tribunais superiores pertinentes ao tema; c) propor um Protocolo Prático para decisões judiciais com impacto orçamentário orientado pela Constituição, pela jurisprudência constitucional e pela Análise Econômica do Direito (AED).

A hipótese de trabalho a guiar a presente pesquisa é: a intervenção judicial é legítima e necessária quando há omissões relevantes ou escolhas administrativas incompatíveis com o núcleo essencial dos direitos sociais, desde que calibrada por critérios normativos (direitos humanos) e técnico-econômicos (AED), com preferência por ordens finalísticas acompanhadas de planos administrativos e mecanismos de monitoramento por indicadores. Para testar a hipótese, serão consideradas como variável dependente a legitimidade e efetividade da intervenção judicial em políticas públicas com impacto orçamentário, mensurada pela proteção do mínimo existencial, cumprimento das decisões e ausência de desorganização fiscal relevante. O que explica essa intervenção (variáveis independentes) são a omissão estatal, com risco ao mínimo existencial, custo de oportunidade e restrição fiscal, custo-benefício das medidas determinadas e participação, transparência e governança na execução.

A Análise Econômica do Direito será aplicada em quatro dimensões: a) eficiência alocativa (uso de recursos escassos para maximizar proteção de direitos; b) custo-efetividade (priorização de soluções com melhor razão resultado/dispêndio e escalonamento temporal); c) análise de impacto e riscos (efeitos distributivos e sustentabilidade fiscal); d) incentivos e governança (remédios estruturais com metas e monitoramento). Essas métricas dialogam com o teste de proporcionalidade (adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito), servindo de base para preferir ordens finalísticas acompanhadas de planos administrativos. O alcance empírico abrange decisões do STF, STJ e tribunais estaduais entre 2020 e 2025, com foco em saúde, educação e assistência social, a partir de amostragem teórica orientada por relevância orçamentária e potencial de generalização.

Marco teórico e normativo. No plano teórico, a pesquisa articula neoconstitucionalismo e pós-positivismo (força normativa da Constituição e proteção do mínimo existencial), integrando instrumentos da AED. No plano normativo, considera os arts. 2º, 5º, 6º e 165-169 da CF/88, bem como a jurisprudência constitucional recente, a exemplo do Tema 698 (RE 684.612, STF), que privilegia remédios estruturais orientados a resultados e exige planejamento administrativo para sua execução, além de diretrizes de responsabilidade fiscal e de participação social em políticas públicas.

Para a realização da metodologia de pesquisa, adota-se abordagem qualitativa e método bibliográfico-documental, com: a) análise de doutrina e produção acadêmica sobre controle judicial de políticas públicas e AED; b) exame de textos constitucionais e infraconstitucionais; c) levantamento e análise de decisões do STF, STJ entre 2012 e 2025; e d) aplicação de critérios de eficiência, custo-benefício, custo-efetividade e equidade para avaliar impactos. Limitações incluem dependência de fontes secundárias, heterogeneidade jurisprudencial e dificuldade de mensuração contrafactual.

Delimitações, no plano material, investigam-se intervenções judiciais em escolhas orçamentárias para efetivação de direitos sociais (com foco em saúde, educação e assistência social). No plano espacial, a análise se concentra na ordem jurídica brasileira, com ênfase na jurisdição constitucional do STF e diálogo com tribunais superiores e cortes locais. No plano temporal, privilegiam-se decisões 2012-2025, período marcado por tensões fiscais e reconfigurações jurisprudenciais.

A amostra jurisprudencial compreende decisões da jurisprudência constitucional (STF), predominantemente, e STJ, proferidas entre 2012 e 2025, nos eixos de saúde, educação e assistência social e de AED. A seleção seguiu critérios explícitos: a) impacto orçamentário direto ou potencial; b) pertinência com intervenção judicial em escolhas de gasto ou gestão fiscal; c) disponibilidade de inteiro teor; d) relevância temática (incluindo assuntos com repercussão geral e casos paradigmáticos); e) potencial de generalização dos fundamentos para o protocolo proposto. Foram excluídos julgados sem interface orçamentária, meramente processuais ou sem fundamentação apta à análise pelos critérios de AED. A amostra final totalizou 11 acórdãos, sendo 09 do STF e 02 do STJ.

As fontes primárias examinadas incluem Recursos Extraordinários e Temas de repercussão geral (por exemplo, RE 684.612 — Tema 698; RE 566.471 — Tema 6), Ações Diretas de Inconstitucionalidade (p.ex., ADI 6.357; ADI 4.049-MC) e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (por exemplo, ADPF 347; ADPF 45; ADPF 828),

os quais estão relacionados no (Apêndice B) a listagem completa dos processos com tribunal, número, relatoria e link oficial.

Os casos foram avaliados por Matriz de Análise Econômica do Direito (AED) acoplada ao teste de proporcionalidade, especialmente: a) adequação (evidência de que a medida aumenta a entrega do direito); b) necessidade (existência de alternativa de igual eficácia com menor ônus fiscal); c) proporcionalidade em sentido estrito (benefício líquido > custo fiscal e sem agravar iniquidades). Em paralelo, aplicaram-se métricas de AED: eficiência alocativa, análise custo-benefício, custo-efetividade, impactos (inclusive externalidades), equidade distributiva, incentivos e governança/execução.

Nesse contexto, a pesquisa está estruturada da seguinte forma: após esta introdução, o Capítulo 2 examina a atividade financeira do Estado e os mecanismos de fiscalização e controle do orçamento; o Capítulo 3 analisa a relação entre orçamento e direitos fundamentais sociais (separação de poderes, reserva do possível e mínimo existencial) sob a lente dos direitos humanos; o Capítulo 4 trata de parâmetros constitucionais e limites da intervenção judicial, incluindo a força vinculante das decisões; o Capítulo 5 apresenta fundamentos e instrumentos da AED para decisões com impacto orçamentário; o Capítulo 6 exibe os princípios fundamentais e institutos da análise econômica do direito e trazendo como foco a teoria dos jogos de Neumann e Morgenstern, como estratégia nas tomadas de decisões do jurista; o Capítulo 7 oferece um Protocolo Prático para decisões judiciais que interfiram no orçamento (diagnóstico da omissão, diálogo institucional, instrução técnico-econômica, priorização custo-efetiva, cronograma e governança, e monitoramento por indicadores), cujo produto encontra-se no (Apêndice A) e por fim, seguem as Conclusões.

Os resultados esperados na pesquisa, em síntese: a) critérios de legitimidade para a atuação judicial em matéria orçamentária, combinando parâmetros de direitos humanos (igualdade, não discriminação, participação, transparência e proteção do mínimo existencial) com métricas de AED (eficiência, custo-efetividade e análise de impacto); b) preferência por remédios estruturais: formulação de ordens finalísticas com exigência de planos administrativos, metas, indicadores e governança colaborativa, evitando microgestão judicial; c) matriz de riscos e salvaguardas fiscais: diretrizes para escalonamento e priorização custo-efetiva que reduzam efeitos desorganizadores, previnam o “apagão das canetas” e preservem sustentabilidade fiscal; d) protocolo Prático replicável para decisões judiciais que impactem o orçamento, com checklist operacional (admissibilidade, instrução técnico-orçamentária mínima, teste de proporcionalidade com métricas de AED, desenho do remédio, monitoramento e cláusulas de revisão); e) contribuição metodológica: roteiro que qualifica a

fundamentação e a execução de decisões judiciais em políticas públicas, promovendo maior segurança jurídica, racionalidade alocativa e justiça distributiva na efetivação dos direitos sociais.

2 ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO E CONTROLE JUDICIAL

A atividade financeira do Estado consiste na prática de atos administrativos destinados à obtenção de recursos para custear as despesas públicas e viabilizar a oferta de bens e serviços voltados à satisfação das necessidades coletivas e ao bem-estar social. Para que se assegurem políticas de educação, saúde, assistência social, segurança pública, cultura e outras, bem como o funcionamento da máquina estatal, pagamento de servidores, manutenção de equipamentos e investimentos em infraestrutura, faz-se imprescindível um planejamento adequado de arrecadação, por meio de impostos, taxas, contribuições e operações de crédito.

Cumpre lembrar que a prestação desses serviços essenciais configura poder-dever. União, Estados, Distrito Federal e Municípios não dispõem de margem de escolha quanto à sua oferta, pois se trata de obrigação jurídica voltada à concretização de direitos fundamentais.

Para alcançar tais objetivos, o Estado desenvolve a atividade financeira em duas frentes indissociáveis:

- a) a obtenção de receitas públicas, principalmente pela arrecadação de tributos;
- b) a captação de créditos, por meio de empréstimos junto a instituições financeiras ou da emissão de títulos, que compõem a dívida pública.

A essas etapas soma-se o gerenciamento e o planejamento da aplicação dos recursos arrecadados, materializados no orçamento público, a fim de realizar as despesas necessárias à prestação dos serviços essenciais.

Essa gestão deve observar rigor técnico e conformidade com os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, eficiência e economicidade, assegurando que os recursos sejam aplicados com transparência e efetividade, sempre orientados à promoção do bem-estar coletivo e à concretização dos direitos fundamentais.

No plano constitucional, a Constituição Federal estabelece, em seus arts. 145 e seguintes, as diretrizes gerais de tributação e orçamento, delineando o sistema tributário nacional. Define limites ao poder de tributar, reparte competências entre os entes federativos e fixa normas gerais de finanças e orçamentos públicos (Brasil, 2025a, art. 145).

Por fim, ressalta-se que, no exercício de sua atividade financeira, o Estado se vale de métodos, princípios e processos por meio dos quais os governos federal, estaduais, distrital e municipais desempenham funções alocativas, distributivas e estabilizadoras. Tais funções decorrem da necessidade de suprir falhas e insuficiências do mercado na provisão de bens e serviços essenciais ao bem-estar da sociedade, complementando a atuação do setor privado.

Conforme Gadelha (2017), as funções clássicas do Estado podem ser sintetizadas nos seguintes termos:

- a) **função alocativa**: o governo provê bens e serviços que o mercado não oferta de modo adequado. Em outras palavras, aloca recursos em situações em que as condições de mercado impedem a formação eficiente de preços. Busca-se, assim, maior eficiência no uso dos recursos disponíveis, distribuindo-os entre os setores público e privado e ofertando bens e serviços públicos, como rodovias, segurança, educação, assistência social e saúde, à população;
- b) **função distributiva**: o governo promove a redistribuição de renda e riqueza, com vistas à redução das desigualdades. Entre os mecanismos empregados, destacam-se a afetação de parcela da arrecadação tributária ao financiamento de serviços públicos (saúde, assistência social, entre outros) e o desenho de políticas de gasto. O sistema tributário e a política fiscal constituem, nesse âmbito, instrumentos centrais;
- c) **função estabilizadora**: o governo utiliza políticas econômicas para favorecer o pleno emprego, o desenvolvimento econômico e a estabilidade macroeconômica, suprindo a incapacidade do mercado de alcançar tais objetivos de forma autônoma.

As finanças públicas, essenciais ao funcionamento do Estado, não apenas asseguram a manutenção da administração e dos serviços públicos, como também influenciam de maneira decisiva a dinâmica econômica, contribuindo para a correção de desequilíbrios e para a promoção do bem-estar social. No âmbito das competências em matéria financeira, observa-se que a Fazenda Pública não se limita à mera distribuição de recursos entre entes e instituições. Além da alocação de recursos e da redistribuição de renda, incumbe-lhe implementar e executar políticas voltadas à estabilidade de preços, à busca do pleno emprego e ao desenvolvimento econômico.

As decisões relativas à administração e à aplicação dos recursos públicos emanam de autoridade política, mas submetem-se a rigorosa fiscalização, controles internos da administração, órgãos de controle externo e controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Cumpre notar que a atividade financeira do Estado é vinculada e multifacetada. Em sua dimensão econômica, lida com recursos materiais escassos e de uso alternativo, extraídos da sociedade e destinados a áreas previamente definidas. Em sua dimensão político-sociológica, reflete escolhas formuladas pelos governantes que orientam a vida coletiva. Sob o prisma jurídico, deve observar forma e finalidade legalmente estabelecidas. Do ponto de vista ético, orienta-se pela justa distribuição de recursos entre necessidades concorrentes. Por

fim, sob a ótica contábil, requer o registro e a classificação adequados das operações, de modo a assegurar transparência e clareza na demonstração dos resultados.

Desse modo, a atividade financeira estatal se desenvolve sob múltiplas condicionantes e encontra limites no exercício do poder de governar. Rege-se, ademais, pelos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, porquanto concerne a toda a sociedade.

Di Pietro (2007, p. 34) assevera que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado “exige da Administração comportamentos que atendam às necessidades emergentes da vida em comunidade, e não aos interesses dos entes que exercem a função administrativa”.

Trata-se de um dos fundamentos do Direito Público moderno. Bandeira de Mello (2010, p. 55) identifica-o como pilar do regime jurídico-administrativo, ao lado do princípio da indisponibilidade do interesse público, qualificando-o como uma de suas “pedras de toque”.

Nessa linha, Silva (2020, p. 47) sustenta que “o regime jurídico-administrativo, para além de ser fundado nos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público pelo Administrador, é composto por uma série de prerrogativas conferidas à Administração, bem como de sujeições que lhe são impostas pela lei”.

As normas de Direito Público têm por fundamento o atendimento ao interesse público, orientando-se ao benefício coletivo e impondo à Administração atuação estritamente conforme a legalidade.

Em síntese, o princípio da supremacia do interesse público estabelece que, em situações de conflito, devem prevalecer os interesses coletivos sobre os individuais, de modo a assegurar que a atuação estatal se direcione ao bem comum e à realização dos objetivos sociais.

A supremacia do interesse público confere à Administração Pública prerrogativas indisponíveis aos particulares, permitindo, por exemplo, a intervenção em atividades privadas e no domínio econômico, bem como a desapropriação de bens, sempre orientadas ao bem-estar coletivo. Em contrapartida, impõe limites estritos à atuação estatal, exigindo que seus atos se pautem pela legalidade, moralidade, proporcionalidade e razoabilidade. Nesse contexto, incumbe ao Poder Judiciário intervir nas políticas públicas quando se verificarem violações a tais princípios.

Bandeira de Mello (2010) sustenta que o princípio é inerente a qualquer sociedade organizada, constituindo “a própria condição de sua existência”. Silva (2020) acrescenta que o

regime jurídico-administrativo se compõe tanto de prerrogativas conferidas à Administração quanto de sujeições impostas pela lei.

Registre-se, contudo, a existência de divergências doutrinárias quanto à sua aplicação, com posições que defendem a flexibilização do princípio. Alguns autores questionam sua validade no Estado Democrático de Direito, argumentando que pode servir de pretexto para arbitrariedades. Franco, em sua tese *A Flexibilização do Princípio da Supremacia do Interesse Público Diante da Democracia Participativa*, analisa como a evolução democrática influenciou a interpretação do instituto e afirma que

[...] a evolução do Estado Democrático e a influência da Democracia Participativa produziram a flexibilização do Princípio da Supremacia do Interesse Público, porém, sem desconstruir sua validade, importância e, em especial, sua principal característica, a preponderância sobre os interesses privados. Após um breve histórico do instituto e de ressaltar suas principais características para a doutrina brasileira, entre as quais a de ser reconhecido como princípio basilar do Direito Administrativo, informamos que o instituto foi contestado por parte da doutrina que passou a considerá-lo incompatível com a atual proteção dada pela Constituição aos direitos e garantias individuais. Reportamos que a doutrina clássica reagiu fortemente a este pensamento, reafirmando a importância e a validade do princípio. Também procuramos demonstrar, entre outros pontos, como o instituto se modernizou, tornando-se compatível com o Estado pós-moderno por meio da exigência de legitimação dos atos da Administração, sem deixar de ser prevalente, especialmente nos casos relativos à formação de políticas públicas e nos atos de grande impacto na vida dos cidadãos. Por fim, procuramos demonstrar a importância do processo como mecanismo eficaz para apuração da vontade do cidadão (Franco, 2018, p. 9).

Não obstante as críticas, permanece amplamente reconhecido que o princípio da supremacia do interesse público constitui fundamento essencial do Direito Público, orientando a atuação estatal em prol do bem comum.

Como consectário lógico, destaca-se o princípio da indisponibilidade do interesse público. A respeito, Bandeira de Mello (2010, p. 76) leciona:

[...] sendo interesses qualificados como próprios da coletividade — internos ao setor público —, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe curá-los — o que é também um dever — na estrita conformidade do que predispor a *intentio legis*.

Esses princípios constituem fundamentos do regime jurídico-administrativo e impõem à Administração Pública completa submissão à lei. Tal sujeição, consubstanciada nos referidos princípios, encontra assento na Constituição Federal, em seu art. 37: “*a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]*” (Brasil, [2025a], art. 37, grifo nosso).

No que concerne ao princípio da supremacia do interesse público, Schier (2010, p. 387, grifo nosso) observa que:

a leitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado deve ser feita, então, de maneira vinculada a uma concepção de Estado Social e Democrático de Direito que tem por fim primeiro e último a concretização dos direitos fundamentais como exigência da proteção da dignidade de todos.

À luz desse paradigma, não há espaço para autoritarismos no Estado contemporâneo. Preferências pessoais ou imposições do administrador, quando dissociadas do comando legal, não se coadunam com a democracia. Na gestão dos recursos públicos, toda a atuação do responsável pelo erário é rigorosamente disciplinada por normas: qualquer ato exige prévia autorização ou amparo legal, observância dos limites estabelecidos e orientação permanente ao atendimento do interesse público, princípio elementar da função administrativa.

Por conseguinte, os interesses coletivos, representados pelo Estado, não se encontram à livre disposição dos agentes públicos. Em termos claros, gestores não são proprietários dos interesses que administram, mas seus guardiões: devem agir conforme a lei e em prol do bem comum, assegurando a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Em hipóteses de violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, às leis ou aos princípios constitucionais, o Poder Judiciário pode intervir nas políticas públicas para corrigir desvios e assegurar a conformidade das ações estatais com a ordem jurídica e o interesse coletivo. Tal intervenção, entretanto, deve ser exercida com cautela, em respeito à separação dos poderes e à discricionariedade administrativa.

A análise econômica do direito oferece instrumentos úteis para mensurar os efeitos das decisões judiciais sobre políticas públicas, permitindo avaliar, de modo mais amplo, as consequências econômicas e sociais dessas intervenções.

Nesse contexto, o orçamento público constitui o principal instrumento de gestão destinado a organizar os recursos financeiros do ente estatal. Com fundamento na Constituição Federal e disciplinado por legislação específica, orienta a alocação de receitas e a realização de despesas, viabilizando a execução das políticas públicas e o atendimento das necessidades coletivas.

2.1 Orçamento público: natureza jurídica e dimensões

O orçamento público surgiu, na Inglaterra do século XIX, da necessidade de disciplinar as finanças estatais, permitindo o controle das movimentações financeiras e o equilíbrio das contas públicas. Como visto, a atividade financeira do Estado é influenciada por

fenômenos econômicos, políticos, jurídicos, contábeis, financeiros e administrativos. Nesse cenário, o orçamento se apresenta como documento público que reflete tais condicionantes em sua elaboração e execução (Gadelha, 2017, p. 9).

Conforme o Manual Orçamento Público, da ENAP (2013, p. 8), o orçamento é:

instrumento de gestão de maior relevância e provavelmente o mais antigo da administração pública. É um instrumento que os governos utilizam para organizar seus recursos financeiros. Partindo da intenção inicial de controle, o orçamento público tem evoluído e incorporado novas instrumentalidades.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 já contemplava dispositivos de controle financeiro (Brasil, 1824). Contudo, foi com a Constituição de 1988 que o orçamento ganhou centralidade como instrumento integrador do planejamento governamental (Brasil, [2025a]).

De natureza legal e fundamento constitucional, o orçamento encontra-se consubstanciado nos arts. 165 a 169 da Constituição Federal. É utilizado pelo Poder Executivo nas três esferas federativas (União, Estados e Distrito Federal, e Municípios) para planejar a aplicação dos recursos provenientes de tributos e de outras fontes de arrecadação (Brasil, [2025a]).

Além de orientar a distribuição de recursos entre as áreas de atuação estatal, o orçamento estima receitas e fixa despesas, funcionando como garantia de que a Administração não gaste além do que arrecada. Por sua transparência, permite ao cidadão identificar prioridades de gastos e investimentos em determinado período. Em razão dessa característica, a execução de despesas depende de prévia previsão ou incorporação no orçamento.

A Lei de Responsabilidade Fiscal representou avanço significativo ao fixar limites e condições para a gestão fiscal responsável, impondo aos gestores deveres de transparência e prestação de contas. Nesse quadro, o orçamento público opera como mecanismo de equilíbrio das contas, assegurando compatibilidade entre gastos e receitas, prevenindo desequilíbrios fiscais e endividamento excessivo e, ainda, orientando a destinação de recursos à implementação concreta de políticas públicas alinhadas ao bem comum e à efetivação dos direitos sociais fundamentais (Brasil, [2025b]).

Cumpre salientar que o orçamento é instrumento de garantia e concretização de direitos sociais. A vinculação de receitas a áreas como saúde, educação, segurança pública e assistência social mostra-se essencial à promoção da justiça social, constituindo pilar indispensável à manutenção do Estado Democrático de Direito.

É relevante afirmar que o orçamento público é instrumento de garantia e concretização dos direitos sociais. A vinculação de receitas a áreas como saúde, educação, segurança

pública e assistência social mostra-se essencial à promoção da justiça social, constituindo pilar indispensável do Estado Democrático de Direito.

Quanto à importância do orçamento no Estado moderno, Torres (2014, p. 342) leciona:

em termos políticos, a evolução histórica do orçamento público é digna de todos os êxitos da luta da sociedade pela democracia e pelo controle dos poderes do Estado em matéria financeira. No Estado Constitucional, que surge a partir do final do século XIX, o orçamento ganha notável importância, não só porque sua formação coincide com a expansão das necessidades financeiras do Estado, mas também porque serviria para assegurar o controle legislativo sobre a Administração. Isso ocorre porque, no orçamento, convergem as mais importantes instituições do Estado e da Constituição, na sua permanente relação com a sociedade, quanto ao financiamento do Estado e à atuação na economia. Com o orçamento público, os povos conquistaram o direito de dominar as finanças do Estado e, ao mesmo tempo, o de controlar as escolhas democráticas, ante as preferências reveladas no processo eleitoral, no que concerne à realização contínua dos fins do Estado, à efetividade dos direitos e à apuração do cumprimento dos programas dos governantes eleitos pelo voto popular.

Nesse marco, no Estado Constitucional democrático, incumbe ao agente público incluir, na peça orçamentária, os recursos necessários à concretização dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição. O orçamento, portanto, mantém estreita relação com a tutela desses direitos, devendo prever, de modo claro, as dotações voltadas à sua efetivação.

Ressalte-se, ademais, que o núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais, protegido como cláusula pétreia, não pode ser suprimido. Para viabilizá-los, impõe-se a devida provisão orçamentária. Considerando que tais recursos provêm da atividade econômica dos cidadãos, recai sobre o gestor o dever-poder de revertê-los, com responsabilidade, para a efetivação desses mesmos direitos. Essa reversão há de ocorrer mediante gestão eficiente e transparente, orientada ao bem-estar social e à redução das desigualdades. A omissão do administrador, seja por inércia, seja por desvio de finalidade, compromete a realização dos direitos fundamentais e pode ensejar a atuação do Poder Judiciário.

Os direitos fundamentais constituem cláusulas pétreas e, portanto, não podem ser suprimidos na Constituição Federal. Para viabilizá-los, impõe-se ao Estado a devida provisão orçamentária. Como tais recursos provêm da atividade econômica dos cidadãos, recai sobre o gestor público o dever-poder de destiná-los, com responsabilidade, à efetivação desses direitos. Essa reversão deve ocorrer mediante gestão eficiente e transparente, orientada à promoção do bem-estar social e à redução das desigualdades. A omissão do administrador, por inércia ou desvio de finalidade, compromete a realização dos direitos fundamentais e pode ensejar a intervenção do Poder Judiciário.

Nessas hipóteses, compete ao Judiciário, quando provocado, corrigir distorções decorrentes de omissões ou desvios na gestão orçamentária que inviabilizem a concretização de direitos fundamentais. Tal atuação não configura usurpação de competências, mas garantia da observância da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais e econômicos, em harmonia com o princípio da separação dos poderes.

A análise econômica do direito oferece instrumentos para qualificar essa atuação jurisdicional. Ao determinar readequações no orçamento, o Judiciário deve ponderar os impactos econômicos e sociais de suas decisões, buscando a melhor alocação possível dos recursos disponíveis e o maior benefício coletivo. Essa orientação encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a legitimidade da intervenção judicial em casos de omissão estatal na efetivação de direitos fundamentais.

Desse modo, assegura-se que o orçamento público cumpra sua finalidade primordial, proteger a dignidade humana e promover a justiça social.

O orçamento no Estado brasileiro, em seus três níveis federativos, encontra fundamento nos arts. 165 a 169 da Constituição Federal (Brasil, [2025a]). O sistema orçamentário compõe-se de três instrumentos essenciais: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). O PPA, com vigência quadrienal, fixa diretrizes, objetivos e metas para as despesas de capital e para programas de duração continuada, estruturando o planejamento de médio prazo. A LDO, editada anualmente, detalha metas e prioridades para o exercício subsequente e orienta a elaboração da LOA. Com base nos parâmetros definidos pela LDO e na programação do PPA, a LOA estima as receitas e fixa as despesas de toda a Administração Pública para o ano seguinte (Lima *et al.*, 2020).

A elaboração orçamentária observa rito próprio, em razão de sua periodicidade anual, e desenvolve-se em duas fases. Na fase administrativa, de iniciativa do Poder Executivo, procede-se à consolidação da proposta, resguardadas a autonomia financeira e a independência de órgãos e Poderes, como o Judiciário, o Ministério Público e os Tribunais de Contas, que encaminham suas peças para integração. Na fase legislativa, a proposta é submetida ao Poder Legislativo para apreciação, ocasião em que se admite a apresentação de emendas parlamentares, nos termos constitucionais e legais aplicáveis.

Quanto à segunda fase da lei orçamentária, Conti (2020, p. 70) observa:

o orçamento, lei como é, deveria ter ampla participação do Poder Legislativo, onde a voz da população estaria presente de forma mais efetiva. Mas a legislação, com a rigidez das despesas públicas e a prática do processo orçamentário, reservou verdadeiras ‘migalhas’ ao Parlamento. Impedido de dispor sobre despesas de pessoal, serviço da dívida e transferências constitucionais, conforme dispõe o art.

166, § 3º, da CF, já não lhe sobra muita coisa. Mas a prática consolidada de se instituir a chamada ‘cota parlamentar’, que reservou nunca mais de 1% do orçamento para que os parlamentares possam fazer emendas, hoje foi constitucionalizada pela chamada ‘emenda do orçamento impositivo’ (EC 86/2015), que fixou um ‘teto’ de 1,2% da RCL (receita corrente líquida), dando a verdadeira dimensão da participação do Poder Legislativo na elaboração da peça orçamentária, que é praticamente 1% do orçamento, montante que subiu em razão das outras emendas constitucionais que se seguiram e voltaram a regular o tema (EC 100, 102 e 105). Os outros aproximados 99% ficam a cargo do Poder Executivo. Essa participação, somada ao mínimo comparecimento que se observa nas audiências públicas obrigatórias que são realizadas para aprovar as leis orçamentárias, mostra o elevadíssimo déficit democrático que hoje existe na elaboração da lei orçamentária.

Aprovado o projeto pelo Poder Legislativo, o orçamento segue para a execução, a cargo do Poder Executivo, fase em que as políticas públicas se concretizam e atendem às necessidades coletivas.

Nogami e Passos (2008) identificam três dimensões relevantes do orçamento no Brasil:

- a) **dimensão jurídica:** o orçamento tem força de lei, estabelecendo limites à arrecadação e à despesa e vinculando a atuação dos agentes públicos. Sua elaboração observa as formalidades do processo legislativo, discussão, emendas, votação no Congresso Nacional e posterior sanção presidencial;
- b) **dimensão econômica:** constitui o principal instrumento por meio do qual o governo extrai recursos da sociedade e os aplica em áreas previamente definidas. Diante da escassez de recursos, impõe-se a busca de alocação eficiente, sujeita a variáveis como inflação, dívida pública, nível de emprego, taxas de juros e desempenho do PIB;
- c) **dimensão política:** resulta de escolhas efetuadas pelos agentes públicos dentro dos parâmetros constitucionais e legais. Em caso de conflitos de interesse, a decisão orçamentária cabe aos atores políticos e eventuais ilegalidades podem ser submetidas ao Poder Judiciário para reparação de lesões a direitos.

Além das diretrizes e limites constitucionais aplicáveis ao orçamento público, os agentes responsáveis por sua elaboração e execução devem observar a Lei Complementar nº 101/2000 (Brasil, [2025b]). Essa norma estabelece princípios de finanças públicas voltados à responsabilidade na gestão fiscal e impõe, entre outros, limites de despesa com pessoal para os entes federados, restrições a gastos no final de mandato e tetos de endividamento. Adicionalmente, a gestão fiscal submete-se a outras regras do ordenamento jurídico que a regulam e delimitam.

A natureza jurídica do orçamento permanece tema de controvérsia no âmbito do Direito. No sistema brasileiro, o orçamento deve ser instituído por lei de iniciativa do Poder Executivo, nos termos do art. 165 da Constituição Federal: “Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais” (Brasil, [2025a], art. 165).

A divergência central reside em saber se o orçamento configura lei em sentido material, dotada de conteúdo normativo e eficácia inovadora, ou se ostenta caráter predominantemente formal, com alcance sobretudo administrativo.

Torres (2008, p. 94-95) assinala que o

problema que há mais de um século preocupa a ciência jurídica é o da natureza do orçamento. Cumpre determinar se é uma lei material, com conteúdo de regra de direito e eficácia inovadora, ou se é mero ato administrativo, que só do ponto de vista formal reveste as características da lei. Antes, porém, torna-se necessário averiguar se a questão da natureza do orçamento tem importância prática. Alguns autores entendem-na como um problema aparente ou falso. [...] Parece-nos que, apesar dos desencontros, o problema da natureza do orçamento continua relevante, eis que dele dependem outras questões: a da obrigatoriedade de o Executivo realizar as despesas previstas; a da criação de direitos subjetivos para terceiros; a da revogação das leis financeiras materiais.

O debate permanece central para a compreensão da essência do orçamento público. Consoante o enquadramento adotado, seja como documento que vincula a Administração na execução, impondo limites à flexibilização orçamentária, seja como instrumento que apenas autoriza a aplicação de recursos, as consequências práticas divergem sensivelmente. Se considerado lei em sentido material e formal, o orçamento torna-se impositivo, exigindo cumprimento fiel pela Administração. Se visto apenas como lei formal, de conteúdo predominantemente administrativo, não haveria obrigação jurídica de implementá-lo integralmente.

Embora parte da doutrina brasileira sustente a natureza estritamente formal do orçamento, as concepções contemporâneas, sobretudo à luz da incorporação de direitos subjetivos e fundamentais, têm ampliado sua relevância normativa. De seu turno, a Suprema Corte admite a submissão plena das normas orçamentárias ao controle de constitucionalidade, o que reforça sua densidade jurídica e afasta a ideia de mero ato administrativo.

Esse posicionamento foi reafirmado na decisão proferida na ADI 4.049-MC:

[...] em se tratando de lei orçamentária, avulta um traço peculiar: abaixo da Constituição não há lei mais importante para a Administração Pública, porque o orçamento anual é o diploma legal que mais influência no destino de toda a coletividade administrada, na medida em que fixa todas as despesas e prevê todas as receitas públicas para um determinado exercício financeiro. De onde se chamar a lei orçamentária de lei de meios. Deixá-la de fora do controle de constitucionalidade em processos objetivos parece um dar às costas ao reconhecimento de uma relevância que é tão intrínseca quanto superlativa. Lei orçamentária que, formalmente, é de

natureza ordinária, não se nega. Materialmente, porém, é a lei que mais se aproxima da Constituição na decisiva influência que projeta sobre toda a máquina estatal administrativa e, por isso mesmo, na qualidade de vida de toda a sociedade civil (Brasil, 2009c, [não paginado]).

O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores pacificaram o entendimento acerca da possibilidade de judicialização de políticas públicas, ainda que não contempladas na lei orçamentária. Tal posição reforça que o arbítrio estatal não pode prevalecer sobre direitos e garantias fundamentais, consolidando a compreensão de que o orçamento ostenta natureza jurídica material e formal. Diante das demandas sociais, a aplicação das finanças públicas deve observar que a discricionariedade do administrador se limita a aspectos políticos dos gastos; quando em jogo direitos fundamentais, impõe-se caráter impositivo ao orçamento, a fim de assegurar sua efetividade.

No ordenamento brasileiro, a aprovação do orçamento por lei em sentido formal confere ao Poder Executivo a competência para executar obrigações jurídicas. Esse conjunto de deveres, positivado na peça orçamentária, atribui-lhe o status de lei em sentido material, ainda que especial, com regras cogentes e imperativas. O fato de também consistir em autorização legislativa para a execução do planejamento financeiro não afasta seu caráter impositivo, antes o reafirma: o orçamento é lei não apenas na forma, mas igualmente no conteúdo normativo que disciplina a atuação estatal.

Faria (2009, p. 272), em sua dissertação *Natureza Jurídica do Orçamento e Flexibilidade Orçamentária*, conclui que:

os objetivos e metas da Lei de Orçamento são obrigatórios, vinculando a Administração Pública ao seu alcance. Para a necessária mensuração dos resultados apresentados pelo Governo à frente da execução dos programas e do grau de cumprimento dos objetivos e metas, há que se considerar os resultados visados, enquanto indicações de direção e sentido, e, de forma mais imediata e concreta, os produtos e metas físicas obtidos na execução orçamentária.

Prossegue o autor afirmando que:

em nosso sistema orçamentário, são as obrigações a serem criadas pelo Estado que devem encontrar amparo na Lei de Orçamento, sem o que nascem irregulares e viciadas; ademais, o pagamento de despesas sem previsão orçamentária não poderá ser realizado, nos termos previstos pelo art. 167, II, da Constituição Federal (Faria, 2009, p. 230).

Quanto aos mandamentos constitucionais relacionadas a direitos fundamentais sociais, se constatada a omissão do Poder Público em incluir no orçamento a previsão de gastos para a efetivação de tais direitos, é possível correções para as reparações das lesões a direitos fundamentais, motivo pelo qual é reservado ao Poder Judiciário, mediante provocação, a interferência no orçamento para a reparação de graves lesões a direitos fundamentais diante do administrador omisso.

2.2 Execução orçamentária e seus desafios

Na execução do orçamento público, as escolhas orçamentárias realizadas pelo agente público ficam vinculadas aos preceitos constitucionais e legais, bem como às leis complementares, ordinárias e tributárias que estabelecem limites, direitos e obrigações de cunho fiscal. A execução do orçamento está subordinada ao princípio da legalidade, já que nenhuma despesa pública pode ser realizada sem que esteja prevista em lei. Além disso, as despesas devem ser contabilizadas de forma que facilitem a consulta para análise e fiscalização.

O agente político, ao planejar a execução do orçamento, deve atuar dentro dos limites traçados pela legislação, considerando a vinculação aos direitos fundamentais e as diretrizes fixadas na lei orçamentária. Suas escolhas são balizadas não apenas pela discricionariedade administrativa, mas também pelos princípios da eficácia e eficiência, que exigem a utilização dos recursos de maneira racional e transparente para atender às necessidades da população.

Nesse contexto, a discricionariedade do agente político encontra limites na obrigação de alocar recursos para áreas prioritárias — saúde, educação e seguridade social —, conforme a Constituição Federal. Ademais, é vedada a realização de despesas não previstas na lei orçamentária, sob pena de irregularidade e responsabilização.

Borges (2014, p. 30) ensina que:

pode-se afirmar que a execução orçamentária presume um conjunto amplo e heterogêneo de operações de ordem administrativa e financeira que visam à realização de programas cujas despesas foram previstas no orçamento. Vislumbrando-se que o orçamento tem como característica a composição por duas partes distintas, quais sejam a receita e a despesa, admite-se a análise da execução orçamentária a partir de similar padrão, do qual se depreende a divisão entre operações de execução da receita e operações de execução da despesa. Por um lado, possuem incisiva importância as operações destinadas à arrecadação de recursos previstos como receitas orçamentárias, porquanto é por meio deles que se financiam os programas transcritos pela carta orçamentária. De outro lado partem as operações mais típicas e centrais da execução orçamentária, quais sejam as relativas à efetivação das despesas.

A programação adequada das despesas permite ao gestor atribuir competências para a execução do orçamento e para a movimentação administrativa dos recursos. Essa delegação favorece a eficiência na prestação dos serviços públicos e o equilíbrio das contas, pois o agente delegado somente pode utilizar os valores disponíveis na conta vinculada.

Cumpre destacar que a execução orçamentária é dinâmica e admite ajustes na programação à medida que ingressam as receitas, desde que respeitadas as dotações previamente fixadas.

Essa dinamicidade é essencial para atender a demandas sociais em constante evolução. A possibilidade de reprogramação — sempre em consonância com as dotações legais — é condição para a efetividade dos direitos fundamentais: ingressos extraordinários de receita ou a necessidade de reordenar prioridades podem exigir alterações no curso da execução, garantindo maior flexibilidade e resposta célere às necessidades da população.

2.3 Fiscalização e controle do orçamento público

Nos termos do artigo 70 da Constituição Federal, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta é exercida pelo Congresso Nacional, por meio do controle externo, e pelo controle interno de cada um dos Poderes (Brasil, [2025a], art. 70).

Isso implica que cada Poder deve estruturar um órgão administrativo interno, cuja atribuição consiste em planejar, executar e controlar os recursos necessários para atingir os objetivos da gestão pública. O controle interno na Administração Pública deve ser composto por servidores públicos de carreira, que possuam amplo conhecimento em gestão, administração e legislação, assegurando a eficiência e a integridade das atividades desempenhadas.

No que se refere ao controle externo, previsto nos artigos 70 a 73 da Constituição Federal, há integração entre os órgãos que compõem os Poderes. Cabe ao Tribunal de Contas fiscalizar os atos do Executivo, bem como a gestão financeira dos Poderes Judiciário e Legislativo, os quais, por sua vez, também exercem controle sobre o Tribunal de Contas (Brasil, [2025a]).

Ademais, há o controle exercido pela sociedade sobre a administração pública, previsto no artigo 74, § 2º, da Constituição Federal, denominado controle social. Segundo o referido dispositivo: “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União” (Brasil, [2025a], art. 74).

Sobre a intervenção judicial no orçamento público, nos casos em que as escolhas do agente político ou a execução do orçamento público violam os princípios constitucionais ou os direitos fundamentais, o Poder Judiciário pode intervir para corrigir tais desvios. Essa possibilidade encontra respaldo em uma interpretação constitucional que prioriza a dignidade da pessoa humana e os direitos sociais como bases do Estado Democrático de Direito, já que consoantes art. 5., inciso XXXV, da CF dispõe que: “a lei não excluirá da apreciação do

Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, [2025a], art. 5), consagrando a cláusula pétreia da inafastabilidade da jurisdição. O princípio da inafastabilidade da jurisdição, equivalente ao princípio do acesso à Justiça, garante que qualquer pessoa possa buscar a proteção do Poder Judiciário para reparar os seus direitos violados, independentemente da natureza da pretensão, respeitando, contudo, os espaços de discricionariedade do administrador público na formulação e execução de políticas públicas.

Contudo, a intervenção judicial no orçamento público, encontra limites jurídicos, econômicos, sociais. Em razão dessas limitações, o Juiz, ao preferir decisões que interferem em políticas públicas do Executivo, deve invocar também princípios das ciências econômicas e sociais para fundamentar a sua decisão.

O tema, contudo, encontra divergências na Jurisprudência, inclusive do STF, e doutrina.

Em recente decisão, O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) fixou parâmetros para nortear decisões judiciais a respeito de políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais. Ao invés de determinar medidas pontuais, a decisão deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à administração pública que apresente um plano ou os meios adequados para alcançar tal resultado (Brasil, 2023f).

O tema foi tratado no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 684.612, com repercussão geral (Tema 698), na sessão virtual encerrada em 30/6/2023 (Brasil, 2023a).

Na sobredita decisão, com divergências, prevaleceu o voto do ministro Luís Roberto Barroso, que considerou que, em situações em que a inércia administrativa impede a realização de direitos fundamentais, não há como negar ao Poder Judiciário algum grau de interferência para a implementação de políticas públicas. Nesses casos, a intervenção não viola o princípio da separação dos Poderes. No entanto, ele destacou a necessidade da construção de parâmetros para permitir essa atuação (Brasil, 2024a).

Para Barroso, a atuação judicial deve ser pautada por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador público. No caso, as providências determinadas pelo TJ-RJ não se limitam a indicar a finalidade a ser atingida. Ao contrário, interferem no mérito administrativo, ao determinar a forma de contratação de pessoal e sua lotação em hospital específico da rede municipal de saúde. A intervenção casuística do Judiciário, a seu ver, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos (Brasil, 2024a).

A fim de subsidiar decisões emanadas do Poder Judiciário que interferem no orçamento público e nas políticas públicas, especialmente voltadas à concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana, abordaremos nos tópicos seguintes os princípios da Análise Econômica do Direito, invocados em inúmeras decisões do Judiciário e argumentos dos administradores públicos e operadores do direito para subsidiar posicionamentos a favor e contra a intervenção do Judiciário no orçamento público e nas políticas públicas da administração pública.

3 ORÇAMENTO PÚBLICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A compreensão da relação entre orçamento público e direitos fundamentais sociais exige uma abordagem que vá além das normas jurídicas e penetre nas estruturas materiais e institucionais do Estado. No Estado Democrático de Direito, o orçamento público não é apenas um instrumento técnico de previsão de receitas e despesas, mas se configura como uma ferramenta essencial para a concretização das promessas constitucionais de justiça social, igualdade e dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer os direitos sociais como fundamentais, atribuiu ao Estado o dever jurídico de promover políticas públicas que garantam o seu exercício efetivo.

Contudo, a efetivação desses direitos encontra entraves práticos decorrentes da escassez de recursos, da má gestão administrativa e da priorização política de determinadas agendas em detrimento de outras. Nesse cenário, a previsão orçamentária e a sua execução são determinantes para o alcance ou não de tais direitos. É nesse ponto que a conexão entre orçamento público e direitos fundamentais se revela como espaço de tensão entre o dever de garantir direitos e os limites materiais da ação estatal, especialmente sob o manto da reserva do possível e da discricionariedade administrativa.

O desafio que se impõe, portanto, é conciliar os imperativos constitucionais de promoção dos direitos sociais com a realidade econômica e fiscal do Estado. A judicialização crescente de políticas públicas é um indicativo de que a sociedade tem buscado no Judiciário a concretização de direitos que, muitas vezes, são negligenciados pelas instâncias políticas tradicionais. Esse fenômeno amplia o debate sobre os limites e possibilidades da atuação judicial, sobretudo quando se trata de determinar alocações orçamentárias ou rever decisões administrativas com base na supremacia dos direitos fundamentais.

É nesse contexto que se desenvolvem as reflexões a seguir, nas quais se analisa o orçamento público como instrumento de implementação das políticas públicas e a sua centralidade para a efetivação dos direitos sociais, examinando-se também a atuação do Poder Judiciário e os fundamentos constitucionais que autorizam a sua intervenção nos casos de omissão estatal.

3.1 O orçamento público como instrumento das políticas públicas

Uma das premissas fundamentais extraídas da Carta Maior do Estado brasileiro é que as leis orçamentárias devem estar subordinadas aos direitos fundamentais, pois o orçamento

não pode ser uma carta em branco para o Poder Executivo, mas sim um instrumento de desenvolvimento social e econômico. Os direitos positivados na base constitucional visam à dignidade humana e devem prevalecer sobre diversas opções políticas refletidas no orçamento público.

Contudo, o tema apresenta complexidade. Nas últimas décadas, o Brasil tem presenciado uma tendência de judicialização de demandas nas áreas da saúde e educação, em que o Poder Judiciário, por meio de suas decisões, impacta significativamente as políticas públicas e econômicas. Em razão disso, surgiram soluções jurídicas diversas, como a teoria da reserva do possível, que, em síntese, preconiza a existência de limites na prestação dos direitos sociais em consonância com a capacidade financeira dos cofres públicos.

O estudo dos direitos sociais vinculados às políticas públicas evidencia a relevância do orçamento público, uma vez que é por meio dele que se equacionam as prioridades da comunidade, dentre as quais se destaca a satisfação dos direitos fundamentais sociais, como a saúde e a educação.

Janini e Celegatto (2020, p. 209), destacam que:

com o passar dos anos, foram sendo assegurados e garantidos direitos fundamentais, compreendidos como um conjunto de normas voltadas à proteção da dignidade humana. Todavia, a simples positivação dos direitos fundamentais não se mostrou suficiente, exigindo uma ação efetiva do Poder Público para assegurá-los. Por outro lado, a falta de eficiência da Administração Pública tem obstado a concretização dos direitos sociais dos cidadãos.

Com efeito, os direitos fundamentais encontram seu fundamento de validade na Constituição Federal, bem como em tratados e convenções internacionais, sendo essência do Direito Natural e normas incorporadas nas nações civilizadas. A Constituição garante esses direitos aos cidadãos, indistintamente de suas condições, assegurando-lhes, no mínimo, uma vida digna.

Marmelstein (2014, p. 17-18), conceitua direitos fundamentais da seguinte forma:

os direitos fundamentais são normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. Há cinco elementos básicos neste conceito: norma jurídica, dignidade da pessoa humana, limitação do poder, Constituição e democracia. Esses cinco elementos conjugados fornecem o conceito de direitos fundamentais. Se determinada norma jurídica tiver ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito como merecedora de uma proteção especial, é bastante provável que se esteja diante de um direito fundamental. afirmar que os direitos fundamentais são normas constitucionais significa, por exemplo, reconhecer sua supremacia formal e material, uma das características mais importantes desses direitos (princípio da supremacia dos direitos fundamentais), bem como realçar sua força normativa,

elemento essencial para a sua máxima efetivação (dimensão subjetiva e princípio da máxima efetividade).

O reconhecimento da supremacia dos direitos fundamentais, aliado à sua força normativa, reforça a necessidade de harmonização entre o orçamento público e a garantia de direitos essenciais, de modo a assegurar uma gestão financeira equilibrada que respeite os princípios do Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais estão positivados na Constituição Federal, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Dentro desse título, o artigo 5º dispõe sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, enquanto o artigo 6º trata dos direitos sociais, que englobam a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados. Dessa forma, os direitos sociais também são considerados direitos fundamentais, podendo ser denominados direitos fundamentais sociais (Brasil, [2025a]).

Alguns desses direitos sociais são também direitos públicos subjetivos, como é o caso da saúde e da educação. Como tais, geram ao cidadão o direito de exigir do Estado a prestação do bem jurídico correspondente (educação, saúde etc.), visto que constituem direitos de todos e dever do Estado. Exemplo disso está disposto nos artigos 205 e 214 da Constituição Federal no que tange ao direito à educação, bem como no artigo 196 no que se refere à saúde, ao dispor que esta é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas. O direito público subjetivo confere aos cidadãos o poder de exigir do Estado a sua prestação, caso este se omita, ou seja, ineficiente na concretização desses direitos (Brasil, [2025a]).

Importa destacar que tais direitos sociais decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, erigido como fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal (Brasil, [2025a]).

Embora se reconheçam os avanços conquistados na afirmação dos direitos fundamentais ao longo das gerações, ampliando as garantias, é fato que persiste uma lacuna entre a positivação desses direitos na Constituição e seu efetivo exercício pela população. Nesse contexto, destaca-se a atuação do Poder Judiciário como concretizador dos direitos fundamentais. É cediço que, para a plena realização desses direitos, além da legislação, faz-se necessária a implementação de políticas públicas eficientes, com a oferta adequada de bens e serviços públicos.

A Constituição Federal, em seu artigo 3º, dispõe que:

constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III -

erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Brasil, [2025a], art. 3).

O alcance desses objetivos exige do Estado, entre outras iniciativas, o suporte e a disponibilidade de recursos financeiros suficientes para a oferta de bens e serviços condizentes com as finalidades propostas pela República, nos termos do dispositivo constitucional mencionado. O orçamento público configura-se como um instrumento da ação governamental capaz de viabilizar políticas públicas tanto do ponto de vista político quanto econômico, uma vez que, por meio dele, avalia-se a disponibilidade de recursos para a formulação dessas políticas e embasa-se a decisão política.

Conforme já exposto, a nova ordem constitucional atribuiu ao Estado novas incumbências, ampliando o próprio conceito de cidadania. Assim, a Constituição de 1988 passou a ser um programa permanente para a ação pública, impregnando-a de compromissos com a justiça, a igualdade e o bem-estar social. Tais compromissos são implementados por meio de políticas públicas (Brasil, [2025a]).

Dias e Matos (2012, p. 12), conceituam política pública como:

o conjunto de princípios, critérios e linhas de ação que garantem e permitem a gestão do Estado na solução dos problemas nacionais; são ações empreendidas ou não pelos governos que deveriam estabelecer condições de equidade no convívio social, com o objetivo de propiciar a todos condições para que possam atingir uma melhoria da qualidade de vida compatível com a dignidade humana.

Nas políticas públicas estão compreendidos os objetivos de governo e a garantia de que tais metas sejam efetivamente alcançadas, possibilitando, inclusive, que qualquer cidadão utilize mecanismos legais e coercitivos para obter bens e serviços assegurados pelo Estado.

O orçamento público é um instrumento essencial para viabilizar o controle e a efetiva concretização das políticas públicas. Ele se orienta por diversos princípios, sendo destacados pela doutrina os seguintes: princípio da exclusividade, princípio da programação, princípio do equilíbrio orçamentário, princípio da anualidade ou periodicidade, princípio da universalidade, princípio da legalidade e princípio da transparência.

Torres (2014, p. 147) descreve sobre os princípios orçamentários:

os princípios gerais do orçamento são os enunciados genéricos que informam a criação, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas orçamentárias. [...] A Constituição Federal de 1988 é extremamente rica na enunciação de princípios orçamentários. O artigo 165 menciona inúmeros deles: planejamento, anualidade, publicidade, unidade, clareza, equidade entre regiões e exclusividade. O artigo 167 é inteiramente dedicado aos princípios gerais do orçamento: legalidade, não afetação de receitas, especialidade e equilíbrio orçamentário.

Dessa forma, verifica-se que o orçamento público não apenas representa um instrumento de alocação de recursos, mas também reflete os compromissos assumidos pelo Estado para a realização dos objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

É importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 é prolífica em princípios e na declaração de direitos fundamentais. Do ponto de vista jurídico, o orçamento público deve obrigatoriamente observar os princípios gerais do Direito, bem como os princípios específicos prescritos em diversos dispositivos constitucionais, como os artigos 2º, 5º, 6º, 7º, 70, 145, 150, inciso II, 165, 167, 174 e 179 (Brasil, [2025a]).

O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que as normas orçamentárias devem respeitar as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais sociais. Recentemente, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.449-MC206, o Plenário do STF reafirmou essa posição ao reconhecer a possibilidade de impugnação de leis orçamentárias em sede de controle abstrato de constitucionalidade (Brasil, 2016). O relator do acórdão, o saudoso Ministro Teori Zavascki, consignou que “leis orçamentárias que materializem atos de aplicação primária da Constituição Federal podem ser submetidas a controle de constitucionalidade em processos objetivos” (Lima, 2017, p. 56).

Oliveira (2022, p. 606), explica que:

[...] o orçamento se destina a estabelecer, prever, guiar, proteger, amparar e garantir os direitos fundamentais. Neste sentido, não é uma lei anódina, fraca, débil ou meramente formal. É lei estrutural e viabilizadora de todos os denominados direitos fundamentais. Estes estão consolidados no corpo da Constituição. Prenhes de conteúdo. Insisto: o que vale notar é que a lei orçamentária não é uma lei do Estado. É da sociedade. Em que sentido? Não cabe ao governo dispor dela da forma como lhe aprouver. Deve-lhe obediência integral. É o povo, por seus representantes, quem decide o que quer. Por pior que seja o Poder Legislativo, é ele que encarna os sentimentos populares. É através dele que se concretizam as pretensões, as ilusões e as utopias de toda uma população, abandonada, é verdade, mas titular da soberania e das decisões últimas do Estado.

Dessa forma, no que concerne ao orçamento público, observa-se uma tendência crescente à limitação da margem de discricionariedade administrativa concedida ao Executivo para a gestão dos recursos públicos. Isso se manifesta no aumento progressivo da criação de vinculações orçamentárias, atualmente previstas em diversos dispositivos constitucionais, conforme destaca Lima (2017).

Sob a perspectiva econômica, parte-se do princípio de que os recursos materiais são escassos, e os recursos orçamentários não fogem a essa regra. Em contrapartida, as necessidades humanas são ilimitadas, o que conduz à conclusão de que os recursos públicos devem ser administrados com eficiência, de modo a possibilitar o atendimento do maior

número possível de pessoas. Dessa forma, incumbe ao Poder Público promover os direitos sociais, racionalizando o uso dos recursos públicos disponíveis.

O orçamento público é o meio pelo qual se efetivam as políticas públicas. Considerando que os direitos fundamentais sociais constituem um dos fundamentos da República, é imperativo que esses direitos sejam contemplados no orçamento, garantindo sua efetiva concretização.

Por fim, a omissão do agente público na previsão orçamentária para a efetivação dos direitos fundamentais gera ao cidadão o direito público subjetivo de buscar, perante o Poder Judiciário, a reparação da omissão estatal.

3.2 Poder judiciário, orçamento público e efetivação dos direitos fundamentais

A Constituição Federal ampliou os meios para a efetivação dos direitos fundamentais, possibilitando ao Poder Judiciário a utilização de instrumentos processuais para tutelar a ordem constitucional, bem como aqueles destinados à proteção dos direitos fundamentais. Dessa forma, estabeleceu-se uma garantia de salvaguarda ao núcleo essencial desses direitos, permitindo a atuação do Judiciário no controle das omissões dos agentes públicos quanto à promoção e efetivação dos direitos fundamentais.

Essa realidade jurídica, constitucionalmente estabelecida, impõe desafios aos Poderes da República, pois há um aumento da complexidade na relação entre eles, especialmente diante do princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF) (Brasil, [2025a]). A Constituição Federal ampliou os poderes decisórios dos juízes, na medida em que garantiu maior acesso à Justiça. Isso se reflete no aumento da demanda por tutela jurisdicional por parte dos cidadãos, que recorrem ao Judiciário diante das omissões do Estado na efetivação de direitos garantidos constitucionalmente (Brasil, [2025a]).

Janini e Celegatto (2020, p. 216), explicam que o Estado está obrigado a efetivar os direitos sociais, ainda que enfrente dificuldades orçamentárias. Siqueira (2014, p. 253), afirma que:

[...] é possível concluir que, mesmo diante da escassez orçamentária, o Estado continua obrigado a efetivar os direitos sociais, ainda que em condições minimamente essenciais para a coletividade, pois somente assim cumprirá sua função estatal. Ao Judiciário incumbe o dever de exigir tal cumprimento dos poderes responsáveis.

Os autores também assinalam que há uma expansão da atuação do Poder Judiciário sobre as funções dos demais poderes em razão de suas omissões. Assim, os juízes tornam-se

figuras centrais nos sistemas de governo, cujas decisões interferem nos mais importantes processos políticos desses sistemas.

Nesse contexto, em razão da amplitude de atuação do Judiciário conferida pela Constituição Federal, recorre-se frequentemente ao termo “judicialização da política”. Esse fenômeno pode ser compreendido como a transferência ao Poder Judiciário da responsabilidade por decidir questões de grande relevância social, política, econômica e moral, que, tradicionalmente, seriam atribuições do Executivo e do Legislativo. No entanto, o Judiciário acaba por dar a palavra final sobre tais temas.

Em regra, a formulação de políticas públicas é atribuição do Legislativo e do Executivo, no âmbito da discricionariedade administrativa, cabendo ao agente político avaliar a conveniência e a oportunidade de implementar determinadas ações. Contudo, se na destinação de recursos públicos e na execução dessas políticas forem preteridos direitos fundamentais, especialmente nas áreas de educação, saúde e segurança, comprometendo a dignidade da pessoa humana, é possível a intervenção do Poder Judiciário para corrigir tais omissões. Dessa forma, o Judiciário passa a controlar as ações de política pública do Estado, alterando decisões políticas sobre a destinação de recursos orçamentários.

Isso se justifica porque a Constituição Federal elenca os direitos fundamentais e lhes confere primazia na destinação de recursos públicos, uma vez que foram elevados à condição de cláusulas pétreas e constituem fundamentos da República. Assim, esses direitos devem prevalecer em relação a outros interesses, garantindo-se sua efetiva concretização por meio do orçamento público.

Cambi (2020, p. 544-546), expõe com propriedade o controle exercido pelo Judiciário sobre omissões da Administração na realização de direitos fundamentais:

assim, não caberá ao Judiciário substituir a avaliação política da autoridade competente. Deve atuar apenas quando caracterizadas hipóteses de ineficiência comprovada por critérios técnico-científicos. Em outros termos, deve intervir quando os meios escolhidos pelo Poder Público são manifestamente ineficientes ou juridicamente inválidos para a realização dos fins constitucionais, especialmente quando demonstrado que as opções políticas dos governantes não garantem adequadamente o mínimo existencial. [...]. A ação ou omissão da Administração no cumprimento das previsões constitucionais relativas ao orçamento enseja, como consequência, comportamento unconstitutional a ser controlado pelo Poder Judiciário. [...]. A reserva do governante não se traduz em liberdade absoluta. Consequentemente, os gastos públicos devem ser prioritariamente direcionados à realização dos direitos fundamentais sociais, permitindo que os indivíduos possam exercer sua liberdade jurídica e, assim, alcançar condições para o efetivo exercício da liberdade real. Caso se evidencie que o dinheiro público está sendo indevidamente utilizado, frustrando a realização do mínimo existencial, o Judiciário poderá atuar para efetivar o direito fundamental violado.

Apesar da clareza do sistema de garantias para a proteção constitucional dos direitos fundamentais, diversas são as teorias e argumentos que buscam afastar a possibilidade do controle judicial sobre as políticas públicas. Entre esses argumentos, destacam-se a suposta violação ao princípio da separação dos poderes, a Teoria da Reserva do Possível e a alegação de que a discricionariedade administrativa não pode ser revista judicialmente. A seguir, analisaremos tais argumentos e as razões pelas quais não afastam a legitimidade do Poder Judiciário em intervir nas políticas públicas para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.

3.3 Separação dos poderes e discricionariedade administrativa

A teoria clássica da separação tripartite das funções do Estado foi concebida por Montesquieu com o objetivo de limitar o poder pelo próprio poder, a fim de evitar arbitrariedades. A Constituição dos Estados Unidos da América instituiu o sistema de freios e contrapesos, permitindo que os Poderes do Estado controlassem mutuamente suas funções independentes: a Judiciária, a Executiva e a Legislativa. A ideia de um poder controlar o outro visa prevenir excessos arbitrários.

Em determinados momentos históricos, observa-se que um Poder pode se sobrepor aos demais. No Brasil, por exemplo, a Constituição Federal vigente durante o regime militar conferiu poderes excessivos ao Presidente da República, a ponto de subordinar os demais Poderes ao Executivo, concentrado na figura presidencial.

Após esse período ditatorial, a democracia foi restaurada com a Constituição Federal de 1988, que ampliou os direitos fundamentais e promoveu a democratização do país. Em seu artigo 2º, a Constituição dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Brasil, [2025a], art. 2).

Esse princípio, consagrado na Constituição Federal, constitui um dos fundamentos da República e tem como objetivo descentralizar o poder e evitar abusos, permitindo que cada Poder controle os demais. O argumento de que o controle judicial sobre as políticas públicas violaria o princípio da separação dos poderes não se sustenta, pois a própria separação dos poderes tem como finalidade garantir a efetividade das normas constitucionais. Ademais, ao Poder Judiciário foi conferida a competência para reparar lesões ou ameaças a direitos, conforme estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 5º, inciso XXXV, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, [2025a], art. 5), consagrando o princípio da inafastabilidade do controle

jurisdicional. Assim, esse princípio constitui um direito fundamental e se sobrepõe ao princípio da discricionariedade da administração pública quando se trata de políticas públicas voltadas à efetivação de direitos fundamentais.

Russo e Leihfeld (2016, p. 325), afirmam que:

nesse sentido, quando o Poder Judiciário controla a aplicação de recursos de uma política pública, ele não está usurpando as atribuições dos agentes políticos eleitos, nem avocando para si a competência discricionária para decidir sobre a conveniência e oportunidade aplicáveis ao caso concreto. Ao contrário, sua atuação visa apenas garantir o cumprimento das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, já que estas impõem uma limitação à discricionariedade administrativa.

Sobre as críticas frequentemente dirigidas ao fato de que os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo e, por essa razão, não teriam legitimidade para interferir nos demais Poderes democráticos, cujos detentores de mandato eletivo foram escolhidos pelo voto popular e, portanto, possuiriam maior legitimidade para a concretização das políticas públicas, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, em recente discurso na abertura do Ano Judiciário de 2025, afirmou:

lembro que todas as democracias reservam uma parcela de poder para ser exercida por agentes públicos que não são eleitos pelo voto popular, de modo a permanecerem imunes às paixões políticas de cada momento. O título de legitimidade desses agentes é a formação técnica e a imparcialidade na interpretação da Constituição e das leis. Decidimos as questões mais complexas e divisivas da sociedade brasileira e, naturalmente, convivemos com a insatisfação de quem tem interesses contrariados. Assim ocorre com todas as cortes constitucionais do mundo, dos Estados Unidos à África do Sul, da Colômbia a Israel (Brasil, 2025c, p. 8).

A Administração Pública, no âmbito do Poder Executivo, ao elaborar e implementar uma política pública, precisa estabelecer prioridades e iniciar o planejamento, levando em consideração as demandas existentes. Para tanto, deve-se analisar dados relativos a emergências, investimentos, obras e serviços necessários, bem como os recursos que estão ou estarão disponíveis ao Ente Federativo. É imprescindível que o Administrador público avalie as soluções e alternativas para a eficiente execução da política a ser implementada, considerando também os programas e linhas de ação. Esse planejamento deve definir os recursos necessários e o prazo para a sua execução.

Com o advento do Estado Democrático e Moderno, surgiram novas necessidades sociais, e o nível de exigência quanto ao desempenho do Poder Público aumentou significativamente. Esse cenário impulsionou a ampliação de garantias e direitos fundamentais, culminando na regulamentação do Direito Administrativo com o intuito de estabelecer limites e regras para a atuação estatal. Assim, buscou-se coibir abusos e excessos, bem como estruturar ações complexas do Estado para garantir direitos fundamentais, intervir

no setor privado com vistas a equilibrar desigualdades e pacificar a sociedade, sem comprometer direitos e garantias individuais e sociais.

O princípio da legalidade impõe ao administrador público a obrigatoriedade de observar a lei ao desempenhar suas atividades. Isso significa que o agente público somente pode atuar nos limites do que a norma expressamente permite, configurando-se uma atividade vinculada à lei. Entretanto, em determinadas situações, o ordenamento jurídico concede ao administrador certa margem de liberdade para a tomada de decisões, o que caracteriza o ato discricionário.

O professor Bandeira de Mello (1998, p. 12) define com precisão o conceito de ato discricionário na obra *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*:

discricionariedade é a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, uma dentre pelo menos duas alternativas cabíveis para cada caso concreto, a fim de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, em razão da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida pelo mandamento legal, não seja possível extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação apresentada.

O poder discricionário tem fundamento de validade na premissa de que cabe ao administrador tomar as melhores decisões, pois está mais próximo do problema e das alternativas de solução, quando a lei lhe confere essa prerrogativa. Além disso, considera-se a escassez das finanças públicas, que frequentemente impede o atendimento de todas as demandas e necessidades. Diante desse cenário, o administrador deve ter opções decisórias, podendo optar pela alternativa mais viável ao caso concreto, desde que dentro dos limites legais.

No que se refere à atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, o ponto central das críticas de políticos e até mesmo de juristas reside na definição dos limites da interferência judicial nas decisões dos agentes públicos ou em suas omissões.

É relevante destacar que, se por um lado o administrador e o legislador podem agir com base nos critérios de conveniência e oportunidade (ato discricionário), por outro, devem observar os limites impostos pela Constituição da República e pela legislação infraconstitucional, especialmente quando se trata da satisfação de direitos fundamentais sociais, como educação, saúde e segurança. No Estado de Direito, mesmo os atos discricionários estão subordinados às prioridades estabelecidas na Constituição Federal, notadamente os direitos fundamentais previstos no artigo 5º (Brasil, [2025a]). Caso contrário, haveria abuso de poder. O orçamento público e as políticas públicas devem se subordinar aos direitos fundamentais, e não o contrário.

Nos casos de violação desses direitos fundamentais, o Poder Judiciário encontra-se legitimado para exercer o controle sobre as políticas públicas. Ainda que envolva juízo de conveniência e oportunidade, os atos discricionários da administração pública podem ser revistos pelo Judiciário quando se desviarem de sua finalidade e deixarem de atender ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, que constitui o fundamento de validade de todo e qualquer ato administrativo.

3.4 Reserva do possível e mínimo existencial

O princípio da reserva do possível é frequentemente invocado por agentes políticos para justificar a não implementação total ou parcial de uma política pública, sob o argumento de que as reservas financeiras do Estado são limitadas, impossibilitando o atendimento integral de todas as necessidades estatais e da população.

Esse princípio teve origem na Alemanha, em 1972, a partir de uma ação impetrada por alunos que pleiteavam o direito de ingresso no curso de medicina em uma universidade pública. O fundamento utilizado pelos estudantes para justificar seu direito baseava-se na Lei Fundamental Alemã, especificamente no artigo 12, inciso I, que estabelece que “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional” (Schwabe, 2005, p. 665).

Na ocasião, o Tribunal Constitucional da Alemanha julgou o caso e decidiu que os direitos dos estudantes seriam efetivados dentro dos limites da “reserva do possível”, ou seja, as vagas disponibilizadas deveriam estar compatíveis com a capacidade financeira do Estado para arcar com os custos inerentes à implementação desse direito. A partir desse julgamento, consolidou-se o princípio da reserva do possível, posteriormente adotado por diversos países (Matsushita, 2022, [não paginado]).

Esse princípio fundamenta-se na premissa econômica de que os recursos financeiros do Estado são limitados frente às inúmeras e ilimitadas necessidades que devem ser supridas. Além disso, está diretamente relacionado aos custos dos direitos fundamentais sociais, que demandam vultosos gastos financeiros do Estado, captados por meio da atividade financeira estatal e distribuídos por meio do orçamento público.

Dessa forma, a reserva do possível constitui um fator externo limitante dos direitos sociais e se desdobra em dois aspectos:

- a) **fático:** refere-se à disponibilidade efetiva de recursos financeiros;
- b) **jurídico:** exige que a previsão de despesas esteja contemplada na lei orçamentária.

No que concerne à disponibilidade fática, Amaral (2010, p. 133-134), ensina:

sob o enfoque da disponibilidade fática, a reserva do possível envolve o problema da escassez. Há, não se pode negar, hipóteses de escassez natural, relativas àquelas situações em que um bem não existe em quantidade suficiente para todos e não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta (escassez natural severa) ou para aumentá-la a ponto de atender a todos (escassez natural suave).

Ramalho (2009, p. 55), também discorre sobre o tema e ressalta que a disponibilidade jurídica evidencia o problema das escolhas orçamentárias. Segundo a autora, a alegação de que determinada política pública relativa a direitos sociais não pode ser realizada por falta de crédito orçamentário significa que houve uma escolha deliberada, originada de um projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo e aprovada pelo Poder Legislativo, no sentido de que, para aquele exercício financeiro, os recursos públicos não deveriam ser direcionados para tal finalidade. Mais adiante, a autora afirma que:

em relação ao aspecto fático da reserva do possível, que justamente por ser fático necessita ser objeto de prova, o Direito pode ter pouco ou nada a dizer. Todavia, o mesmo não ocorre em relação ao aspecto jurídico. Há prioridades constitucionais a serem observadas e, entre elas, está a alocação de recursos suficientes para dar vazão aos objetivos estampados no artigo 3º da Constituição Federal, o que se viabiliza por meio da implementação de políticas públicas que realizem, de maneira progressiva e sistemática, os direitos sociais prestacionais (Ramalho, 2009, p. 55).

Portanto, admitir que os direitos sociais fundamentais possuem custos elevados e que, se não previstos no orçamento, não serão efetivados, representa uma inversão de valores não consentida constitucionalmente. Tal postura equivaleria a subordinar as normas fundamentais da Constituição às leis orçamentárias. No Brasil, observa-se, frequentemente, um descompasso entre o planejamento orçamentário e os planos e diretrizes estatais, o que pode, inclusive, violar a Constituição Federal. Durante a execução orçamentária, esse desequilíbrio se torna ainda mais evidente.

A valorização exacerbada de princípios como o da separação dos poderes e da legalidade orçamentária não pode prevalecer sobre a efetivação dos direitos fundamentais sociais, cuja implementação é prioritária e elevada à condição de cláusula pétreia, inegociável e permanente na Constituição da República. Se os próprios agentes públicos do Estado não reconhecerem a supremacia das normas constitucionais, até mesmo os princípios frequentemente invocados, como a separação dos poderes e a legalidade orçamentária, estarão juridicamente vulneráveis, colocando em risco a própria estrutura da República Democrática.

O conceito de reserva do possível, fundamentado na ideia de escassez de recursos, é vago e impreciso, não podendo ser utilizado como pretexto para frustrar a implementação de direitos fundamentais. No que tange aos direitos fundamentais, a discricionariedade

administrativa deve ceder espaço à observância desses princípios, garantindo o cumprimento da Constituição Federal e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Diante desse cenário, cabe ao Poder Judiciário agir para impedir violações aos direitos fundamentais sociais, exercendo o controle das políticas públicas que se mostrem incompatíveis com os preceitos constitucionais.

O conceito de mínimo existencial surgiu a partir de uma decisão do Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, em 1954. Na ocasião, determinou-se que o Estado alemão deveria prestar auxílio ao cidadão carente, reconhecendo o direito subjetivo de exigir do Estado os recursos mínimos necessários para assegurar a dignidade da pessoa humana (Timm, 2010).

A ideia de mínimo existencial abrange dois elementos fundamentais: os direitos fundamentais sociais e a dignidade humana. Assim, o mínimo existencial corresponde ao conjunto de direitos fundamentais mínimos assegurados à pessoa humana para garantir sua dignidade. A doutrina brasileira também se refere a esse conceito por meio de expressões como mínimo vital, núcleo essencial e conteúdo mínimo dos direitos fundamentais.

No contexto brasileiro, um ponto relevante é o conceito de salário mínimo, que deveria garantir esse mínimo existencial de direitos fundamentais sociais ao indivíduo. No entanto, é notório que o salário mínimo vigente no Brasil nunca assegurou, de fato, esse patamar mínimo de subsistência.

A garantia do mínimo existencial possui fundamento constitucional. A Constituição Federal elenca os direitos fundamentais sociais como núcleo imodificável, além de consolidar o princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o artigo 1º da Constituição (Brasil, [2025a]). Na doutrina jurídica, a existência do mínimo existencial é pacífica, sendo igualmente reconhecida na jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

Em um país como o Brasil, onde uma parcela significativa da população não tem acesso ao mínimo de bens e serviços essenciais a uma vida digna, formando bolsões de miséria e vivendo sob a ameaça da fome, a garantia do mínimo existencial torna-se fundamental. A ausência desse mínimo inviabiliza o exercício pleno da cidadania, comprometendo a dignidade humana. Assim, a efetivação desses direitos previstos na Constituição Federal é uma necessidade premente.

O atendimento das necessidades humanas básicas constitui o fundamento primordial dos direitos fundamentais, pois, sem a garantia do essencial para a sobrevivência, os demais direitos perdem seu significado, inclusive o direito à liberdade. Um ser humano privado do

básico para sua subsistência, como alimentação, não possui condições reais de exercer sua liberdade. A fome, por exemplo, é uma realidade enfrentada diariamente por milhões de brasileiros.

Portanto, a garantia do mínimo existencial é essencial no Estado Democrático de Direito e deve ser tratada como prioridade no orçamento público. O reconhecimento de que o Poder Judiciário deve atuar na proteção daqueles que necessitam desse mínimo é consolidado na doutrina e na jurisprudência. Já se superou a visão de que o mínimo existencial se trata de uma norma meramente programática, reconhecendo-se, ao contrário, que é um direito público subjetivo. Assim, é juridicamente exigível que o Poder Público inclua, no orçamento, as disponibilidades financeiras necessárias para custear o atendimento aos direitos sociais básicos dos cidadãos.

O mínimo existencial é um direito e uma garantia fundamental e seu fundamento de validade tem base constitucional e está intimamente ligado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

3.5 Direitos humanos e teoria constitucional

A presente dissertação parte da premissa de que a efetivação de direitos fundamentais sociais demanda um diálogo entre o eixo jurídico-constitucional (força normativa da Constituição, separação de poderes, parâmetros de direitos humanos) e a racionalidade econômica (alocação eficiente, custo-efetividade e análise de impacto), esta veremos com mais detalhes à frente.

Para robustecer o primeiro eixo, importante invocar os estudos desenvolvidos por autores referências, como Dworkin, Alexy, Ferrajoli e Canotilho, os quais oferecem critérios normativos e metodológicos para o controle judicial de políticas públicas com impacto orçamentário, compatibilizando a proteção do mínimo existencial com a sustentabilidade fiscal e a legitimidade democrática.

Para Dworkin, na sua obra original de 1977, *Taking Rights Seriously*, os direitos fundamentais operam como trunfos contra políticas públicas que, ainda que majoritariamente aprovadas, sacrificam injustificadamente a igual consideração e respeito devida a cada pessoa (Dworkin, 2011). Essa tese fornece uma primeira âncora para a atuação judicial em matéria orçamentária, quando decisões administrativas ou legislativas minimizam o núcleo essencial de prestações sociais indispensáveis à dignidade, o Poder Judiciário pode, e deve, atuar para

proteger posições jurídicas individuais e coletivas contra opções agregativas que desconsiderem a igualdade material (Dworkin, 2011).

A tese dworkiniana da integridade do direito exige que as decisões sejam justificadas por princípios que assegurem coerência e moralidade política ao sistema jurídico, e não apenas por cálculo consequencialista. Para Dworkin (2011), os princípios são padrões que incorporam exigências de justiça, equidade ou alguma dimensão da moralidade. Têm caráter deontológico, ou seja, impõem uma obrigação de direito e de moralidade, independentemente do objetivo ou do benefício social que possam produzir. Já as políticas estabelecem um objetivo a ser alcançado, como uma melhoria econômica ou social. Estas sim, dependem de um cálculo consequencialista sobre o que é melhor para a comunidade. Dworkin (2003) ressalta que a Integridade exige que as decisões sejam fundamentadas nos princípios, em direitos e não apenas nas políticas, em objetivos sociais de curto prazo. Não a que trará o maior benefício ou o menor prejuízo para a sociedade, num mero consequencialismo, pois isso equivaleria a tratar os direitos individuais como meros instrumentos para o interesse coletivo. um imperativo de justiça e igualdade (Dworkin, 2003).

Aplicada ao orçamento, a integridade recomenda que prioridades orçamentárias observem razões de princípio, como a proteção do mínimo existencial, a não discriminação e a proibição de retrocesso, resguardando-se os indivíduos de políticas de curto prazo que externalizem custos sobre grupos vulneráveis (Dworkin, 2003). Em termos operacionais, a integridade não é avessa a evidências empíricas. Ela as subordina a uma justificação que leve os direitos a sério, isto é, que não instrumentalize os titulares de direitos como meios para fins fiscais (Dworkin, 2011). Esse enquadramento é compatível com a AED aqui empregada. Evidências de custo-efetividade podem orientar o modo como um direito será concretizado, não se o direito será protegido.

Alexy (1986), descreve os direitos fundamentais como princípios, entendidos como mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, à luz das possibilidades fáticas e jurídicas, o que inclui restrições orçamentárias e administrativas, competência constitucional, legal, jurisprudência vinculante, etc. Diferem das regras, que se aplicam no modo “tudo ou nada”, a regra vale e então deve ser cumprida ou não vale, por invalidade, ou por existir uma regra superior/exceção. Já os princípios contêm um grau de realização. Eles sempre valem, mas a intensidade de sua satisfação varia conforme as condições do caso, porque interagem com outros princípios e com limitações do mundo real.

Em matéria orçamentária, isso significa que o direito social em jogo não desaparece por haver escassez de recursos; ele permanece, mas o seu grau de realização deve ser

otimizado dentro das limitações verificáveis. Portanto, restrição orçamentária não é “carta de isenção”, e sim parâmetro a ser justificado na decisão (Alexy, 1986).

Como princípios possuem dimensão de peso, colisões entre eles não se resolvem invalidando um dos lados, mas balanceando-os. Alexy (1986, p. 167), cita a formula a Lei da Ponderação “quanto maior for o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”. Dessa forma, se para proteger o mínimo existencial em saúde, é preciso impor custos relevantes à sustentabilidade fiscal/planejamento, a decisão só será legítima se o benefício normativo em saúde for suficientemente grande para justificar a restrição em sustentabilidade fiscal/planejamento e essa relação deve ser argumentada e evidenciada (Alexy, 1986).

Alexy (1986) cita duas ideias fundamentais em direitos sociais:

- a) a reserva do possível (limites fático-financeiros) não anula o direito, apenas o limita na medida comprovada das possibilidades. A administração deve demonstrar o impacto orçamentário, a capacidade de execução e as alternativas consideradas;
- b) proibição de proteção insuficiente, ou seja, o Estado viola a Constituição não só quando restringe excessivamente, mas também quando protege de menos. Em saúde/educação, omissões significativas configuram violação por insuficiência, autorizando remédios estruturais (ordens finalísticas com planos, metas, indicadores e cronograma) calibrados por proporcionalidade.

Daqui derivam duas consequências para o controle judicial do orçamento. Primeiro, a necessidade de identificar as possibilidades fáticas (disponibilidades financeiras, capacidade administrativa, evidências de custo-efetividade) e jurídicas (parâmetros constitucionais e legais) antes de desenhar o remédio judicial. Segundo, a exigência de proporcionalidade — adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como método estruturante de decisões com impacto fiscal (Alexy, 1986).

Na adequação, indaga-se se a medida judicial contribui causalmente para a proteção do direito. Na necessidade, verifica-se se há alternativa menos gravosa (em custo financeiro, administrativo ou risco de desorganização) com igual eficácia. Na ponderação, faz-se a análise de custos e benefícios normativos, ou seja, se os benefícios na proteção do direito justificam os custos orçamentários e institucionais. Proporcionalidade em sentido estrito (balanceamento), exige que os benefícios normativos obtidos justifiquem os custos (orçamentários, administrativos, riscos a outros direitos) (Alexy, 1986).

Embora não seja um cálculo matemático rígido, essa estrutura exige que o juiz explice quanto um direito é afetado, por que o outro merece prevalecer, com base em que

evidências (estudos, dados, notas técnicas). Isso disciplina o uso de justificativas vagas, por exemplo a falta de recursos, e encoraja transparência sobre *trade-offs*.

A Teoria do Garantismo, elaborada pelo jurista e filósofo italiano Luigi Ferrajoli, é uma das mais robustas e influentes propostas para o Direito, democracia e papel do Estado no contexto do constitucionalismo rígido. A teoria vai além do âmbito penal, embora tenha ali sua expressão mais detalhada (Ferrajoli, 2002). O garantismo oferece um modelo normativo para o Estado constitucional no qual os direitos fundamentais são protegidos por um sistema de garantias que vinculam legislador, administrador e juiz, de modo a limitar o poder e a tornar efetivos os direitos (*fundamental rights*) tanto contra excessos estatais quanto contra omissões que produzam proteção insuficiente (Ferrajoli, 2002). Ferrajoli (2002), distingui garantias primárias (deveres de não fazer e de fazer) e secundárias (remédios jurisdicionais) formam a estrutura necessária para converter declarações de direitos em posições subjetivas exigíveis no plano jurídico-positivo.

No garantismo de Ferrajoli (2002), vigência e validade não são sinônimos, ou seja, é uma existência formal de uma norma no ordenamento (regularidade do procedimento de produção), ao passo que validade implica conformidade material com parâmetros superiores, sobretudo direitos fundamentais positivados constitucionalmente e, no plano internacional, compromissos de direitos humanos. Uma norma pode ser vigente e, ainda assim, inválida se contrariar esses parâmetros de conteúdo. Nesse caso, não deve produzir efeitos legítimos. Essa cisão é a pedra angular do garantismo e está no centro do embate de Ferrajoli com leituras que colapsam validade na pura regularidade formal, como a teoria kelseniana. (Menezes, 2020).

A resposta institucional de Ferrajoli (2002), ao risco de normas vigentes, porém inválidas é a sistemática de garantias. As garantias primárias (deveres de fazer/não fazer) e as garantias secundárias (remédios jurisdicionais) convertem declarações de direitos em posições exigíveis, funcionando como mecanismos de controle do poder e de validação material da ordem jurídica. Sem garantias, direitos permanecem retóricos, com garantias, eles vinculam legislador, administrador e juiz.

A lei do mais fraco é a expressão mais conhecida do garantismo. Os direitos fundamentais priorizam a proteção de sujeitos em situação de vulnerabilidade. Logo, o ordenamento deve organizar garantias que neutralizem assimetrias e evitem insuficiência protetiva. O Estado viola a Constituição não apenas por excesso, o garantismo negativo, mas também por omissão ou proteção insuficiente, o garantismo positivo (Ferrajoli, 2002).

Há críticas ao garantismo por inflacionar a jurisdição ou de esvaziar a política, contudo, as garantias não substituem a deliberação democrática. Elas disciplinam o poder por direitos e exigem que escolhas públicas sejam justificadas por parâmetros materiais.

Na obra *Principia Iuris*, Ferrajoli propõe uma teoria normativa que integra direito público e privado sob o primado dos direitos fundamentais como critérios de validade e de limitação do poder. Essa obra representa a maturação do garantismo, articulando um modelo de Estado de Direito forte em direitos, com a distinção entre planos do dever-ser (normatividade) e do ser (faticidade) e o papel das garantias para converter direitos em expectativas exigíveis (Cademartori; Strapazzon, 2010).

O estudo desenvolvido em *Principia Iuris* fortalece o postulado garantista até como resposta aos desafios do direito no mundo moderno, destacando a função constitucionalizante dos direitos e o papel do juiz na concretização das garantias sem substituir a política democrática.

Em *Derechos y garantías - la ley del más débil*, Ferrajoli (2002), parte da premissa de que os direitos fundamentais protegem preferencialmente os sujeitos em condição de maior vulnerabilidade, a lei do mais fraco, exigindo que as instituições democráticas organizem garantias para neutralizar assimetrias estruturais e assegurar igual dignidade.

Ferrajoli (2006), sistematizou os princípios fundamentais ou axiomas do garantismo penal, que representam as garantias mínimas que devem ser respeitadas em um sistema penal que se pretenda racional, liberal e democrático. Estes axiomas compõem uma cadeia lógica de silogismos que impõe vínculos e limites estritos ao poder punitivo estatal, dividindo-se em garantias penais (relativas ao delito e à pena) e garantias processuais (relativas ao juízo). A negação de qualquer um dos axiomas implica a quebra da cadeia garantista e a ilegitimidade da intervenção punitiva estatal. O garantismo nasceu com forte inflexão penal, como limite racional ao poder de punir, mas Ferrajoli e a recepção ibero-americana expandiram o modelo garantista para outros ramos (civil, administrativo, constitucional), todos subordinados aos direitos fundamentais como parametrizadores de validade e de aplicação do direito (Ferrajoli, 2006).

O garantismo constitucional é também qualificado como teoria jurídico-normativa e filosofia política, com foco numa meta ordenação de direitos fundamentais, vinculando os poderes públicos a resultados mínimos de proteção e a um regime de prestação de contas.

Na sistematização organizada por Ferrajoli (2006), em se tratando de orçamento e direitos fundamentais, podemos afirmar que quando políticas públicas ou leis orçamentárias não atendem ao mínimo essencial de direitos (saúde, educação, assistência), há déficit de

validade material. O controle judicial, como garantia secundária, não visa substituir a política, mas restaurar a validade, pois reconhece a violação por insuficiência, impõe garantias secundárias estruturais (obrigações de resultado, planos, metas, indicadores) e respeita a separação de poderes, evitando microgestão, mas exigindo que o poder público prove as limitações fático-financeiras e adote a via menos gravosa para otimizar a proteção.

Outro autor de notória influência na sistematização do Direito Constitucional e dos Direitos Humanos Fundamentais na Pós-Modernidade foi o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, nascido em 15 de agosto de 1941, a sua obra, notadamente *Direito Constitucional e Teoria da Constituição e Estudos sobre Direitos Fundamentais*, apresenta um arcabouço teórico robusto que move a compreensão da Constituição como uma norma fundamental dotada de força normativa e de vinculação imediata.

A obra de Canotilho consolidou, na tradição luso-brasileira, eixos que moldam a atuação dos poderes públicos e o controle jurisdicional contemporâneo, quais sejam, a força normativa da Constituição, que deixa de ser mero programa político para adquirir densidade jurídica e vinculante, a noção de Constituição dirigente, pela qual o texto constitucional traça fins, tarefas e programas que vinculam o legislador e a Administração e a centralidade dos direitos fundamentais como parâmetros de validade material das políticas e atos estatais. Esses eixos articulam-se à passagem do Estado legal, ou seja, validade como conformidade procedural para um Estado constitucional, validade condicionada também por critérios materiais, direitos e princípios (Canotilho, 1941).

A essência do pensamento de Canotilho reside em redefinir a Constituição como um sistema aberto de princípios e regras que se orienta pela dignidade da pessoa humana e pela necessidade de efetivação dos direitos fundamentais.

Ao sublinhar a força normativa da Constituição, Canotilho (1941) reafirma que os princípios constitucionais são normas e não simples proclamações axiológicas e por isso, desempenham papel vinculante na interpretação, integração e controle dos atos estatais. A contribuição de Canotilho para a teoria dos princípios destaca que tais normas operam como diretrizes estruturantes do sistema, condicionando o conteúdo de leis e políticas e servindo de padrões de racionalidade para a Administração e para o Judiciário (Espíndola, 1996).

Canotilho elabora a categoria dos princípios constitucionais fundamentais, diretrizes de organização do Estado e da sociedade, como forma de “sistema nervoso” do texto constitucional. Incluem-se o Estado de Direito democrático, a separação de poderes, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a solidariedade, entre outros. Esses princípios informam a interpretação de regras e dos próprios direitos fundamentais, justificando a

aplicação de técnicas como concordância prática em conflitos e proporcionalidade em restrições a direitos (Silva, 1994).

Para Canotilho (2009), a Constituição não se limita a organizar o Estado, mas se refere à própria comunidade política (*res publica*). Sua teoria se afasta das perspectivas formalistas estritas, abraçando a noção pós-positivista de que a Constituição é um conjunto de normas, regras e, principalmente, princípios dotados de juridicidade. A constitucionalização dos direitos fundamentais lhes confere, inequivocamente, força normativo-constitucional, o que implica três dimensões, sistematizados por Canotilho (2009), quando escreve sobre Constituições dos Direitos à Crítica dos Direitos:

- a) **dimensão normativa plena:** Canotilho argumenta contra a antiga visão que relegava as normas sociais e programáticas a uma programaticidade não vinculante. Para ele, as liberdades-programa deslocaram-se no sentido de liberdades-normas, ou seja, todas as normas consagradoras de direitos, mesmo as de conteúdo social e econômico, são dotadas de um sentido normativo que vincula o legislador e o aplicador do direito;
- b) **dimensão subjetiva e objetiva:** os direitos fundamentais possuem não apenas uma dimensão subjetiva (como direitos de defesa ou de autonomia do indivíduo perante o Estado), mas também uma dimensão objetiva (como princípios estruturantes da ordem jurídico-constitucional). Essa dimensão objetiva impõe deveres de proteção e de concretização ao Estado e a terceiros, orientando todo o sistema jurídico;
- c) **abertura e evolução:** o sistema constitucional dos direitos, na visão de Canotilho, é uma ordem aberta. Isso significa que o rol de direitos fundamentais não é exaustivo, devendo incluir os direitos historicamente necessários que surgem com as transformações sociais (como o direito à identidade genética, direito à proteção de dados e direito ao meio ambiente equilibrado), expandindo o catálogo da fundamentalidade.

Desenvolvimentos mais recentes da reflexão canotilhiana destacam a vulnerabilidade como categoria constitucional relevante para orientar políticas e interpretar direitos sociais, reconhecendo assimetrias de poder e interdependências que condicionam a fruição real de direitos. Essa lente reforça a dimensão objetiva dos direitos e legitima ações afirmativas e priorização de grupos vulneráveis como concretizações coerentes com a Constituição (Canotilho, 2022).

Importante estabelecer um diálogo entre os quatro autores (Dworkin, Alexy, Ferrajoli e Canotilho) reforçando o referencial teórico na dimensão axiológica e constitucional e sua integração com a análise econômica do Direito.

Um elemento comum é que todos esses autores colocam os direitos fundamentais no centro de validade do exercício do poder. Dessa integração, os direitos fixam o dever-ser (o que deve ser protegido), enquanto a Análise Econômica do Direito (AED) organiza o como fazer (o modo mais racional de proteger), sem relativizar o núcleo dos direitos e sem romper a separação de poderes.

Dworkin (2003) fornece o critério de legitimidade (respeito igual, direitos como trunfos) que impede a AED de virar puro utilitarismo. Alexy (1986) oferece o método (proporcionalidade) que transforma otimização do direito em técnica verificável, onde a AED supre provas e métricas. Ferrajoli (2006) estrutura a exigibilidade por garantias e legitima remédios estruturais, dando lastro ao controle de omissões com foco em resultados. Canotilho (2022) ancora o planejamento constitucional, políticas e orçamento devem espelhar fins e direitos, enquanto a AED ajuda a executar bem esses fins, não a redefini-los.

Em conjunto, os quatro autores sistematizam uma moldura normativa que autoriza a intervenção judicial quando necessária, calibra sua intensidade e exige governança e evidências. A AED, integrada a essa moldura, qualifica a fundamentação, minimiza custos sociais e maximiza a efetividade dos direitos, sem perder de vista a Constituição como bússola e os direitos humanos como piso inegociável.

4 O CONTROLE JUDICIAL DO ORÇAMENTO PÚBLICO

O controle judicial do orçamento público representa um dos pontos mais sensíveis e complexos da relação entre os poderes estatais e a efetivação dos direitos fundamentais. A atuação do Poder Judiciário nessa seara decorre da necessidade de compatibilizar a gestão orçamentária com os comandos constitucionais que impõem ao Estado a realização de prestações materiais indispensáveis à dignidade da pessoa humana. Esse controle, longe de significar uma usurpação das funções típicas do Executivo e do Legislativo, revela-se como mecanismo de proteção contra omissões ou desvios administrativos que inviabilizem o cumprimento do mínimo existencial e a concretização das promessas constitucionais. A análise dessa intervenção demanda reflexão crítica sobre seus fundamentos, seus limites e seus impactos na organização das políticas públicas e na racionalidade da alocação dos recursos estatais.

4.1 Parâmetros constitucionais e limites do controle judicial

A intervenção do Judiciário no orçamento público não pode ser compreendida como uma atuação ilimitada ou arbitrária, mas deve observar parâmetros constitucionais que assegurem equilíbrio entre a proteção de direitos fundamentais e a preservação da separação de poderes. A Constituição Federal estabelece princípios como a legalidade, a eficiência, a reserva do possível e a supremacia do interesse público, que funcionam como balizas para a decisão judicial em matéria orçamentária. Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem indicado que a atuação judicial deve evitar substituir o administrador em escolhas discricionárias, restringindo-se a corrigir omissões inconstitucionais ou assegurar a efetividade de prestações essenciais à dignidade humana. Assim, a análise dos parâmetros e limites desse controle permite compreender de que modo o Judiciário pode intervir sem comprometer a legitimidade democrática nem a sustentabilidade fiscal das políticas públicas.

4.2 O fenômeno do ‘apagão das canetas’ e o direito administrativo do medo

No contexto do controle externo e como contraponto aos estudos aqui desenvolvidos, bem como em razão do ativismo judicial e do controle externo exacerbado, é relevante considerar pesquisas recentes realizadas no Brasil pelo professor Santos (2021), que descreve sobre o fenômeno denominado “Direito Administrativo do Medo”. Trata-se de uma análise do

impacto do medo no processo decisório dos agentes públicos, decorrente do que o autor denomina “controle externo disfuncional”, investigando suas causas e consequências para a gestão pública.

O professor desenvolve essa teoria em sua obra *Direito Administrativo do Medo: Risco e Fuga da Responsabilização dos Agentes Públicos*, salientando que estamos vivenciando um processo de temor decisório mesmo em tempos de normalidade, e ainda mais intensamente durante crises como a pandemia. Decisões precisam ser tomadas com urgência, mas o risco de responsabilização dos agentes públicos é imenso. Ele explica que:

a parálisia decisória, ou o conhecido 'apagão das canetas', é consequência do medo que os agentes públicos têm do controle externo sobre suas decisões, levando-os a optar por não decidir, a fim de evitar riscos decisórios. Não se trata de indecisão. Não há qualquer indecisão. O que ocorre é, tecnicamente, uma 'não-decisão', ou seja, a adoção deliberada da estratégia de nada decidir para não se expor ao risco decisório, o que acarreta graves consequências para a boa gestão pública. Por essa razão, essa técnica não pode ser assumida de maneira aberta e pública, pois, se o for, também poderá implicar responsabilização por omissão. Assim, o agente busca evitar decisões ou delegar e compartilhar a atividade decisória com outros agentes públicos, objetivando adiar ou diluir responsabilidades (Santos, 2021, [não paginado]).

Com efeito, o autor aborda a parálisia decisória que acomete agentes públicos diante do receio de serem responsabilizados por suas decisões. Esse fenômeno resulta em uma “não-decisão” deliberada, onde o agente opta por não agir para evitar riscos associados ao controle externo, comprometendo a eficiência da gestão pública.

O ‘apagão das canetas’ é uma consequência direta do que Santos (2021) denomina *Direito Administrativo do Medo*, caracterizado pelo excesso de controles e pela postura punitivista dos órgãos fiscalizadores, que geram insegurança jurídica e desestimulam a proatividade dos gestores públicos. A multiplicidade de órgãos de controle e a falta de uniformidade em seus entendimentos agravam esse cenário, levando os agentes a evitarem decisões que possam ser posteriormente questionadas.

O autor acrescenta que é necessária uma mudança na mentalidade dos órgãos de controle. Defende que esses órgãos devem abandonar a tradicional postura adversarial e se tornarem parceiros do administrador público. A punição deve ocorrer apenas quando for indispensável, e o controle da administração deve ser menos punitivista e mais voltado para o consenso e a pedagogia. Segundo ele, é essencial promover maior alteridade e deferência por parte dos órgãos de controle em relação aos agentes controlados.

Além disso, propõe a implementação de mecanismos que ofereçam maior segurança jurídica aos agentes públicos, como a definição clara de critérios de responsabilização e a valorização da boa-fé nas decisões administrativas.

A teoria do “apagão das canetas” destaca a necessidade de equilibrar o controle da administração pública com a autonomia dos gestores, visando assegurar a eficiência e a efetividade das políticas públicas sem comprometer a responsabilização por eventuais desvios.

4.3 Força vinculante das decisões judiciais na efetivação dos direitos fundamentais

Os direitos sociais fundamentais garantem ao ser humano uma vida digna, conforme preconizado pela Constituição Federal. Assim, a efetivação desses direitos deve ser plena, sendo implementada por meio de políticas públicas, com a devida previsão orçamentária dos recursos financeiros necessários à sua concretização. A sociedade não deve se contentar com meras declarações de cunho ideológico, mas sim com a plena realização dos direitos sociais nas situações concretas do cotidiano.

Nem sempre o Poder Público cumpre espontaneamente sua obrigação de garantir os meios necessários para a efetivação dos direitos sociais fundamentais. Nessas circunstâncias, legitima-se a atuação do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas, devendo suas decisões a serem cumpridas pelos demais Poderes, sob pena de responsabilidade.

Janini e Celegatto (2020, p. 217), asseveram:

mostra-se pertinente destacar que as determinações judiciais de implementação de políticas públicas ou de efetivação de direitos fundamentais sociais pleiteados individualmente em face do Poder Executivo, em regra, consistem em condenações dos entes federados em obrigações de fazer, que levam em consideração o desenvolvimento da prestação, haja vista o interesse público envolvido. Esse dado é extremamente pertinente para que se visualizem as possíveis medidas a serem adotadas em caso de não cumprimento voluntário de decisões judiciais que requisitam a efetivação de direitos fundamentais sociais pelos entes federados.

Adiante, os autores citam Didier Jr. (2018, p. 217), que ensina:

sendo o título judicial, as obrigações de fazer e não fazer serão cumpridas na forma do art. 536 do CPC. Assim, proferida a sentença e não cumprida a obrigação ali determinada, o juiz, valendo-se das medidas de apoio do § 1º do art. 536 do CPC, deverá determinar o cumprimento da obrigação.

Em caso de descumprimento da decisão judicial pelo Poder Público, o juiz poderá conceder tutela específica ou adotar medidas coercitivas para garantir o resultado prático equivalente, conforme previsto no artigo 497 do CPC. Ademais, o artigo 499 do CPC dispõe que: “a obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se for impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente” (Brasil, [2025d], art. 499).

Outras medidas podem ser adotadas caso o Poder Público não cumpra a decisão judicial que determina a efetivação de um direito social fundamental. O artigo 536 do CPC prevê instrumentos como busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividades e requisição de força policial para garantir o cumprimento da decisão judicial. Também poderá ser aplicada multa como forma de compelir o agente público a cumprir a ordem judicial, especialmente em casos de má-fé (Brasil, [2025d], art. 536).

Releva notar que o descumprimento de ordem judicial por parte do gestor público constitui uma grave ofensa à Justiça e pode configurar crime de desobediência, conforme previsto no artigo 330 do Código Penal, especialmente nos casos em que as medidas cautelares adotadas não tenham surtido os efeitos desejados (Brasil, [2025e]). O artigo 536, § 3º, do Código de Processo Civil (CPC) dispõe: “§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência” (Brasil, [2025d], art. 536).

As decisões judiciais, sejam medidas liminares, sentenças ou acórdãos, devem ser cumpridas pelo agente público responsável pela efetivação do direito objeto da decisão, considerando que o Judiciário representa o último recurso disponível ao cidadão para a reparação de direitos, nos termos da Constituição Federal. Em uma sociedade democrática, o regular funcionamento das instituições depende do respeito e da obediência às leis.

O descumprimento de decisão judicial configura ato atentatório à dignidade da Justiça, nos termos do artigo 77, § 2º, do CPC, sujeitando o infrator às sanções criminais, civis e processuais cabíveis, além da aplicação de multa processual, de acordo com a gravidade da conduta (Brasil, [2025d]). É dever das partes e de todos aqueles que participam do processo o cumprimento das decisões judiciais e a não criação de obstáculos à efetivação de provimentos judiciais, sejam eles de natureza antecipatória ou final. Assim, o juiz, sem prejuízo das sanções cabíveis, pode aplicar multa ao responsável pelo descumprimento de ordem judicial. Essas disposições do CPC foram inspiradas no instituto *contempt of court*, do direito anglo-saxônico.

Uma das medidas judiciais amplamente utilizadas pelo Poder Judiciário nos casos de descumprimento de decisões que garantem direitos fundamentais é o bloqueio de recursos financeiros do Poder Público para a aquisição de bens ou serviços essenciais ao exercício de direitos sociais fundamentais. Tal medida encontra amparo na jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, incluindo o julgamento do Tema Repetitivo 289/STF, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu: “tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao

Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio e sempre com adequada fundamentação” (Brasil, 2010, p. 275-280).

Um dos instrumentos que agilizou significativamente a busca de patrimônio de quem descumpre ordem judicial foi a penhora online nos sistemas Sisbajud, plataforma do Banco Central do Brasil que registra a penhora e promove o bloqueio imediato dos valores financeiros disponíveis em nome do executado. Além disso, outros sistemas eficazes para o bloqueio de bens incluem o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI), o Registro de Imóveis do Brasil (IRIB), as Restrições Judiciais de Veículos Automotores (Renajud) e o Sistema de Informações ao Judiciário (Infojud). Esses mecanismos facilitaram a identificação de patrimônio do executado e ampliaram o acesso à Justiça.

Outra medida coercitiva relevante é a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e do passaporte do devedor, justificada quando as demais medidas cautelares não forem eficazes. Essa providência encontra respaldo no artigo 139, inciso IV, do CPC: “o juiz poderá determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (Brasil, [2025d], art. 139).

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de diversos mecanismos eficazes para garantir a efetividade das decisões judiciais, assegurando o cumprimento das ordens judiciais e a efetivação dos direitos fundamentais.

5 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DECISÕES JUDICIAIS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

Nos tempos modernos, em países democráticos, o Poder Judiciário tem desempenhado um papel de protagonismo no controle e na realização de políticas públicas, fenômeno que tem gerado críticas em razão da chamada judicialização da política. Esse cenário evidencia uma linha tênue entre as esferas política e judicial, com conflitos de interesses de grande repercussão social sendo levados à apreciação judicial, resultando em reflexos diretos na política.

Esse fenômeno pode implicar uma ampliação do poder conferido a juízes e tribunais, sendo fruto do moderno constitucionalismo, que emerge em contextos de reconstrução e transição de Estados autoritários para Estados democráticos. Tal evolução ocorre paralelamente à absorção, pelo Estado, de novas funções e desafios para atender às crescentes demandas da sociedade moderna, em tempos de globalização econômica, social, política, religiosa, entre outros aspectos.

Na formulação de políticas públicas, o Poder Executivo, em muitas ocasiões, não tem conseguido atender plenamente às necessidades dos cidadãos no que diz respeito à garantia de seus direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. No caso brasileiro, a Constituição é marcada por seu caráter garantista, assegurando uma ampla diversidade de direitos e impondo ao Estado obrigações destinadas a proporcionar um atendimento digno à população. Diante dessa lacuna, muitos indivíduos e coletividades têm recorrido ao Poder Judiciário para buscar a efetivação desses direitos.

O sistema jurídico brasileiro dispõe de diversos instrumentos para garantir que as decisões judiciais sejam efetivamente cumpridas pelo Poder Executivo, prevenindo eventuais omissões ou descumprimentos. Sem esses mecanismos, a insuficiência de meios legais poderia frustrar a concretização dos direitos fundamentais assegurados às pessoas. O descumprimento de decisões judiciais, por sua vez, sujeita os agentes públicos e a Administração Pública a diversas sanções previstas nos Códigos de Processo Civil e Penal, além de outras penalidades estabelecidas em legislações específicas.

Nesse cenário, surge o papel do controle judicial sobre o orçamento e as políticas públicas. Quando o Poder Público deixa de alocar recursos ou de implementar ações para assegurar direitos fundamentais, o Judiciário atua para corrigir essas omissões. Essa intervenção encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência, que reconhecem que o

orçamento público não é apenas um instrumento de autorização de despesas, mas também um meio de concretização de direitos previstos constitucionalmente.

O ativismo judicial é um dos temas sensíveis no debate sobre a intervenção do Judiciário nas políticas públicas. Esse conceito refere-se à atuação proativa do Judiciário em questões que, tradicionalmente, seriam de competência do Poder Executivo ou Legislativo. No âmbito das políticas públicas, o ativismo judicial é justificado quando o Poder Público é omissivo ou age em desconformidade com os direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

A análise econômica do direito contribui para a compreensão dos impactos das decisões judiciais sobre as políticas públicas e o orçamento público. Essa abordagem permite que o Judiciário avalie os custos e benefícios das suas decisões, garantindo que a concretização de direitos não comprometa o equilíbrio das contas públicas e a sustentabilidade das políticas sociais no longo prazo.

Embora o ativismo judicial possa gerar debates sobre os limites da atuação do Judiciário, ele se justifica em contextos de omissão estatal ou violação dos princípios constitucionais. A análise econômica do direito auxilia na tomada de decisões judiciais que equilibram os direitos sociais com a sustentabilidade fiscal, contribuindo para a construção de um Estado mais justo e eficiente.

O tema da intervenção judicial nas políticas públicas é complexo e polêmico, conforme verifica-se das críticas de estudiosos e de conteúdo de decisões judiciais adiante mencionadas.

Santana (2014, p. 61-70), aborda o controle judicial de políticas públicas sob o prisma da judicialização da política e suas implicações no sistema jurídico brasileiro, identificando limites e possibilidades dessa intervenção, especialmente no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais sociais. A análise é apresentada em uma estrutura que contrapõe argumentos favoráveis e contrários à intervenção judicial, destacando a complexidade do tema.

Uma das críticas recorrentes contra o controle judicial de políticas públicas é a interferência nas referidas políticas, que pode comprometer o equilíbrio entre os Poderes. Políticas públicas são tradicionalmente competências do Legislativo e Executivo, escolhidos por voto popular. A crítica é alicerçada no princípio da separação dos poderes do Estado. Na dissertação, o autor sustenta que:

[...] o desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro não permite a aplicação da ideia de separação dos poderes tal qual a formulou Montesquieu. O paradigma neoconstitucionalista e outros fatores históricos contribuem para que se reconheça

um papel ativo do Poder Judiciário na sociedade brasileira, por vezes interferindo na atuação tipicamente reservada ao Executivo e ao Legislativo, sem que isso implique uma violação a esse valor essencial do Estado brasileiro (Santana, 2014, p. 61).

Prossegue o autor sustentando a legitimidade da atuação judicial, afirmando que

a intervenção do Judiciário que ora se reputa legítima é aquela, no campo das políticas públicas, que visa à satisfação de direitos sociais, mandados constitucionais de otimização, que, como já aduzido, deveriam ser cumpridos independentemente de determinação judicial. A supremacia constitucional de que são dotados os direitos sociais deveria ser razão o bastante para que Executivo e Legislativo trabalhassem pela efetivação desses direitos. Não o sendo, a separação dos poderes não pode ser utilizada como álibi que impeça o Judiciário de, após provocação, determinar a prestação (ou a melhoria desta) de um direito social, com a consequente interferência em uma política pública (Santana, 2014, p. 62).

Outras críticas ao controle judicial das políticas públicas, invocam a falta de capacidade técnica de magistrados para avaliar a formulação e a execução de políticas públicas. A falta de expertise pode levar a decisões inadequadas que desconsideram as complexidades técnicas das áreas envolvidas.

Questiona-se, ainda, a legitimidade democrática dos juízes, tendo em vista que não são eleitos pelo voto popular, o que suscita dúvidas quanto à legitimidade de suas decisões com impacto amplo nas políticas públicas, tradicionalmente reservadas aos representantes eleitos. Essa situação cria riscos de ativismo judicial excessivo, uma vez que a ampliação do controle judicial pode levar a um ativismo indiscriminado, subvertendo o papel do Judiciário como poder moderador. Tal cenário pode gerar uma dependência excessiva das decisões judiciais para a efetivação de direitos, em detrimento de soluções democráticas elaboradas pelos Poderes eleitos.

Quanto ao impacto na gestão dos recursos públicos, os críticos da intervenção judicial argumentam que decisões que determinam despesas não previstas no orçamento público podem comprometer o equilíbrio fiscal, ao desviar recursos de programas de alcance mais amplo para atender demandas individuais ou de grupos específicos, prejudicando a justiça distributiva e a sustentabilidade das contas públicas.

Apesar das críticas direcionadas ao controle judicial do orçamento público para a efetivação dos direitos fundamentais, verifica-se que a legitimidade da atuação judicial se fundamenta na existência de direitos fundamentais violados. A Constituição brasileira atribui aos direitos fundamentais o status de norma suprema, obrigando todos os Poderes a efetivá-los. O orçamento público, como instrumento de alocação de recursos para a concretização desses direitos, deve estar em conformidade com essa supremacia. Em casos de omissão ou desvio de finalidade, o controle judicial revela-se necessário para assegurar o cumprimento da Carta Magna.

Se direitos fundamentais são violados e o Poder Judiciário não puder intervir na política pública que, por omissão, viola esses direitos, determinando adequações ou inclusões orçamentárias para garantir sua efetivação, a quem o cidadão poderá recorrer para assegurar o exercício de seus direitos e sua dignidade?

A concretização dos direitos fundamentais exige uma interpretação ampliada da Constituição e uma atuação mais ativa dos órgãos judiciais, no intuito de corrigir falhas e omissões dos demais Poderes. No atual estágio de desenvolvimento das nações, caracterizado por um avanço tecnológico sem precedentes, massificação de demandas, maior presença do Estado na economia e na vida cotidiana das pessoas, além da dinamicidade das relações humanas e da pressão fiscal, verifica-se um aumento de demandas levadas ao Poder Judiciário. Tal fenômeno tem gerado discussões sobre a legitimidade e os limites da intervenção judicial em políticas públicas.

Direitos fundamentais, como saúde, educação e moradia, são expressamente garantidos pela Constituição e vinculam a atuação estatal. O controle judicial torna-se legítimo quando há omissões no orçamento público em priorizar adequadamente a realização desses direitos, permitindo que o Judiciário corrija omissões ou alocações inadequadas de recursos.

Contudo, é necessário um aprofundamento no debate sobre os limites dessa intervenção, especialmente em matéria de políticas públicas.

Sobre a atuação do Poder Judiciário nesses tempos modernos, o Ministro Barroso (2004, p. 11), do Supremo Tribunal Federal escreveu:

o novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição.

Importante anotar que a multiplicidade de funções do Estado brasileiro e os direitos e garantias dos cidadãos, advindos com a nova ordem constitucional, implicou no aumento da atuação do Poder Judiciário. Aliado a isso, temos o ativismo judicial. O Judiciário é chamado a decidir em controvérsias que as partes interessadas poderiam resolver, principalmente questões políticas, contudo há exacerbada judicialização e os juízes acabam assumindo maior protagonismo na vida e patrimônio de pessoas e entidades.

O Ministro Barroso (2008, [não paginado]), descreve sobre o ativismo judicial:

a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de constitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O ativismo judicial pode ser:

- a) **difuso**: normalmente exercida pela Suprema Corte quando decide a constitucionalidade de normas, com efeitos difusos, atingindo número indeterminado de pessoas;
- b) **concreto**: exercido pelos juízes nos casos concretos, atingindo as pessoas que fazem parte do processo, como por exemplo, ações civis públicas. O ativismo judicial pode ser bom para que outros Poderes possam tomar iniciativas para corrigir lesões a direitos e omissões nas suas políticas públicas.

Sobre o ativismo judicial e a fim de evitar excessos em decisões judiciais que possa prejudicar número indeterminado de pessoas às vezes, o juiz deve valer-se do juízo de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, e orientar-se, dentre outras normas e princípios, pela Lei de Introdução às normas no Direito Brasileiro que traz parâmetros, princípios importantes a serem observados, como por exemplo o artigo 20 dispõe que “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (Brasil, [2018a], art. 20). O artigo 23 dispõe que as decisões devem prever regime de transição sempre que se revele necessário, evitando aquelas ordens que criam mais injustiças que justiça (Brasil, [2018a], art. 23). O artigo 26 dispõe que na aplicação do direito público, a autoridade judiciária *poderá* “[...] após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados” (Brasil, [2018a], art. 26). E o artigo 30 estimula o juiz a zelar pela segurança jurídica.

Com efeito, o ativismo judicial pode ser benéfico ao impulsionar os outros Poderes a corrigirem lesões a direitos ou omissões em suas políticas públicas.

Contudo, para evitar excessos em decisões judiciais que possam prejudicar número indeterminado de pessoas, o magistrado deve valer-se do juízo de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade. Sua atuação deve ser orientada, entre outras normas e princípios, pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que traz importantes parâmetros a serem observados. Por exemplo:

Artigo 20: [...] não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão [...].

Artigo 23: Estabelece que as decisões devem prever regime de transição, quando necessário, para evitar que ordens judiciais gerem mais injustiças do que justiça.

Artigo 26: Prevê que, na aplicação do direito público, a autoridade judiciária poderá, ‘após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados.

Artigo 30: Estimula o juiz a zelar pela segurança jurídica (Brasil, [2018a], art. 20, art. 23, art. 26, art. 30).

Uma das questões que geram controvérsias e são objeto de estudos, bem como de diversas teorias, refere-se às decisões judiciais que impactam significativamente os orçamentos públicos, como aquelas que determinam a alocação de recursos orçamentários, competência atribuída constitucionalmente ao Poder Executivo. A controvérsia nessa questão reside em saber se o direito fundamental a ser protegido confere ao magistrado legitimidade para determinar mudanças no orçamento público.

Discute-se, assim, a viabilidade jurídica do controle judicial das escolhas políticas no orçamento como instrumento para dar efetividade aos direitos fundamentais sociais. A Constituição Federal estabelece os fins e objetivos do Estado e positivou os direitos fundamentais da pessoa humana, os quais o Estado deve atender com primazia. Ademais, limita os poderes da Administração Pública, vinculando os Poderes Executivo e Legislativo a adotar as providências necessárias para concretizar esses direitos, que são classificados como cláusulas pétreas, imutáveis no ordenamento jurídico.

Dessa forma, a Administração Pública é obrigada a criar condições materiais e legislativas que assegurem os direitos fundamentais à população. O orçamento público, enquanto documento central de planejamento financeiro e alocação de recursos, deve refletir os mandamentos constitucionais, especialmente no que tange à concretização dos direitos fundamentais, assumindo papel de extrema relevância na consecução dessa complexa missão.

Nesse contexto, surgem debates sobre teorias como a da *reserva do possível*, os custos dos direitos, os obstáculos orçamentários à implementação de direitos, a vinculação do orçamento aos direitos fundamentais e a independência dos Poderes. Esses temas ilustram os desafios e as tensões que permeiam o controle judicial do orçamento público e as políticas públicas, ressaltando a necessidade de equilíbrio entre a concretização dos direitos fundamentais e o respeito à autonomia dos Poderes.

Como vimos, a consolidação do Estado Constitucional de Direito no Brasil, especialmente após a Constituição de 1988, trouxe ao centro do debate jurídico a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Saúde, educação, moradia e segurança social deixaram de

ser meras promessas programáticas para se tornarem normas de aplicação imediata, judicialmente exigíveis. Com efeito, os direitos sociais são cláusulas pétreas de ordem objetiva, afirmando a universalidade, a dignidade humana, e o dever estatal de prestação progressiva de serviços públicos.

Contudo, a realidade da escassez de recursos públicos coloca em tensão a universalização desses direitos e a gestão orçamentária do Estado.

É nesse cenário que a Análise Econômica do Direito (AED) surge como ferramenta para repensar o papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, especialmente quando suas decisões implicam reorientação de políticas públicas e alocação de recursos, sendo esses finitos. Essa contradição entre expectativa normativa e limitação econômica exige que o Poder Judiciário, ao decidir casos sobre direitos fundamentais, incorpore uma reflexão mais crítica sobre os custos, a eficiência e o impacto coletivo desses julgamentos.

Vasconcellos (2000, p 15) conceitua a economia como

uma ciência social que estuda como o indivíduo e a sociedade decidem utilizar recursos produtivos escassos, na produção de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre várias pessoas e grupos da sociedade, com a finalidade de satisfazer às necessidades humanas.

Mankiw (2001, paginação irregular) em síntese define economia como “o estudo da forma pela qual a sociedade administra seus recursos escassos”.

A Associação Americana de Economistas (*American Economic Association – AEA*) no texto “*What is Economics?*”, Economia é definida como o estudo da escassez, de como pessoas usam recursos e respondem a incentivos; decisões que indivíduos, empresas, governos e sociedades tomam para lidar com a limitação de recursos (AEA, [202-?]).

A partir desses conceitos, vislumbra-se dois elementos centrais e que é o cerne da ciência econômica, que é o conflito entre as necessidades ilimitadas e a escassez dos recursos.

O Direito, por sua vez, é conceituado pela doutrina brasileira e estrangeira, numa abordagem normativista/institucional, como o sistema de normas (escritas ou interpretadas) instituídas em uma comunidade politicamente organizada, com legitimidade e capacidade coercitiva, que regulam condutas, distribuindo direitos e obrigações, resolvendo conflitos, definindo sanções.

Nesse sentido, para Kelsen (1998), o Direito é um sistema de normas que regula condutas sociais mediante sanções, sendo a ordem jurídica uma “técnica social de organização e controle” dotada de coerção legítima.

Reale (2002, p. 63), vê o Direito como um processo que integra o fato (o mundo da realidade), o valor (o mundo ético, a justiça) e a norma (o dever-ser). Ele descreve o Direito como “a integração normativa de fatos segundo valores”.

No estudo de Nader (2003, [p. 95]) o direito como um “conjunto de normas de conduta social, imposto coercitivamente pelo Estado, para realização de segurança, segundo critérios de justiça”.

Os elementos centrais do conceito de Direito são:

- a) conjunto organizado de normas;
- b) institucionalidade política (sociedade politicamente estruturada);
- c) legitimidade (aceitação social e fundamento de validade);
- d) coercibilidade (observância obrigatória);
- e) função reguladora (regula condutas);
- f) atribuição de direitos/deveres (justiça social, equilíbrio);
- g) resolução de conflitos (solução de controvérsias);
- h) sanção (consequências em caso de descumprimento).

Na busca de soluções para os problemas da humanidade, os estudiosos sempre se dedicaram a compreender e estudar os fenômenos sociais, matemáticos, da natureza, linguagens, etc. Na concepção de Popper (2004, p. 14) a busca pelo conhecimento não se dá através de meras percepções ou observações, mas sim diante do enfrentamento de problemas teóricos e práticos, numa incessante busca por respostas.

Nesse processo de aperfeiçoamento do conhecimento, o apego exacerbado a métodos e a modelos e padrões já fixados anteriormente como parâmetros, pode inibir novos processos de conhecimento, levando o estudioso a uma ignorância e negação da própria ciência, o negacionismo.

Esse fenômeno de desconfiança em relação a novos conhecimentos é observado ainda hoje, e se deu a partir do advento da disciplina científica Análise Econômica do Direito (AED), em que economistas passaram a estudar fenômenos jurídicos e suas consequências na sociedade e juristas a estudar princípios da Economia aplicada ao Direito.

De fato, a incorporação de estudos e conclusões da ciência econômica ao raciocínio jurídico tem encontrado resistências em parte da doutrina brasileira. Um primeiro foco de desconfiança é metodológico: Direito e Economia operam, em regra, com linguagens, métricas e critérios distintos. Enquanto o Direito trabalha predominantemente com argumentação normativa, hermenêutica e princípios (legalidade, igualdade, dignidade, segurança jurídica), a Economia privilegia modelos formais, inferência causal e avaliação

empírica de impactos, num estudo de consequências. Salama (2008, p. 5), sistematizou esse fenômeno ao observar que “o Direito é marcadamente hermenêutico” e “aspira ser justo”, ao passo que a Economia é “marcadamente empírica” e “aspira ser científica”; a crítica econômica se faz pelo custo, a jurídica pela legalidade, o que torna o diálogo “inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo”, se mal-conduzido.

Essas diferenças alimentam argumentos de que a AED poderia reduzir a normatividade jurídica a uma questão de eficiência, vulnerando valores que não se deixam quantificar, como a busca pelo que é justo.

Parte da doutrina teme que raciocínios de eficiência, como custo-benefício, incentivos substituam parâmetros constitucionais, notadamente em direitos fundamentais, contaminando o juízo jurídico por um consequencialismo econômico que relativize o núcleo essencial dos direitos. Nesse sentido, Streck (2020), adverte que o consequencialismo decisório, quando adotado sem amarras, pode corroer a integridade do precedente e a própria racionalidade normativa, abrindo espaço a decisões casuísticas ancoradas em prognoses utilitaristas frágeis.

Forgioni (2005) questiona se a AED não seria “paranóia ou mistificação”, denunciando riscos de reducionismo (tomar o jurídico como mero instrumento para maximizar resultados econômicos), de universalização indevida de modelos norte-americanos e de “eficientismo” como critério supremo de valoração jurídica.

Contudo, as críticas à utilização de parâmetros econômicos ao raciocínio jurídico devem ser recebidas “cum grano salis” e são importantes porque acendem alertas. A AED, evidentemente, só terá utilidade se subordinada à Constituição. Eficiência e incentivos informam e auxiliam o Direito, mas não ditam o conteúdo de direitos.

A utilização de modelos abstratos para casos concretos requer dados confiáveis e transparência, caso contrário o prognóstico de economistas pode tornar frágil a motivação contida na decisão judicial, como por exemplo, uma estimativa de custo-benefício apenas especulativa, sem dados estatísticos confiáveis, a embasar a decisão judicial.

Soluções econômicas eficientes do ponto de vista utilitarista, sem um critério jurídico constitucional, podem gerar desigualdades de acesso a bens jurídicos fundamentais, como saúde e educação, especialmente em populações vulneráveis social e economicamente.

Releva notar ainda que as críticas não negam o valor heurístico da AED, mas o seu uso está condicionada a uma integração responsável. A técnica serve como instrumento para colocar luz e vislumbrar consequências e alternativas menos onerosas, sem menosprezar direitos, princípios e o devido processo legal, num exercício de ponderação, proporcionalidade e integridade.

Da mesma forma, a desconfiança de parte da doutrina não significa, necessariamente, negacionismo da técnica científica e recusa ao diálogo interdisciplinar. A crítica deve ser recebida como uma cautela a ser adotada contra a aplicação pura e simples do “economicismo”. Evidentemente, o Direito continua sendo sistema normativo coercitivo e legítimo, voltado à regulação de condutas e à tutela de garantias e a Economia, quando aplicada ao Direito, não será para substituí-lo, mas auxiliar nas decisões.

Essa é a linha de raciocínio de Salama (2008, p. 6), quando faz ponderações importantes a respeito da disciplina Direito e Economia, ou seja, a disciplina “serve, antes de tudo, para iluminar problemas jurídicos e apontar implicações de escolhas normativas”, sem prometer respostas definitivas para dilemas de justiça.

Salama (2008), cita diversos exemplos em que a Economia pode ser útil ao Direito, com destaque para:

- a) explicar e prever: usar modelos para entender por que certas regras emergem (ex.: da culpa à responsabilidade objetiva quando o custo probatório é alto) e antecipar como atores responderão a mudanças legais;
- b) mensurar efeitos e tornar escolhas transparentes: a análise de eficiência explicita o preço de cada arranjo institucional, evitando retórica vazia;
- c) aprimorar a coerência entre meios e fins jurídicos: verificação empírica de se a regra “atinge” seus próprios objetivos; caso não, urge ajuste normativo;
- d) apoiar a hermenêutica com prognósticos consequencialistas (sem substituir princípios): no registro pragmático, o julgador considera custos, incentivos e efeitos distributivos ao lado de valores democráticos, precedentes e Constituição;
- e) construir uma agenda de pesquisa aplicada: direito e economia convocam pesquisas empíricas, de avaliação de impacto regulatório, e de diagnóstico de equilíbrios institucionais (inclusive em políticas setoriais, justiça cível/penal, direitos de propriedade, contratos, responsabilidade, antitruste e regulação).

Sobre a importância da complementariedade dos estudos de direito e economia, Guasque (2018, p. 89-100) enfatiza a necessidade de um olhar interdisciplinar entre as duas áreas, mostrando que, apesar de partirem de tradições distintas, ambas lidam com a organização social e a regulação das condutas humanas. O Direito estabelece normas e limites para a convivência, enquanto a Economia se preocupa com a alocação de recursos escassos e com os incentivos que moldam as escolhas individuais e coletivas. Essa complementariedade revela que o estudo jurídico não pode ser isolado dos impactos econômicos de suas normas e decisões, sob pena de perder efetividade e conexão com a realidade social.

Nesse sentido, a autora sustenta que a aproximação entre Direito e Economia oferece instrumentos mais precisos para compreender fenômenos sociais complexos, permitindo decisões jurídicas mais racionais, eficientes e ajustadas às consequências práticas que produzem. A análise econômica, ao incorporar conceitos como eficiência, custos de transação e racionalidade das escolhas, contribui para iluminar as implicações econômicas das normas jurídicas e das decisões judiciais, fortalecendo tanto a coerência do sistema jurídico quanto sua capacidade de servir ao desenvolvimento social e econômico (Guasque, 2018, p. 89-100).

Assim, o objeto da ciência econômica é delimitado pelo estudo de escolhas sob escassez e de incentivos que moldam a ação humana, dentro e fora do mercado, justificando o uso das ferramentas econômicas para compreender fenômenos jurídicos, visando previsibilidade, eficiência e avaliação de consequências.

Importante o estudo desenvolvido pelo professor Valter Moura do Carmo em coautoria sobre o uso de inteligência artificial no Judiciário sob a ótica da AED, reforçando a interlocução do Direito e Economia a serviço da Justiça. No artigo, os autores chamam atenção para o dilema produtividade e justiça da decisão e para os incentivos que sistemas inteligentes geram em atores públicos. O artigo adota explicitamente a Análise Econômica do Direito como referencial para avaliar normas e decisões a partir de custos, incentivos e efeitos sobre o comportamento dos agentes, ou seja, a eficiência do arranjo jurídico e redução de custos de transação como condição para desenvolvimento. O estudo mapeia usos já institucionais de IA para organizar processos e auxiliar nas decisões judiciais, sem substituir o julgamento humano (Carmo; Antunes, 2019).

A aplicação de princípios e institutos da ciência econômica proporciona aos juízes uma visão analítica para equilibrar exigência constitucional de efetivação dos direitos sociais, com limitações práticas, mantendo a legitimidade democrática das decisões.

A tese aqui defendida é que a AED, se bem aplicada, ajuda o Judiciário a formular decisões que não apenas reconheçam direitos fundamentais, mas que apontem para uma efetividade compatível com os limites fiscais, minimizando impactos negativos adversos sobre outros direitos ou populações.

A presente dissertação adota a Análise Econômica do Direito (AED) como ferramenta para calibração da intervenção judicial no orçamento, visando à racionalidade alocativa e à sustentabilidade fiscal. Contudo, é imperativo que essa adoção não seja interpretada como uma adesão acrítica ou integral aos postulados canônicos da AED, especialmente em sua vertente mais ortodoxa (Posneriana ou Welfarista de Kaplow e Shavell). A análise aqui proposta é de uma AED funcional e constitucionalmente subordinada, que reconhece e

explicita as profundas tensões e incompatibilidades éticas entre a lógica da maximização da riqueza ou do bem-estar agregado e a natureza inalienável dos direitos humanos e fundamentais.

A principal limitação axiológica da AED, quando aplicada aos direitos sociais, reside em sua tendência de reduzir a proteção jurídica a uma mera questão de cálculo de custos e benefícios, desconsiderando a primazia ético-constitucional que lhes é inerente. Direitos fundamentais sociais, como a saúde e a educação, não podem ser assimilados apenas à categoria de gastos públicos ou simples direitos prestacionais, sob pena de se enfraquecer drasticamente sua força normativa e sua função de socialização de riscos existenciais. A Constituição de 1988 estabeleceu o Orçamento como um instrumento de materialização da dignidade da pessoa humana e da justiça distributiva. A metodologia da AED, ao focar excessivamente na escassez e no *trade-off* (custo de oportunidade), corre o risco de naturalizar as desigualdades socioeconômicas e de transferir o ônus da precariedade do Estado para o indivíduo, exigindo-lhe uma racionalidade de mercado que é estruturalmente incompatível com a proteção do mínimo existencial. Portanto, o emprego da AED na intervenção judicial é balizado pela premissa inegociável de que a eficiência alocativa é um critério de otimização gerencial do recurso público e não um critério de justificação ou limitação do núcleo essencial do direito fundamental.

5.1 Fundamentos da análise econômica do direito

Com origem nos Estados Unidos, sob a influência da *Law and Economics* de Richard Posner e Guido Calabresi, a Análise Econômica do Direito (AED) é uma ciência que aplica métodos, conceitos e princípios econômicos para interpretar normas jurídicas, decisões judiciais e o comportamento dos operadores dos sistemas jurídicos, com aplicação no sistema jurídico. Utiliza ferramentas analíticas e empíricas da Economia, busca eficiência e maximização de bem-estar como critérios para soluções jurídicas (Coase, 1960; Calabresi, 1961).

A Análise Econômica do Direito (AED), conhecida *Law and Economics*, constitui um dos importantes movimentos da teoria jurídica contemporânea. Surgida nos Estados Unidos na segunda metade do século XX, a AED propõe a aplicação de métodos e conceitos da economia neoclássica para compreender, criticar e reformular as instituições jurídicas. Seu objetivo central é investigar como as normas jurídicas influenciam o comportamento dos

agentes econômicos e como estas podem ser desenhadas de modo a promover a eficiência e a maximização de bem-estar social.

A AED utiliza conceitos, princípios e instrumentos econômicos, especialmente da microeconomia, para aplicabilidade no Direito, inovando a forma de pensar o Direito, em relação ao pensamento jurídico tradicional, formal, mais autônomo e contido. Autores como Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard Posner que veremos mais adiante trouxeram para o Direito conceitos da ciência econômica como eficiência, escassez, maximização racional, incentivos, escolha racional, rationalidade limitada, equilíbrio, assimetria informacional, externalidades, teoria dos custos de transação, teoria dos jogos, teoria da agência, teoria dos contratos incompletos, teoria da escolha pública, economia comportamental permeiam o estudo da AED para a discussão de temas jurídicos (Posner, 2010).

O palco da intelectualidade fomentadora da AED foi a Universidade de Chicago, na qual economistas e juristas dialogavam de maneira inédita. A Escola de Direito de Chicago estimulou jovens pesquisadores a refletirem sobre a interação entre normas jurídicas e funcionamento dos mercados. Deste ambiente emergiram Ronald Coase, Gary Becker e, sobretudo, Richard Posner.

Silveira (2023) fazendo referência a estudos de Calabresi, afirma que a expressão *análise econômica do direito* foi cunhada por Richard Posner. Embora a importância das obras de Ronald Coase e Guido Calabresi, como pioneiros do Direito e Economia, seja incontestável, foi a obra de Richard Posner, notadamente, *Economic Analysis of Law* (Análise Econômica do Direito), publicada em 1973, que realmente fez o movimento decolar. Posner é o grande expoente da Escola de Chicago, que é o que poderia ser denominada de doutrina majoritária em Direito e Economia, ou *Law and Economics*, ou análise econômica do direito, como já mencionado anteriormente.

Nos anos 1970, o ambiente jurídico norte-americano estava marcado por movimentos intelectuais de renovação teórica. *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito (AED), que propõe a análise do direito sob a perspectiva econômica, e a *Critical Legal Studies* (CLS) ou Escola Crítica do Direito, sob a perspectiva política (Alvarez, 2006).

Os dois movimentos apresentavam características comuns e também distintas. Nas comuns, ambas rejeitavam a visão de um direito autônomo em relação às realidades sociais e, portanto, disciplina autônoma das demais ciências sociais, reforçando a tese da razão da interdisciplinariedade, que deve orientar as ciências sociais, num realismo crítico da jurisprudência tradicional, e desconstrução do pensamento legal clássico através do entendimento das normas como fatos (Pacheco, 1994).

Pacheco (1994), descreve as características distintas das duas escolas e observa-se a relação da natureza do Direito e da conduta humana o *Law and Economics* (AED), ou seja, enxerga os indivíduos como seres racionais que agem para maximizar seus próprios interesses. O direito, nessa visão, funciona como um conjunto de incentivos que promovem condutas eficientes e penalizam as ineficientes. A eficiência é o valor central, enquanto a *Critical Legal Studies* (CLS) questiona a ideia de racionalidade econômica, argumentando que ela é dependente de uma visão ideológica que justifica desigualdades sociais e privilégios, apresentando-as como resultados de uma escolha racional privada. Para a CLS, a conduta humana é um reflexo das estruturas de poder e ideologias dominantes.

As duas escolas fizeram críticas de formas distintas também à teoria e o ensino do Direito. A *Law and Economics* (AED) reconhece as falhas do pensamento jurídico tradicional, mas acredita que a análise econômica pode complementar e aprimorar a tomada de decisões, tornando-as mais objetivas e precisas. Para a AED, a eficiência econômica pode e deve ser usada como um padrão ético para que os juízes tomem decisões justas, já que o sistema legal subjacente (especialmente a *Common Law*) já tende à racionalidade econômica, ao passo que a *Critical Legal Studies* (CLS) argumenta que o pensamento tradicional do direito tem uma função ideológica que legitima desigualdades sociais e econômicas. Para a CLS, as decisões e a teoria jurídica são indeterminadas, ou seja, não há uma base objetiva que as justifique, e a ideia de neutralidade jurídica é um mito. O direito é visto como uma ferramenta para manter o *status quo* de poder (Pacheco, 1994).

Nesse contexto, a AED ganhou destaque por oferecer um instrumental rigoroso, baseado na matemática econômica, para avaliar a eficiência das normas e instituições jurídicas.

Apesar de ser um movimento recente, a AED remonta a tradições anteriores. Autores como Jeremy Bentham já defendiam que a lei deveria ser avaliada por seus efeitos práticos sobre a felicidade social. O utilitarismo benthamita, ao propor que as normas jurídicas fossem instrumentos de maximização da utilidade, antecipou o espírito consequencialista da AED (Gomes, 2016).

Entre as principais teorias desenvolvidas pelos fundadores da AED, destacam-se:

- a) **custos de transação (Coase)**: o direito deve reduzir os obstáculos que impedem negociações privadas eficientes. Revolucionou o pensamento em áreas como a Economia e o Direito. Em seu artigo seminal *The Problem of Social Cost*, 1960, Coase argumentou que, para entender a alocação de recursos em uma sociedade, é crucial ir além dos modelos econômicos tradicionais que assumem a inexistência de

atributos no mercado. Ele introduziu a ideia de que o simples ato de negociar e transferir direitos de propriedade não é isento de custos. Tais custos, frequentemente chamados de “custos de fricção do mercado”, são os elementos-chave para explicar por que a intervenção do Estado (e o próprio Direito) é, por vezes, necessária. Desenvolveu a ideia de que na ausência de custos de transação, a alocação inicial de direitos não afetaria o resultado eficiente, pois as partes negociariam até uma solução que maximiza valor (o chamado “Teorema de Coase”). O ponto normativo central, porém, é que no mundo real com custos de transação positivos o direito importa. A definição e a proteção de direitos (propriedade, responsabilidade) moldam os custos de negociar e, com isso, os resultados (Coase, 1960).

b) **custo dos acidentes e modos de proteção (Calabresi):** Guido Calabresi, em sua obra seminal, *The Costs of Accidents* (1970), reformula a responsabilidade civil como problema de minimização de custos sociais totais (prevenção, perdas residuais e administração/seguro). O desenho ótimo de regras (objetiva/subjetiva, padrões de cuidado, seguros obrigatórios) deve induzir níveis eficientes de precaução e atividade. expande a análise da externalidade para o campo da responsabilidade civil. Ele propõe um objetivo claro para o Direito: minimizar os custos totais dos acidentes. Para atingir a minimização dos custos primários, Calabresi defende a adoção de dois ‘modos de proteção’ ou estratégias de alocação de custos:

- deterrence específica (*specific deterrence*): baseia-se em regras que buscam internalizar o custo do acidente na fonte, ou seja, no agente que o causou. Isso pode ser feito através de um regime de responsabilidade civil por culpa (negligência) ou de responsabilidade objetiva. A ideia é que o agente potencialmente perigoso, ao assumir o risco de ter que pagar pelos danos, será incentivado a adotar um nível eficiente de precaução;
- deterrence geral (*general deterrence*): busca alocar o custo do acidente de volta para a atividade que o gerou, em vez de focar no agente individual. A ideia é que o custo do acidente seja “embutido” no preço do produto ou serviço. Isso permite que o consumidor, ao decidir entre diferentes atividades, leve em conta os custos sociais totais, e não apenas os custos privados. Por exemplo, se a produção de carros mais rápidos gera mais acidentes, o custo desses acidentes deveria ser adicionado ao preço do carro, levando os consumidores a internalizarem o custo

social de sua escolha. Calabresi argumenta que essa abordagem é mais abrangente, pois a alocação é feita a um grupo mais amplo e não apenas a um indivíduo (Calabresi, 1970).

- c) **internalização de externalidades (Coase):** a principal contribuição de Ronald Coase para o debate sobre externalidades está em seu Teorema, que sustenta que, em um mundo ideal com custos de transação nulos, a alocação de recursos será eficiente, independentemente de quem detenha o direito de propriedade inicial. A lógica é que, se o direito for atribuído à parte menos eficiente, a parte mais eficiente poderá pagar para adquiri-lo, resultando em um desfecho que maximiza o valor social total. Conclusão implícita da hipótese de Coase está na situação em que a existência de custos de transação positivos é o que impede a negociação e, portanto, o que torna a atribuição inicial de direitos de propriedade relevante para a eficiência. Para Coase, o papel do Direito não é intervir diretamente para "corrigir" a externalidade, mas sim instituir um arcabouço legal que minimize os custos de transação, permitindo que as próprias partes negociem e internalizem os custos. A externalidade, portanto, é vista não como uma "falha" de mercado a ser corrigida, mas como um problema recíproco. O Direito, ao definir direitos de propriedade de forma clara, facilita a negociação e a alocação eficiente dos recursos (Coase, 1960).
- d) **cálculo econômico do crime (Becker):** Becker (1968) modela o crime como decisão racional frente a custos esperados (probabilidade de sanção × severidade) e benefícios privados, derivando condições para a política penal eficiente (composição entre policiamento, probabilidade de captura e magnitude da pena). Essa abordagem inaugura a economia do crime aplicada a políticas criminais e processuais;
- e) **sistematização da AED:** eficiência do *common law* e maximização da riqueza (Posner): Richard A. Posner é, na fase clássica da Análise Econômica do Direito (AED), o autor que sistematiza o programa intelectual inaugurado por Coase e Calabresi e o transforma numa agenda abrangente para praticamente todos os ramos do Direito. Sua obra, *Economic Analysis of Law* (1973), organiza princípios e aplicações em diversas áreas do Direito, propriedade, contratos, responsabilidade civil, processo, penal, antitruste, sob um mesmo critério: avaliar regras e decisões pela eficiência de seus resultados. Duas teses marcam esse momento clássico:
 - a tese positiva de que muitas regras do *common law* tendem à eficiência;

- a tese normativa de que as regras devem ser eficientes (com a eficiência entendida como maximização da riqueza, na tradição Kaldor-Hicks) (Posner, 1973).

A tese positiva, conhecida como hipótese da eficiência do *common law*, propõe que o processo de litígios e precedentes seleciona, ao longo do tempo, regras que minimizam custos sociais. Partes têm incentivos para contestar regras ineficientes; tribunais, ao resolverem casos marginais, aproximam o direito de soluções que melhor alinham incentivos e reduzem desperdícios. Posner (1973), defende que as decisões judiciais, ao longo do tempo, tendem a internalizar as externalidades e a alocar direitos à parte que os valoriza mais.

A tese normativa de Posner, a mais característica da fase clássica, defende que a maximização da riqueza é o critério jurídico preferível para orientar a escolha entre regras e remédios. Em vez de medir utilidade psicológica, adota-se um padrão operacional, a disposição a pagar/aceitar, isto é, o valor que os indivíduos revelam nas trocas. Assim, uma política é melhor quando permite realocações que aumentam o valor agregado dos recursos, mesmo que compensações permaneçam hipotéticas (Kaldor-Hicks). Ele defende que os juízes devem decidir casos em que não há precedentes claros de forma a maximizar a riqueza (Posner, 1980).

Como vimos, Posner foi o principal expoente intelectual na fase clássica da Análise Econômica do Direito. Contudo, sua proposta suscitou intenso debate filosófico e jurídico. Críticos notaram tensões distributivas na questão da maximização da riqueza e no bem-estar de todos e limites da mensuração monetária. A principal crítica, articulada por juristas como Ronald Dworkin, questiona a equiparação da justiça à eficiência. Para os críticos, a moralidade e a justiça não podem ser reduzidas a uma mera métrica econômica. A maximização da riqueza pode levar a resultados que, embora eficientes, são considerados injustos, como a falta de proteção a grupos vulneráveis que não têm poder de barganha no mercado. Dworkin e Posner divergem, principalmente, sobre duas questões. Enquanto Posner comprehende que os argumentos de política podem fundamentar uma decisão judicial e que, em razão da indeterminabilidade do direito, casos difíceis não admitem uma única resposta certa, Dworkin, diversamente, questiona se não pode haver mesmo uma única resposta certa e defende, em princípio, que argumentos de políticas não podem servir de fundamento para decisão judicial (Leite; Dias, 2016).

Independentemente da adesão plena às suas teorias, o legado clássico de Posner está em ter organizado a AED como método, estruturação do problema jurídico e a escolha da decisão em situações de restrições, a modelação de incentivos, estimativa de efeitos e preferência pela alternativa que reduz perdas sociais, uma heurística que moldou tanto a

pesquisa quanto a prática judicante contemporânea, que vai além da mera aplicação de conceitos econômicos isolados. Ele forneceu uma base filosófica para o movimento, transformando-o de uma técnica em uma disciplina abrangente que, mesmo com suas limitações, oferece uma nova visão para a análise do fenômeno jurídico e para técnicas importantes de decisões judiciais.

Após o período clássico da AED, surgiram novos instrumentos metodológicos da AED e novos autores e o desenvolvimento de novas formas de abordagem, em razão de novas dinâmicas das relações jurídicas, sociais e econômicas, intensificando os debates, valorando a interdisciplinaridade.

Alvarez (2006, p. 51), explica o uso da AED na tomada de decisões judiciais:

para a AED os indivíduos são criaturas racionais que se comportam tentando maximizar seus interesses em todos os âmbitos e facetas da vida, razão porque na perspectiva econômica o direito é um conjunto de incentivos que premia as condutas eficientes e penaliza as ineficientes... que as análises e justificações doutrinárias podem ser completadas pela análise econômica, para conseguir maior objetividade e precisão na tomada de decisões. Noutros termos, que o valor econômico da eficiência ou o princípio da maximização da riqueza podem ser usados pelos juizes como standard ético para determinar quando uma decisão particular pode considerar-se justa.

Nesse diálogo da economia com o direito, com a aplicabilidade dos princípios da ciência econômica a decisões judiciais e demais estudos e peças técnicas do direito, resulta a interdisciplinaridade, que é a integração de conteúdos de duas ou mais disciplinas para compreender um objeto de estudo. O objetivo é que o operador do direito tenha uma visão mais ampla e relate os conhecimentos com a realidade. A interdisciplinaridade é uma abordagem metodológica que pode ser aplicada na ciência e ajuda a buscar respostas para problemas que não podem ser resolvidos com os conhecimentos de uma única área.

O direito não é um ramo científico isolado. Ele sofre reflexos do realismo social e muitos dos seus conceitos e princípios advém da influência de outros ramos da ciência, como a econômica, tornando esta referencial do sistema jurídico, flexibilizando o discurso jurídico à realidade social e assim se realiza a integração entre ciência econômica e ciência jurídica superando os limites do formalismo e estabelecendo novo tipo de relação implicando na absorção de conceitos e princípios econômicos no estudo do direito, tornando decisões jurídicas mais racionais e eficientes.

Com a interdisciplinaridade, o direito passa a ser compreendido como meio para atingir fins ou objetivos sociais, razão do instrumentalismo, resultante do movimento do realismo jurídico e do movimento do pragmatismo filosófico, bem como do movimento progressista, como explicita Alvarez (2006).

Um dos reflexos da aplicabilidade da AED, ainda invocando lições de Alvarez (2006), é a questão do instrumentalismo pragmático, cujas principais características são:

- a) uma concepção essencialmente instrumental do direito entendido como o conjunto de meios sociais, de instrumentos que servem a objetivos determinados, que surgem, por sua vez, de necessidades e interesses sociais externos ao direito uma forma de tecnologia, uma tecnologia social complexa;
- b) uma teoria do direito em que os juízes e operadores jurídicos são os verdadeiros protagonistas no processo de criação do direito;
- c) uma visão otimista do potencial eficácia do direito para cambiar a sociedade;
- d) uma teoria do valor de mercado caráter utilitarista porquanto o direito existe para satisfazer necessidades ou interesses. Consoante *Summers*, a maioria destes teóricos consideravam que os valores e os objetivos das normas jurídicas devem derivar dos desejos e interesses reais da sociedade, quaisquer que eles sejam, num determinado momento. Desta forma, ao assumir a não comensurabilidade qualitativa das necessidades leva a postular a maximização do maior número de interesses ao menor custo., o que converge com as teses da AED;
- e) esta teoria instrumentalista do direito é o fundo ideológico da experiência jurídica do estado intervencionista nos EEUU.

A interdisciplinaridade no direito que propiciou o aprofundamento da AED no Brasil é recente e tornou o direito menos abstrato e positivista, propiciando avanços em relação a estudos como a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen (1998). Os incrementos das atividades econômicas, o avanço tecnológico, a massificação das demandas, a globalização exigiu maior flexibilidade do operador do direito e a busca de conhecimentos em outros ramos da ciência um maior fundamento para a aplicação do direito ao caso concreto.

A AED introduz métodos para avaliar o impacto econômico das decisões judiciais, promovendo alocações mais eficientes de recursos públicos e privados. Por exemplo, em litígios envolvendo políticas públicas, como saúde e educação, a análise de custo-benefício pode ajudar a priorizar ações que beneficiem mais pessoas com recursos limitados. A AED pode ser adaptada às necessidades do Brasil por meio de teorias que equilibram eficiência econômica com valores constitucionais.

As contribuições de Timm (2023) reforçam a necessidade de submeter as decisões judiciais, especialmente aquelas que incidem sobre políticas públicas e orçamento, ao crivo da Análise Econômica do Direito. Em sua produção sobre AED e Direito e Economia no Brasil, o autor parte da premissa de que o Direito é um sistema de incentivos que condiciona a

alocação de recursos escassos, de modo que decisões judiciais não apenas solucionam o caso concreto, mas produzem “efeitos de segunda ordem”: geram expectativas, influenciam o comportamento de agentes públicos e privados, alteram custos de transação e impactam o ambiente de investimento e de formulação de políticas públicas.

Aplicada à judicialização de políticas públicas, essa abordagem parte do reconhecimento de que os direitos fundamentais sociais são realizados em contexto de escassez orçamentária. Ao analisar o entrelaçamento entre direitos, orçamento e “reserva do possível”, Timm (2010) sustenta que cada decisão que impõe ou realoca gastos públicos envolve um custo de oportunidade: recursos destinados ao cumprimento de uma ordem judicial específica deixam de ser aplicados em outras políticas igualmente voltadas à concretização de direitos. Por isso, a atuação judicial em matéria de saúde, educação, assistência social ou outras políticas estruturantes deve levar em conta os impactos distributivos e macroinstitucionais das decisões, evitando tanto o ativismo insensível a custos quanto a abstenção acrítica diante de omissões estatais inconstitucionais (Timm, 2010).

A incorporação de elementos da AED, como análise custo-benefício, avaliação de alternativas menos gravosas e consideração dos efeitos futuros das decisões é compreendida como condição para que a jurisdição constitucional, ao intervir no orçamento, recalibre incentivos de maneira responsável, favorecendo a efetividade do mínimo existencial sem comprometer a sustentabilidade das políticas públicas universalistas. Essa perspectiva dialoga diretamente com os fundamentos da presente dissertação, ao tratar a decisão judicial sobre o orçamento não apenas como aplicação de normas, mas como ato institucional com consequências econômicas relevantes, que deve ser justificado à luz simultânea da normatividade dos direitos sociais e das restrições materiais do erário.

O STF, na ADPF 45, valora princípios econômicos aplicados ao direito, ao destacar que decisões judiciais devem considerar os impactos econômicos para evitar comprometer a alocação de recursos públicos (Brasil, 2004).

A Análise Econômica do Direito, quando adaptada de forma crítica ao sistema jurídico brasileiro, pode ser uma ferramenta valiosa para aprimorar decisões judiciais, promover eficiência e racionalidade e melhorar a gestão de recursos públicos. Contudo, sua aplicação deve respeitar os princípios constitucionais e ser utilizada com cautela para evitar que a busca pela eficiência comprometa a justiça e os valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Num juízo de ponderação, Rosa e Messias (2019), afirmam que a inserção da AED no Brasil deve ser analisada com reservas. Embora haja contribuições relevantes no que tange à

eficiência e ao aprimoramento da interpretação normativa, não se pode perder de vista que o Direito brasileiro é regido por uma Constituição compromissória, fundada em valores como dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade, justiça social e proteção de direitos fundamentais.

Os autores sustentam que a principal crítica reside no fato de que a lógica da eficiência econômica não pode sobrepor-se aos valores constitucionais. A AED, se aplicada de forma acrítica, pode levar a decisões que privilegiam o utilitarismo em detrimento de princípios como isonomia, devido processo legal, proteção dos hipossuficientes e justiça material, e alertam para o risco de instrumentalização do Judiciário por meio de decisões fundamentadas exclusivamente em análises econômicas, desconsiderando os aspectos éticos, sociais e axiológicos do Direito. Nesse sentido, defendem que a AED não pode ser utilizada como critério absoluto de decisão, mas sim como um instrumento subsidiário e complementar à hermenêutica jurídica tradicional e que as decisões fundadas em princípios da AED respeitem os limites da legalidade estrita, estejam vinculadas à busca do bem comum e à justiça distributiva e não comprometa garantias individuais ou coletivas asseguradas pela Constituição (Rosa; Messias, 2019).

De fato, a orientação welfarista dominante na AED, especialmente na formulação “bem-estar acima da justiça”, é insuficiente como régua normativa para controle judicial do orçamento quando estão em jogo direitos fundamentais com estatura constitucional e força contramajoritária. Ao priorizar agregação de bem-estar (utilidades) e admitir substituibilidade entre perdas e ganhos individuais, essa abordagem colide com deveres de proteção não fungíveis do mínimo existencial e com princípios materiais de igualdade e não discriminação, centrais à jurisdição constitucional brasileira.

5.2 Análise econômica do direito (AED) na fase contemporânea

Na fase moderna da AED surgiram diversos autores no estrangeiro e no Brasil que contribuíram para o aperfeiçoamento da AED.

Destacaremos alguns deles que, dentre outros, contribuíram para a Análise Econômica do Direito (AED), sobressaíram nos estudos, equilibrando teorias, ideias-chave, linhas de pesquisa e obras de referência, método, evidência empírica, abrangência temática, atualidade e aplicação institucional no Brasil.

Steven Shavell (Harvard Law School): Steven Shavell é professor da *Harvard Law School* e um dos mais influentes acadêmicos da área de *Law and Economics*, é reconhecido

por sua abordagem rigorosa e analítica, que se aprofunda na aplicação de modelos econômicos formais para analisar as regras jurídicas. Sua principal contribuição reside na sistematização da Análise Econômica do Direito (AED), especialmente nas áreas centrais do direito comum (*common law*), como responsabilidade civil (*torts*), contratos e direito penal, com o objetivo de determinar quais regras legais maximizam o bem-estar social (*social welfare*) e seus estudos e conclusões são aplicadas também na área de direitos fundamentais sociais e base para tomada de decisões judiciais. Em *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004). Ele oferece um arcabouço microeconômico que integra propriedade, responsabilidade civil, contratos, processo e direito penal, organizando cada área pela lógica de incentivos e de minimização do custo social total (dano residual + custos de prevenção + custos administrativos). A obra também distingue com precisão o papel positivo (prever efeitos de regras) e normativo (desenhar regras eficientes), e apresenta uma teoria de dissuasão com sanções monetárias e não monetárias (quando e por que cada uma deve ser usada). Esse manual da parte geral da AED é hoje referência metodológica para pesquisa, ensino e aplicação judicial (Shavell, 2004).

Uma contribuição importante de Shavell é a análise de responsabilidade civil (*ex post*) versus regulação de segurança (*ex ante*) como instrumentos de controle de riscos. Shavell (1983), identifica condições em que regulação supera a responsabilidade:

- a) quando a autoridade pública detém vantagem informacional sobre níveis de cuidado/tecnologia;
- b) quando há risco de insolvência (*judgment-proof*) do causador;
- c) quando a probabilidade de ajuizamento e condenação é baixa (vítimas dispersas, danos difusos);
- d) quando os custos administrativos da via escolhida são menores. O critério de escolha é instrumental: adote o mecanismo que reduz o custo social e alinha incentivos ao nível eficiente de cuidado e de atividade. Essa matriz decisória é hoje canônica em *torts* e em direito regulatório.

Nesse sentido, por exemplo, Shavell (1983), faz uma análise da responsabilidade por acidentes. Ele utiliza modelos matemáticos para demonstrar como diferentes regras de responsabilidade, como a regra de negligência (*negligence rule*), e a responsabilidade estrita (*strict liability*), criam incentivos para que os agentes econômicos (causadores e vítimas de danos) invistam em níveis socialmente ótimos de precaução. O objetivo da responsabilidade civil é minimizar a soma dos custos de prevenção de acidentes e a expectativa dos danos

residuais (não prevenidos). A regra ideal é aquela que induz as partes a agir de forma a atingir o nível de precaução que a sociedade desejaría (Shavell, 1983).

Outra visão de Shavell é na aplicação/execução pública do Direito (*public enforcement*). Em conjunto com A. M. Polinsky, Steven Shavell modelam como probabilidade e magnitude de sanções, bem como a forma (multas, prisão, inabilitação), devem ser calibradas para deter condutas ao menor custo, ponderando custos de policiamento, erro, e efeitos distributivos. A síntese da ideia é aplicar multas quando possível (custo social baixo e internalização direta) e, quando não comportar multa, o agente não puder pagar, recorrer a sanções não monetárias, quando as multas seriam ineficazes ou quando a incapacitação tem ganhos preventivos. Esse marco guia decisões em penal e sancionador administrativo (Polinsky; Shavell, 1998).

Shavell (1997), aplica a AED para analisar o sistema de justiça, examinando as decisões de iniciar uma ação judicial (*suit*), de fazer um acordo (*settlement*) e de ir a julgamento (*trial*). Ele argumenta que o motivo privado para litigar muitas vezes diverge do motivo socialmente ideal. As partes privadas decidem litigar com base em seu ganho esperado individual, sem internalizar o custo social do sistema judiciário (como os custos do tribunal, do juiz e dos terceiros). Essa divergência sugere que o sistema legal deve ser desenhado para alinhar os incentivos privados com o bem-estar social, minimizando os custos de litígio sem prejudicar a dissuasão de usar o sistema de Justiça.

No processo e na litigância, para Shavell (1997), fica evidente a divergência fundamental entre o incentivo privado e o social para usar o sistema judicial. Quem decide litigar ou transacionar não internaliza custos impostos a terceiros (congestionamento, despesas públicas, precedentes) nem externalidades sobre a outra parte, de modo que o nível privado de litígios tende a ser excessivo ou insuficiente. Daí derivam teses sobre ônus de sucumbência, honorários, incentivos à transação e até sobre níveis ótimos de danos quando litigar é custoso (não bastando danos, prejuízo). Assim, deve calibrar regras processuais e remédios para aproximar a decisão privada da ótima social.

Podemos vislumbrar aplicação prática das lições de Shavell (1983), por exemplo, em decisões sobre saúde (direito a medicamentos/procedimentos). Ações individuais podem desalinhhar incentivos, gerando externalidades orçamentárias e de seleção de tecnologia. A matriz responsabilidade vs. regulação, deve priorizar soluções *ex ante*, avaliação tecnológica em saúde, protocolos e compras públicas que reduzem assimetria de informação e custos administrativos, reservando ordens individuais a hipóteses com falha regulatória específica (p. ex., comprovada superioridade clínica e ausência de substitutos).

A ausência de planejamento no setor público, por exemplo, nos procedimentos de saúde, aquisição de medicamentos, realização de exames, gera crise de demanda pelo fornecimento dos produtos aos usuários dos serviços, insuficiência de oferta dos produtos, com incremento de ações individuais, compras diretas emergenciais, inflando custos sociais, em evidente falha regulatória e, por sua vez, o sistema judiciário, nas decisões, nem sempre valora os instrumentos econômicos para gerar incentivos e diminuir externalidades, tornando oneroso o sistema.

Na educação e políticas sociais (mínimo existencial), ao decidir pedidos coletivos por vagas, transporte ou infraestrutura, Shavell (2004), orienta comparar remédios, medidas estruturais (ordens de fazer com prazos e metas), que podem produzir ganhos informacionais e de coordenação (*ex ante*), enquanto danos individuais podem ser ineficientes quando a barganha é multilateral e a mensuração é difícil. A calibragem do processo (custas, incentivos ao acordo, mediação) ajuda a corrigir a divergência privada-social na litigância coletiva.

Com efeito, a abordagem de Shavell, focada no bem-estar social, oferece uma metodologia técnica para enfrentar o problema da escassez de recursos e a colisão de direitos (especialmente os sociais), temas centrais na judicialização dos Direitos Fundamentais no Brasil.

Em resumo, o estudo desenvolvido por Shavell (2004), leva a uma reflexão em que as perguntas são traduzidas em problemas de escolha sob restrições, por exemplo, qual instrumento (responsabilidade, regulação, sanção pública) minimiza o custo social? Como incentivar cuidado e atividade eficientes com informação imperfeita? como ajustar processo e remédios para que decisões privadas (litigar, transacionar) se aproximem do ótimo social? Esses questionamentos fornecem ao julgador um roteiro analítico para decisões fundamentadas em consequências, mormente em situações que se tutelam direitos fundamentais em ambiente de escassez de recursos. É o que se depreende da principal obra de Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004).

Louis Kaplow: professor de Direito e Economia da Harvard *Law School*, apresenta temas controversos da Análise Econômica do Direito (AED) contemporânea. Seu trabalho, desenvolvido em grande parte em colaboração com Steven Shavell, promove um desafio metodológico e normativo ao Direito tradicional, argumentando que a avaliação de políticas públicas e regras jurídicas deve ser baseada exclusivamente em critérios de bem-estar social, rejeitando qualquer peso independente às noções de justiça ou *fairness*. Essa tese radical é a essência de sua principal contribuição, o livro seminal *Fairness Versus Welfare*. A defesa do welfarismo é acompanhada por um esforço engenhoso de como escolher entre regras e

padrões, entre property rules e liability rules, e entre redistribuir via regras jurídicas ou via sistema tributário, sempre com a mesma pergunta, qual arranjo minimiza perdas de bem-estar e gera incentivos para condutas socialmente desejáveis? (Kaplow; Shavell, 2003).

Kaplow e Shavell (2003), argumentam que, quando critérios de Justiça divergem do que eleva o bem-estar das pessoas, devemos preferir o bem-estar. A razão disso é que critérios autônomos de fairness (Justiça) frequentemente entram em conflito entre si e com a melhora de bem-estar e o welfarismo permite comparar políticas com base em efeitos mensuráveis (mesmo que imperfeitamente), incorporando distribuição por meio de pesos sociais quando apropriado. Ao adotar esse padrão, o juiz ou legislador passa a justificar a norma/decisão por efeitos previsíveis sobre saúde, renda, segurança, liberdade, e não por apelos morais não consequencialistas. A essência do pensamento de Kaplow reside na defesa rigorosa e técnica do welfarismo consequencialista, como o único padrão normativo legítimo para a concepção e avaliação do sistema legal.

O autor define bem-estar social (ou *welfare*) de forma ampla e inclusiva. O bem-estar de um indivíduo é determinado pela satisfação de suas preferências (utilidade), que engloba não apenas a posse de bens materiais e riqueza, mas também todos os seus sentimentos, crenças e percepções, tanto tangíveis quanto intangíveis.

Kaplow, faz uma distinção entre a *avaliação* de uma regra e a fonte das preferências, o Welfarismo consequencialista, ou seja, o valor de uma regra jurídica é determinado inteiramente por suas consequências sobre o bem-estar dos indivíduos. Discorre sobre a inclusão da Justiça como preferência, asseverando que se um indivíduo se sente pior (sua utilidade diminui) porque percebe que uma determinada regra é injusta, esse sentimento de injustiça é legitimamente contabilizado como uma perda de bem-estar. O que Kaplow rejeita é que a justiça ou a equidade possa ter um peso independente ou extrínseco na avaliação normativa da regra, além do seu impacto real na utilidade das pessoas (Kaplow; Shavell, 2003).

Podemos imaginar uma decisão judicial com viés welfarista, numa decisão de fornecimento de medicamentos de alto custo. Vai considerar impactos agregados (orçamento público, deslocamento de tratamentos custo-efetivos, risco moral) e ganhos marginais de saúde para o indivíduo em face de alternativas. A decisão orientada a welfare tenderá a privilegiar arranjos *ex ante* (protocolos, avaliação de tecnologias) e remédios estruturais que maximizem saúde total com o orçamento disponível, ao invés de basear-se apenas em intuições de correção no caso concreto (Kaplow; Shavell, 2003).

Kaplow e Shavell (2003) demonstra que regras concentram custos ex ante (na sua feitura) e barateiam a aplicação ex post, ao passo que padrões economizam na formulação, mas oneram a interpretação e adjudicação caso a caso. A escolha ótima depende da frequência com que a conduta ocorre (quanto mais frequente, mais faz sentido investir em regras claras), da variabilidade do contexto (quanto mais heterogêneo, mais espaço para padrões) e de quem detém informação relevante (se os particulares conseguem calibrar melhor sua conduta do que o regulador consegue prescrever) (Kaplow; Shavell, 2003).

Outra contribuição de Kaplow é o argumento sobre distribuição de rendas. Sustenta que redistribuir renda por meio de regras jurídicas (por exemplo, enviesar responsabilidade civil para favorecer prejudicados pobres) costuma ser menos eficiente do que redistribuir via sistema tributário e transferências. Alega que regras jurídicas distorcem decisões específicas (atividade, cuidado, investimento), gerando perdas de eficiência para todos. Já o imposto de renda pode atingir o alvo distributivo com menor custo marginal por unidade de redistribuição. A implicação prática é separar os planos. Use regras jurídicas para eficiência (prevenção, dissuasão, redução de externalidades) e o orçamento tributário para ajustar equidade distributiva. Isso não ignora a distribuição, mas a realoca para o instrumento que a produz com menor dano colateral (Kaplow; Shavell, 2003).

Depende-se, portanto, dessa sugestão de Kaplow é que estabilidade de regras minimiza custos de transação e incentiva investimento e políticas fiscais e habitacionais (subsídios, vouchers, crédito habitacional) promove eficiência distributiva.

Em direitos fundamentais o cerne do pensamento de Kaplow é fundamentar decisões de direitos fundamentais com base em efeitos sobre o bem-estar (com distribuição tratada por instrumentos adequados), escolhendo formas normativas e remédios que minimizem custo social e alinhem incentivos, exatamente o tipo de justificativa que fortalece a coerência consequencialista exigida hoje em políticas públicas e na jurisdição constitucional.

Em ações judiciais, por exemplo, que pleiteiam a entrega de medicamentos de alto custo (saúde) ou a construção de creches (educação), o juiz, sob a ótica do pensamento Welfarista, deve ir além da mera invocação do direito fundamental como um critério de justiça, mas considerar:

- a) **quantificar o custo social:** estimar o custo financeiro da decisão individual e, crucialmente, identificar o que a Administração Pública deixará de fazer (qual política pública será sacrificada) para atender à demanda judicial. O custo é, em Kaplow, a redução do bem-estar causada pelo desvio de recursos;

- b) **testar a superioridade Welfarista:** o juiz deve verificar se o ganho de bem-estar daquele indivíduo (ou grupo) é superior à *perda agregada* de bem-estar da população que será prejudicada pela alocação ineficiente de recursos (os *trade-offs*). Kaplow argumenta que o Judiciário deve demonstrar, com base em evidências, que o ganho do direito fundamental individual (o princípio de justiça/direito) compensa o custo social imposto a todos;
- c) **procurar a solução pareto-superior:** Kaplow estimula o juiz a buscar soluções que, em vez de criarem um resultado Pareto-inferior (onde todos ficam pior), maximizem a eficiência. Por exemplo, em vez de obrigar o fornecimento de um medicamento extremamente caro, o Judiciário pode direcionar a análise para a eficiência do sistema de compras ou para a busca de alternativas terapêuticas mais baratas, mas com eficácia similar.

A contribuição é transformar a decisão sobre direitos fundamentais de uma simples ponderação de princípios (Deontologia) em uma análise custo-benefício estrita (Consequencialismo), onde a eficácia na promoção do bem-estar agregado é o único critério de validação (Kaplow; Shavell, 2003).

Cass R. Sunstein e Richard H. Thaler - AED comportamental e regulação: a vertente comportamental da Análise Econômica do Direito (AED) altera o postulado clássico de racionalidade plena e informa um método consequencialista para desenhar normas e políticas que funcionem com a psicologia real das pessoas.

Richard H. Thaler é um economista comportamental americano e vencedor do Prémio Nobel da Economia em 2017, enquanto Cass R. Sunstein é um jurista americano e professor de Harvard.

A principal contribuição de Richard Thaler e Cass Sunstein, é a Análise Econômica do Direito Comportamental. Essa corrente de pensamento questiona a premissa central da AED clássica, que se baseia no modelo do *Homo Economicus*, um agente perfeitamente racional e egoísta. Thaler e Sunstein argumentam que, na realidade, as pessoas frequentemente agem de forma irracional, influenciadas por vieses cognitivos e heurísticas.

Juntos, identificaram três grandes categorias de desvios da racionalidade que afetam as decisões humanas e, consequentemente, o impacto das leis e lições consubstanciadas dos autores Jolls, Sunstein e Thaler, na obra *A Behavioral Approach to Law and Economics* (1998):

- a) **racionalidade limitada (*bounded rationality*):** as pessoas não conseguem processar toda a informação disponível nem fazer cálculos complexos. Por isso, recorrem a

heurísticas (atalhos mentais) que, embora ajudem a economizar tempo, levam a vieses ou erros sistemáticos. Por exemplo, o viés da ancoragem faz com que a primeira informação que recebemos influencie desproporcionalmente a decisão final, e a aversão à perda faz com que valorizemos muito mais o que já possuímos do que aquilo que poderíamos ganhar;

- b) **força de vontade limitada** (*bounded willpower*): as pessoas têm dificuldade em adiar a gratificação e frequentemente agem contra seus interesses de longo prazo. É a conhecida procrastinação ou a miopia temporal, que explica por que indivíduos não pouparam o suficiente para a aposentadoria ou não seguem dietas, mesmo sabendo que seria melhor;
- c) **autointeresse limitado** (*bounded self-interest*): os indivíduos não são puramente egoístas; suas decisões são influenciadas por preocupações com justiça, equidade e reciprocidade, o que afeta desde negociações contratuais até o cumprimento de normas jurídicas.

A partir da constatação de como as pessoas pensam, agem e decidem, Sunstein e Thaler (2008) desenvolveram o conceito de Paternalismo Libertário. Essa ideia, aparentemente contraditória, propõe que é possível e legítimo que instituições públicas e privadas influenciem o comportamento das pessoas para melhorar suas vidas, ao mesmo tempo em que preservam integralmente a liberdade de escolha.

Com esse diagnóstico, Sunstein e Thaler (2008) defendem que o Direito pode e deve organizar melhor o ambiente em que as escolhas ocorrem. A metáfora é a arquitetura de escolhas, ou seja, pequenas mudanças no contexto decisório produzem grandes diferenças de comportamento, sem proibir opções. Daí o paternalismo libertário, políticas que preservam a liberdade de escolha, mas usam *nudges* (empurrões) para tornar a opção socialmente desejável a mais simples, saliente e provável.

Sua teoria, popularizada no livro *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* (2008), introduziu esse conceito de arquitetura de escolha. A ideia é que pequenas mudanças no ambiente em que as pessoas tomam decisões (*nudges*) podem guiá-las suavemente para escolhas mais benéficas para si mesmas e para a sociedade, sem restringir a liberdade de escolha. Por exemplo, colocar alimentos saudáveis na altura dos olhos em uma cantina é um *nudge* para incentivar escolhas mais saudáveis (Sunstein; Thaler, 2008).

Ainda em complemento a questão das escolhas, Sunstein investiga o lado escuro das fricções: o *sludge* (processos desnecessariamente difíceis, burocráticos e cheios de atrito que criam barreiras para que as pessoas atinjam objetivos benéficos, atuando como o oposto dos

“nudges” (empurrações) que facilitam boas escolhas), que são as barreiras procedimentais que consomem tempo, dignidade e renda e, por isso, desencorajam o acesso a direitos e políticas. Em “*Sludge and Ordeals*” e “*Sludge Audits*”, propõe auditorias para mensurar e reduzir fricções injustificadas, salientando que o *sludge* penaliza desproporcionalmente os mais vulneráveis e pode anular políticas de jure bem-desenhadas de facto. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) já difunde “*sludge audits*” como boa prática. Na lógica comportamental, simplificar é política social: menos cliques e campos podem produzir grandes ganhos em adesão e efetividade (Sunstein, 2018).

As contribuições de Sunstein e Thaler (2008) têm um impacto profundo no Direito e nas políticas públicas. Eles propõem que as normas jurídicas devem ser projetadas para levar em conta o comportamento real das pessoas, em vez de assumir uma racionalidade idealizada. Isso é particularmente relevante em áreas como a proteção ao consumidor, o direito previdenciário e a saúde pública.

Em direitos fundamentais sociais, as teorias de Sunstein e Thaler (2008) ajudam a viabilizar os serviços, de forma eficiente e simples. Em saúde, por exemplo, decisões sobre medicamentos e tratamentos frequentemente envolvem informação complexa e riscos de erro do paciente, defaults de acompanhamento clínico, lembretes de adesão terapêutica e simplificação de protocolos de acesso podem salvar vidas a custo baixo. Em educação, renovação automática de matrícula, convites proativos para programas de reforço, agendamento facilitado de transporte escolar e painéis públicos com metas e progresso reduzem evasão e melhoram aprendizagem. Em assistência social, unificar cadastros, pré-preencher formulários com dados oficiais, permitir assinatura digital simples e estabelecer tempos máximos de resposta combatem o abandono por cansaço burocrático. Em regularização fundiária, ordens estruturais com metas mensais, priorização por vulnerabilidade e comunicação ativa (SMS, WhatsApp, rádio) reduzem desistências e aceleram entregas.

A visão de Sunstein e Thaler (2008), é compatível com o papel institucional do Judiciário. Juízes não precisam substituir gestores, mas podem exigir método. Em decisões sobre orçamento e direitos fundamentais, por exemplo, isso significa:

- a) definir fins verificáveis (inclusão em creche, oferta de bens e serviços de saúde, tempo de concessão de benefício);
- b) ordenar que a Administração teste e implemente *nudges* e simplificação;
- c) monitorar por indicadores públicos;
- d) prever revisões periódicas para correção de rota;

- e) justificar escolhas de desenho (regra vs. padrão, canal digital vs. presencial) com base no seu impacto esperado sobre o comportamento real dos destinatários.

Em síntese, a AED comportamental transforma a pergunta o que manda a Constituição? E como fazer o direito acontecer no mundo real? Com soluções graduais, mensuráveis e sensíveis à psicologia de quem precisa e de quem presta o serviço público.

Francesco Parisi - Pluralidade Metodológica da Análise Econômica do Direito (AED): Francesco Parisi é um dos autores que mais ajudaram a organizar metodologicamente a Análise Econômica do Direito (AED) no período pós-clássico. Sua principal contribuição não reside na fundação de uma nova teoria substantiva, mas sim na sistematização didática e na ampliação da própria metodologia da AED, integrando o enfoque da Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*) e do Institucionalismo) (Parisi, 2004).

Parisi (2004), desmistifica a AED, mostrando que ela não é um corpo monolítico focado apenas em eficiência, mas sim uma ferramenta com diferentes aplicações e pretensões.

Seu trabalho mais citado é Positive, *Normative and Functional Schools in Law and Economics* (2004) e mapeia o campo em três escolas:

a) **a Escola Positiva (Chicago)** - a AED Positiva, historicamente associada à Escola de Chicago (Richard Posner e William Landes), tem um objetivo descritivo e explicativo, seu foco é a análise da lei como ela é:

- **metodologia:** utiliza a microeconomia neoclássica para explicar as consequências econômicas das regras jurídicas existentes. O pressuposto central, em sua vertente mais pura (Posner), é a Hipótese da Eficiência do Common Law: o direito consuetudinário (*Common Law*), desenvolvido através da evolução judicial, tende naturalmente a regras que maximizam a riqueza ou a eficiência de Kaldor-Hicks, minimizando custos de transação (Coase);

- **contribuição:** ajuda a prever como os indivíduos reagirão aos incentivos ou desincentivos criados pelas normas. Por exemplo, a AED Positiva examina se uma regra de responsabilidade civil (objetiva ou subjetiva) leva a um nível ótimo de precaução por parte dos agentes. A regra não é analisada por sua justiça intrínseca, mas por seu impacto sistêmico no comportamento social (Parisi, 2004).

b) **a Escola Normativa (Yale):** a AED Normativa, frequentemente associada à Escola de Yale (Guido Calabresi), tem um objetivo prescritivo e avaliativo. Seu foco é a análise da lei como ela deveria ser:

- **metodologia:** parte do pressuposto da racionalidade e da busca por maximização da utilidade para recomendar a reforma ou o desenho de regras jurídicas. Utiliza o

critério de eficiência (seja o de Pareto, seja o de Kaldor-Hicks) como principal critério de avaliação do Direito;

- **contribuição:** sugere qual regra legal seria a mais eficiente para alcançar um objetivo social desejado. Por exemplo, se o objetivo é reduzir a poluição a um nível socialmente ótimo, a AED Normativa pode recomendar um sistema de impostos sobre o pecado (pigouvianos) ou a criação de um mercado de licenças de emissão, em vez de uma proibição simples. O seu risco, segundo críticos, é o de reduzir o Direito a um mero instrumento de maximização econômica (Parisi, 2004).

a) **a Escola Funcional** (Institucional/*Public Choice*): a Escola Funcional, para a qual Parisi deu uma contribuição seminal, transcende o debate Positivo-Normativo. Ela se inspira na Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*), James Buchanan e Gordon Tullock na Economia Institucional:

- **metodologia:** seu foco não está apenas nas regras, mas nas instituições que as produzem. Reconhece que, assim como o mercado falha (*market failure*), os processos políticos e judiciais também falham (*government failure* ou *institutional failure*). O AED Funcional pergunta: qual fonte do Direito (legislativo, judiciário, costume) tem uma vantagem comparativa na produção de regras legais eficientes, estáveis e justas para um determinado tipo de problema?;

- **contribuição:** oferece uma lente cética sobre o papel do regulador, analisando o comportamento dos agentes públicos (políticos, juízes, burocratas) como maximizadores de sua própria utilidade (votos, poder, prestígio), e não necessariamente do bem-estar social. A contribuição fundamental é a da engenharia constitucional e institucional, que busca desenhar metarregras para mitigar a captura política (*rent-seeking*) e os custos de instabilidade da lei (Parisi, 2004).

Além desse artigo, Parisi publicou obras que fornecem linguagem comum e cartografia do campo. O livro *The Language of Law and Economics* (2013) sistematiza conceitos (incentivos, externalidades, regras/padrões, remédios, erros tipo I/II), funcionando como um dicionário técnico para pesquisa e ensino (Parisi, 2013).

Os estudos desenvolvidos por Parisi (2013) pode contribuir para as decisões do Judiciário em perguntas articuladas, de acordo com a metodologia de análise:

a) positiva: *o que vai acontecer* se eu escolher tal regra/remédio? (previsão de incentivos e custos);

- b) normativa: dentre as alternativas, *qual* reduz mais o custo social total e melhora bem-estar?
- c) funcional: *quem* (tribunal, agência e gestor) implementa isso melhor e mais barato, com mecanismos de controle adequados? (Parisi, 2004).

Utilizando a sistematização elaborada por Parisi na área de saúde pública, por exemplo, em decisão judicial de fornecimento de medicamentos, filas, prevenção. Na abordagem positiva, no caso de ordens individuais em série (caso a caso) elevam custo administrativo, geram externalidades orçamentárias e não corrigem falhas informacionais de avaliação tecnológica; protocolos e triagens *ex ante* têm custos fixos maiores, mas tendem a aumentar cobertura e reduzir variação injustificada; na abordagem normativa: compare benefício líquido agregado: qual desenho (ordens estruturais com metas e auditoria, vs. ordens individuais) minimiza dano residual (não atendimento), administração (perícia per-capita) e erro (uso ineficiente)? Na abordagem funcional: o melhor executante da triagem técnica não é o Judiciário; o juiz pode ordenar que a instituição competente (secretaria, comissão) produza protocolo baseado em evidência, com indicadores públicos e revisões periódicas (*lookback*). Isso aproveita vantagens de informação da Administração e preserva controle judicial por resultados (Parisi, 2004).

Interessante a Aplicação dos estudos de Parisi, notadamente da AED Funcional, no Controle Judicial de políticas públicas, via orçamento público, pode contribuir de três maneiras fundamentais, conforme se extrai da obra Positive, *Normative and Functional Schools in Law and Economics* (2004):

- a) **análise consequencialista e orçamentária:** a decisão judicial que determina a prestação de um direito social gera um custo de oportunidade e um incentivo. O AED Funcional sugere que o juiz considere a consequência econômica de sua decisão: se a alocação de X reais para um tratamento de alto custo, por via judicial, significa que Y vacinas deixam de ser compradas ou Z hospitais não podem ser construídos. O juiz deve atuar como um arquiteto da escolha institucional, avaliando o custo e o benefício marginais da intervenção;
- b) **identificação da falha institucional (*public choice*):** o AED Funcional sugere ao juiz perguntar: por que o Legislativo ou o Executivo falhou em prover o direito? A inércia decorre de uma restrição orçamentária genuína ou de uma captura política (grupos de interesse minoritários que se beneficiam em detrimento do interesse difuso da sociedade)? Se a falha é de alocação motivada por *rent-seeking* (busca de renda), a intervenção judicial para corrigir a distorção pode ser mais justificada. Se

for uma falha de informação ou de restrição fiscal, a prudência do Judiciário é necessária para evitar desorganizar o orçamento (Parisi, 2004);

c) **vantagem comparativa e legitimidade:** o AED Funcional de Parisi (2004) alerta para a desvantagem comparativa do Judiciário em realizar a otimização de políticas públicas. Juízes não possuem o staff técnico, nem a legitimidade democrática para reescrever orçamentos complexos. Portanto, a análise sugere que as decisões sobre direitos fundamentais devam focar na definição de metarregras ou mecanismos de incentivo para que os órgãos politicamente responsáveis cumpram sua função. Por exemplo, em vez de determinar um tratamento específico, o Judiciário pode exigir do Executivo a criação de um procedimento administrativo transparente e eficiente para avaliação de tecnologias em saúde, minimizando a assimetria informacional e o viés oportunista (Parisi, 2004).

Nessa concepção, a visão pluralista de Francesco Parisi instrumentaliza a AED, transformando-a de um dogma de eficiência em uma metodologia para o raciocínio institucional. Ao aplicar essa visão, o juiz, em vez de se limitar a uma escolha política, faz uma escolha institucionalmente responsável, utilizando as ferramentas econômicas não para substituir o Direito, mas para balizar e legitimar a intervenção no complexo campo dos direitos fundamentais em um Estado de recursos escassos.

Como vimos, A literatura internacional da Análise Econômica do Direito oferece instrumentos úteis para qualificar a avaliação judicial de políticas públicas com impacto orçamentário. Kaplow e Shavell sustentam um welfarismo normativo segundo o qual a avaliação de regras jurídicas deve priorizar seus efeitos sobre o bem-estar agregado, em vez de apelos autônomos a noções de justiça desvinculadas de consequências (Kaplow; Shavell, 2003). Para os autores, argumentos de equidade intrínseca não devem, por si, prevalecer sobre evidências de efeitos sociais líquidos, sobretudo quando existem mecanismos mais direcionados de correção distributiva, como tributação e transferências, que implicam menor custo de distorção. Esse ponto é relevante para a jurisdição constitucional em matéria orçamentária. Quando um comando judicial busca reparar desigualdades por meio da microgestão de uma política setorial, pode gerar ineficiências alocativas e efeitos regressivos não intencionais. A alternativa welfarista recomenda, sempre que possível, perseguir a proteção do mínimo existencial e resultados distributivos desejados com menor custo social total, inclusive por vias fiscais mais gerais (Kaplow; Shavell, 2003).

Em *Foundations of Economic Analysis of Law*, Shavell sistematiza como diferentes remédios jurídicos (regras de responsabilidade, sanções, injunções, obrigações de fazer)

produzem incentivos e redistribuem riscos (Shavell, 2004). Ao transpor esse repertório para o controle judicial de políticas públicas, ganha relevo a distinção entre regras e padrões. Ordens finalísticas (orientadas a resultados) acompanhadas de planos administrativos verificáveis tendem a reduzir custos de informação e aplicação para o Judiciário, manter maior flexibilidade operacional para a Administração e alinhar incentivos dos agentes implementadores. Além disso, a ênfase de Shavell em *deterrence e compliance* sugere que decisões com monitoramento por indicadores, degraus de cumprimento (*staged compliance*) e cláusulas de revisão podem produzir adesão sustentável sem deslocar para o Judiciário custos elevados de supervisão contínua (Shavell, 2004).

Já Sunstein (2017) reforça a centralidade da análise custo-benefício (ACB) e o desenho institucional da regulação baseada em evidências. O autor argumenta que políticas públicas devem ser avaliadas por sua racionalidade comparativa. Quanto entregam de benefícios mensuráveis (incluindo ganhos de saúde, longevidade e segurança) por unidade de custo, com atenção a riscos e incertezas (Sunstein, 2017). A contribuição dialoga diretamente com a ideia, presente nesta dissertação, de privilegiar ordens judiciais que exijam planejamento, metas e avaliação. Quando o Judiciário determina a implementação de uma prestação social, pode, sem substituir o administrador, demandar ACB mínima, análise de alternativas menos gravosas e transparência de *trade-offs*, favorecendo escolhas que maximizem proteção de direitos com sustentabilidade fiscal. Em obras posteriores, Sunstein incorpora achados da economia comportamental, demonstrando que agentes públicos e privados estão sujeitos a vieses (otimismo, disponibilidade, *status quo*), razão pela qual arranjos de governança e arquiteturas de escolha (por exemplo, padrões regulatórios adequados) melhoram o desempenho das políticas. Para decisões judiciais estruturantes, isso recomenda remédios que configurem incentivos (prazos, relatórios, publicidade ativa, participação social) e reduzam fricções comportamentais na implementação (Sunstein, 2018).

O diálogo entre esses autores fornece três diretrizes operacionais para o controle judicial do orçamento:

- a) foco em resultados e custos sociais totais (Kaplow/Shavell), evitando que considerações morais não consequencialistas sobrecarreguem políticas com baixo retorno social ou alto custo de distorção;
- b) desenho de remédios com incentivos alinhados (Shavell), preferindo ordens finalísticas com planos, metas e monitoramento em vez de microgestão judicial;
- c) incorporação explícita de ACB e análise de riscos (Sunstein), com avaliação de alternativas e transparência distributiva. Essas diretrizes se articulam ao teste de

proporcionalidade: adequação (a medida escolhida produz o resultado protetivo?), necessidade (há alternativa menos custosa com efeito semelhante?) e proporcionalidade em sentido estrito (os benefícios sociais líquidos justificam os custos orçamentários e institucionais).

Em síntese, o aporte de Kaplow, Shavell e Sunstein fortalece a base teórica deste trabalho ao oferecer um critério normativo claro (bem-estar social), uma teoria microeconômica de incentivos para o desenho de remédios e um método decisório transparente (ACB + riscos + alternativas). Transpostos para o contexto brasileiro, esses elementos justificam a preferência por intervenções judiciais calibradas, baseadas em evidências e com governança colaborativa, capazes de maximizar proteção de direitos com racionalidade econômica e respeito à separação de poderes.

Bruno Meyerhof Salama- epistemologia - contextualização da AED no Brasil: as obras de Bruno Meyerhof Salama (FGV Direito SP) representam uma importante contribuição para o amadurecimento e contextualização da Análise Econômica do Direito (AED) no Brasil, sobretudo, na epistemologia da disciplina.

Nos dois artigos de referência, *O que é Direito e Economia?* e *O que é pesquisa em direito e economia*, ele clarifica e simplifica a disciplina, explicita seus níveis de análise e propõe caminhos de pesquisa compatíveis com as instituições brasileiras.

Nas suas produções, o autor se destaca pela clareza metodológica e pelo esforço de adaptação da matriz norte-americana da *Law and Economics* ao contexto brasileiro (Salama, 2008). Salama (2008, p. 5-6), enfatiza que o objetivo da AED não é fornecer 'receitas de bolo' para legisladores e juízes, mas iluminar os dilemas normativos, explicitar consequências jurídicas e oferecer instrumentos de reflexão que conectem eficiência, justiça e desenvolvimento.

Seu trabalho tem importância para a compreensão do papel da AED na concretização de direitos fundamentais, ao propor que a análise das consequências normativas não se encerra na eficiência, mas a integra a um discurso jurídico comprometido com valores de justiça e direitos sociais. Posiciona a AED como uma ferramenta de raciocínio consequencialista, essencial para a tomada de decisões social e economicamente responsáveis no sistema brasileiro (Salama, 2008).

Salama (2008) divide a AED em duas dimensões: positiva (descritiva) e normativa (prescritiva), demonstrando que ambas são, fundamentalmente, exercícios de raciocínio consequencialista sob a visão da ciência econômica.

No campo positivo, a contribuição na essência é mostrar como a economia pode explicar a lógica de determinadas normas e instituições jurídicas e prever os efeitos comportamentais de normas e decisões. Utiliza o instrumental teórico da microeconomia (como as premissas de escassez, maximização racional, equilíbrio e incentivos) para prever e explicar as consequências comportamentais das normas jurídicas existentes (Salama, 2008, p. 12-13).

O objetivo é analisar a lei *como ela é*, buscando entender como os indivíduos irão reagir aos incentivos e desincentivos criados pelo ordenamento. A AED Positiva não julga a moralidade ou a justiça intrínseca da regra, mas sim sua eficácia em induzir o comportamento social desejado, por exemplo, na minimização dos custos de transação (Coase) ou na dissuasão de ilícitos (Becker) (Salama, 2008).

Na versão explicativa as normas podem ser compreendidas como arranjos que refletem escolhas racionais em contextos de escassez. Por exemplo, a regra de responsabilização civil por culpa busca induzir cuidado de potenciais causadores e vítimas de danos, enquanto a responsabilização objetiva surge quando os custos de provar culpa tornam-se excessivos (Salama, 2008, p. 13).

Já na versão preditiva, a AED permite antever como diferentes regras impactarão os incentivos, como no caso das patentes: maior proteção estimula inovação, mas pode restringir circulação de conhecimento. O raciocínio econômico, portanto, não substitui a justiça, mas traz transparência às escolhas normativas. Busca-se modelar o comportamento humano de modo que seja possível ao profissional do Direito entender os prováveis efeitos que advirão como consequências das diferentes posturas legais (Salama, 2008, p. 13-14).

Essa dimensão positiva da AED é valiosa para a proteção de direitos fundamentais. Ao compreender como regras influenciam comportamentos, é possível avaliar se determinadas decisões jurídicas, por exemplo em saúde, educação ou segurança, promovem de fato a igualdade de acesso e a dignidade da pessoa humana.

No campo normativo, Salama (2008) analisa como os conceitos de eficiência e justiça podem dialogar. Ele identifica três versões desse diálogo:

- a) versão fundacional – vinculada Richard Posner, que defende a eficiência como critério de decisão judicial;
- b) versão pragmática – também de Richard Posner em fase posterior, reconhecendo limites da eficiência e incorporando maior sensibilidade social;
- c) versão regulatória – Guido Calabresi, que valoriza a eficiência, mas admite compensações distributivas e considera o papel do Estado na regulação.

Nas três versões, Salama (2008) utiliza a eficiência como principal critério de avaliação das regras legais.

A AED Normativa para Salama (2008) possui uma vocação prescritiva, buscando determinar a lei *como ela deveria ser*.

Depreende-se do estudo sobre AED normativa, de Salama, a busca por uma ponte entre eficiência e justiça. Embora o autor reconheça o clássico debate (Dworkin vs. Posner) e afirme que não se pode reduzir a justiça à eficiência, ele sustenta que existe uma ligação intuitiva entre os conceitos e não se pode dizer que algo seja justo simplesmente porque é eficiente. Mas parece existir, intuitivamente, algo a ver entre justiça e eficiência ao afirmar que há qualquer coisa de injusto no desperdício e este nada mais é do que a ausência de eficiência (Seminário [...], 2011).

Essa abordagem é importante para os direitos fundamentais. Princípios como igualdade, dignidade e devido processo legal não podem ser reduzidos a cálculos econômicos, mas podem ganhar clareza quando se examinam seus custos, incentivos e impactos sociais.

Assim, a AED oferece ao julgador uma visão adicional para avaliar consequências sem abdicar dos valores constitucionais. A maximização da eficiência na gestão dos recursos públicos é, em si, um imperativo moral em um contexto de escassez.

Uma outra abordagem de Salama (2008) é custo de oportunidade, uma das suas contribuições epistemológica mais pragmática. A ênfase no conceito de custo de oportunidade como o cerne do raciocínio em AED. Em um mundo de recursos escassos, toda decisão jurídica ou política envolve um *trade-off* (troca). A AED força o jurista a explicitar o custo da alternativa sacrificada, revelando o impacto real da norma para a sociedade (Salama, 2008).

Salama (2017), também incorporou ao estudo da AED questões da macroeconomia e problemas de desenvolvimento, com o advento de problemas sistêmicos do sistema financeiro, como estabilidade, sistema monetário, riscos sistêmicos e problemas de desenvolvimento, especialmente após a crise de 2008. Ele apontou que a *Law and Economics* precisaria lidar também com estabilidade financeira, funcionamento do sistema monetário e riscos sistêmicos. Nos Sete enigmas do desenvolvimento inspirados em Douglass North, Salama discute como instituições jurídicas moldam o crescimento econômico e como a história institucional influencia a trajetória de desenvolvimento.

Ao incorporar macroeconomia e desenvolvimento, Salama amplia a AED para lidar com desafios institucionais e estruturais, especialmente em países em desenvolvimento.

Sob essa ótica, é evidente que a efetividade dos direitos fundamentais depende de instituições eficientes e não apenas de sua previsão constitucional. Direitos sociais como

saúde e educação só se concretizam quando acompanhados de estruturas jurídicas e econômicas que garantam recursos e incentivos adequados.

A sistematização desenvolvida pelo autor, propicia ambiente para refletir sobre o enfrentamento do problema mais agudo do Direito brasileiro, a judicialização dos direitos fundamentais sociais em um cenário de escassez orçamentária.

O autor dialoga diretamente com a necessidade de o Poder Judiciário abandonar uma postura puramente formalista (baseada apenas na legalidade) e adotar uma perspectiva pragmática e consequencialista ao lidar com políticas públicas e direitos sociais (Seminário [...], 2011).

O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial impõem ao Estado a obrigação de garantir prestações mínimas, mas há necessidade de refletir diante da escassez e recursos limitados e as opções tomadas de alocação de recursos para viabilizar o direito fundamental, avaliando os custos do bem-estar agregado da coletividade.

Quando se trata de decisões judiciais em direitos fundamentais, a contribuição de Salama, de natureza metodológica, é que:

- a) **explicitar o *trade-off* (a troca)**, ou seja, utilizando-se da AED, poderá quantificar e explicitar o custo de oportunidade da decisão judicial. Se o custeio de um tratamento caro por via judicial desvia recursos do orçamento de atenção primária, o juiz precisa estar ciente e justificar por que o benefício individual supera o custo social. A ineficiência (o desperdício) gerada pela alocação *sub-ótima* de recursos é vista como uma forma de injustiça social;
- b) **análise de incentivos**, a AED permite que o Judiciário avalie se suas decisões estão criando incentivos perversos. Por exemplo, se a judicialização do acesso a medicamentos de alto custo se torna o caminho mais fácil para a obtenção do bem, pode-se desincentivar o Poder Executivo a desenvolver políticas públicas mais eficientes ou transparentes de incorporação tecnológica em saúde (Seminário [...], 2011).

No caso, a AED deve ser utilizada como um instrumento de transparência (explicitando o custo de oportunidade) e de correção de falhas institucionais, ao desafiar o Judiciário a adotar um raciocínio consequencialista e garantidor dos direitos social e economicamente responsável, na consolidação de um Estado Social efetivo.

Luís Fernando Schuartz e o consequencialismo jurídico - Luís Fernando Schuartz é um dos estudiosos que contribuíram para a estruturação e compreensão do consequencialismo jurídico no Brasil, voltada à racionalidade da decisão judicial responsável e à incorporação de

argumentos econômicos. Seu artigo clássico, *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem* (Schuartz, 2008), tornou-se referência para diferenciar usos legítimos de usos retóricos de argumentos sobre consequências em decisões judiciais.

Uma contribuição relevante do autor reside na desmistificação das formas “malandras” de consequencialismo, ao mesmo tempo em que advoga por um modelo de decisão tecnicamente embasado e disciplinado que possa efetivamente dialogar com a Análise Econômica do Direito (AED) e enfrentar os dilemas sociais e constitucionais. É uma voz crítica e o seu artigo marca a passagem de um debate abstrato de consequencialismo para um método de fundamentação, como prever, comparar e publicizar consequências de alternativas decisórias sem cair em arbitrariedade (Schuartz, 2008).

Para Schuartz (2008), argumentos consequencialistas são aqueles que condicionam a adequação jurídica de uma decisão à valoração de suas consequências práticas e das alternativas disponíveis. Eles não eliminam considerações principiais (direitos, regras, precedentes), mas coabitam com elas, exigindo um esforço de previsão minimamente responsável (evidências, cenários, contrafactuals) e uma comparação transparente. Em outras palavras, o problema não é usar consequências, mas como usá-las sem licenças poéticas ou enviesamentos estratégicos. Essa posição, um consequencialismo moderado e metodologicamente ancorado, é a zona virtuosa entre um deontologismo cego às externalidades e um pragmatismo.

No texto supracitado de Schuartz (2008), o autor propõe uma tipologia didática dos estilos de consequencialismo “à brasileira, que frequentemente desviam-se da racionalidade técnica esperada”:

- a) **consequencialismo festivo:** caracterizado pelo desdém à dogmática jurídica e pela celebração da liberdade hermenêutica. Os juristas festivos veem a consideração de consequências como a emancipação do juiz em relação ao engessamento da lei e da doutrina tradicional. O risco aqui é o ativismo judicial não fundamentado, onde a consequência desejada pelo juiz se sobrepõe ao sistema legal, em nome de uma justiça *ad hoc*;
- b) **consequencialismo militante:** manifesta-se pela adesão acrítica a um programa ideológico ou teórico exógeno (seja ele a Análise Econômica do Direito, o pragmatismo, ou o utilitarismo), utilizado como arma para deslegitimar o Direito dogmático. Ele é militante porque busca transformar o sistema a partir de um único critério, muitas vezes sem a devida qualificação técnica sobre as premissas e limitações desse critério;

c) **consequencialismo malandro:** é a figura mais perigosa e a que atrai a crítica mais veemente do autor. O “malandro” é aquele que se utiliza de argumentos consequencialistas, como a eficiência ou o “efeito perverso”, de forma retórica e não falseável, apenas para dar aparência de racionalidade a uma decisão que já foi tomada (Schuartz, 2008). O argumento do efeito perverso, por exemplo, é utilizado para desqualificar uma proposta, alegando que ela produzirá um resultado contrário ao pretendido (ex.: “a decisão X, que visa ajudar os pobres, acabará prejudicando-os”), sem que haja lastro probatório ou metodológico robusto para essa previsão.

A crítica de Schuartz (2008), não é ao consequencialismo em si, mas à ausência de disciplina discursiva na sua aplicação. Na falta de uma estrutura analítica rigorosa, qualquer coisa é aproveitável como premissa em um argumento destinado a bancar uma dada decisão judicial, levando à indeterminação e à insegurança jurídica.

Schuartz (2009), no texto *Interdisciplinaridade e Adjudicação: Caminhos e Descaminhos da Ciência no Direito*, discute como conhecimentos extra-jurídicos (economia, estatística, políticas públicas) entram na fundamentação judicial. A tese é que a dimensão técnica é ubíqua na adjudicação, mas seu uso precisa ser estabilizado por critérios de validade jurídico-epistêmica (qualidade da prova, pertinência do método, possibilidade de escrutínio contraditório, limites institucionais). Não basta citar um estudo, é preciso mostrar como a evidência sustenta previsões e comparações relevantes para o caso, e em que medida a instituição (tribunal, agência e gestor) tem capacidade para implementar a solução escolhida.

As teses de Schuartz (2009), guardam pertinência com a Análise Econômica do Direito (AED) ao orientar que decisões prevejam efeitos, comparem alternativas pelos benefícios líquidos (redução de danos residual e de custos de administração/erro) e ajustem o provimento à capacidade institucional.

O vínculo do consequencialismo com o direito brasileiro foi reforçado pela Lei 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), que positivou o dever de considerar as consequências práticas nas esferas administrativa, controladora e judicial (arts. 20 e 21), reforçando a demanda por fundamentações consequencialistas disciplinadas, e não intuitivas.

Para Schuartz (2008), a superação do consequencialismo malandro e a legitimação do uso das consequências na decisão exigem a adoção de um rigor metodológico que a AED, se bem aplicada, pode fornecer. O autor se alinha à necessidade de um pragmatismo jurídico fundamentado que não retire o juiz de sua posição institucional, mas o torne um agente político-decisório responsável.

Para Schuartz (2008) a racionalidade da decisão e a legitimidade da aplicação da AED depende de três imperativos:

- a) **cientificidade da prognose:** a previsão das consequências não pode ser fruto de intuição ou retórica. É necessário que as prognoses (as antecipações hipotéticas de resultados) tenham um lastro probatório e metodológico. Isso significa que, ao invocar a eficiência, a ineficiência ou um “efeito perverso” como justificativa para uma decisão, o juiz deve basear-se em dados, estudos de impacto, análises de custo-benefício, ou teorias econômicas robustas e empiricamente testáveis, e não em meras conjecturas;
- b) **transparência e coerência (integridade dworkiniana):** o juiz que decide com base em consequências não pode agir como um legislador soberano. Suas decisões devem respeitar a integridade e a coerência do ordenamento jurídico. O consequencialismo legítimo deve ser um refinamento da interpretação, e não a sua substituição por um critério *ad hoc*. As regras de Direito, mesmo que consideradas ineficientes, continuam a impor uma disciplina discursiva que delimita o conjunto de decisões juridicamente admissíveis;
- b) **rejeição ao reducionismo:** Schuartz (2008) insiste que a incorporação de argumentos econômicos não pode levar a uma desconstitucionalização ou desjuridificação do Direito. A eficiência é um critério de grande valor instrumental, mas não pode ser o valor único ou fundacional, especialmente em áreas marcadas por princípios éticos e constitucionais.

Pelo que se depreende dos estudos desenvolvidos por Schuartz (2008), para decidir bem casos de direitos fundamentais sociais, exige combinar, de modo explícito, os princípios constitucionais com um método consequencialista e com o ferramental da Análise Econômica do Direito (AED). Isso não significa sacrificar valores constitucionais em nome de eficiência, mas, ao contrário, dar-lhes operacionalidade, transformar dignidade, igualdade, mínimo existencial, eficiência administrativa e segurança jurídica em escolhas executáveis e auditáveis no mundo real.

Segundo a lógica exposta por Schuartz (2008) é possível estabelecer um roteiro que orienta a aplicação da AED em decisões judiciais sobre direitos fundamentais:

- a) delimitar com precisão o problema jurídico e a pretensão: identificar qual é o direito social materialmente em jogo (saúde, educação, assistência, moradia), quais deveres dele decorrem para a Administração e qual é o obstáculo concreto à sua

fruição (fila, ausência de protocolo, falhas de coordenação, insuficiência transitória de insumos, desenho institucional inadequado) (evita decisões festivas);

- b) formular hipóteses explícitas de efeitos para cada alternativa de decisão: o que provavelmente acontecerá se o juiz conceder uma ordem individual ampla? E se impor uma ordem estrutural com metas? E se determinar a elaboração de protocolos com prazos e indicadores? Mapear efeitos: impacto orçamentário marginal, risco de deslocamento de políticas mais custo-efetivas, incentivos criados para litígios repetitivos, custos administrativos de prova e execução, bem como efeitos distributivos (quem tende a ser beneficiado primeiro). Essa etapa exige responsabilidade epistêmica: cite fontes, dados públicos e estudos setoriais; declare incertezas; mostre como serão verificadas;
- c) escolher o instrumento jurídico mais adequado ao tipo de problema: decisão que, na AED, depende de informação, mensurabilidade e número de afetados. Quando a conduta é frequente e padronizável (ex.: parâmetros mínimos de alimentação escolar, metragem de ventilação, prazos de análise de benefícios), regras claras tendem a reduzir custos cognitivos e litigiosidade. Quando o contexto é heterogêneo (p. ex., organização do transporte escolar em regiões distintas), padrões com metas e indicadores permitem adaptação local sem perder controle judicial. A escolha é também institucional: quem executa melhor? Protocolos técnicos e triagens ex ante, por exemplo, costumam ser implementados com mais qualidade por comissões e secretarias com expertise; ao Judiciário cabe estabilizar o processo, definir metas, criar obrigações de transparência, amarrar governança (quem decide, quando, com quais dados) e fixar marcos de revisão. Esse modelo respeita a separação de Poderes e, ao mesmo tempo, materializa os princípios constitucionais ao orientar a Administração para resultados;
- d) transformar princípios em métricas, portanto, converta direito à saúde/educação/assistência/moradia em indicadores simples e verificáveis: tempo máximo de resposta para procedimento X; taxa de cobertura vacinal por faixa etária; número de vagas adicionais em tempo integral por mês; prazos máximos para concessão de benefício assistencial; títulos de regularização emitidos por semestre com critério de prioridade. Fixe metas progressivas e razoáveis (reserva do possível não é cláusula de inefetividade, mas de planejamento).

Defina marcos e consequências proporcionais para descumprimento (planos corretivos, priorização administrativa, multas calibradas apenas quando necessárias), preserve

espaços de discricionariedade técnica onde a Administração tem informação superior e mantenha portas abertas para acordos processuais que agreguem valor (exemplo, pilotos em municípios ou hospitais de referência antes da escalação).

Dessa forma, o consequencialismo jurídico é um método de fundamentação que pede previsões responsáveis, comparações transparentes e desenho institucional compatível com a capacidade de execução. Em direitos fundamentais sociais, onde sempre existem restrições orçamentárias e efeitos de segunda ordem, esse método, afinado com a AED, pode ajudar a transformar comandos constitucionais em políticas executáveis e mensuráveis.

6 PRINCÍPIOS, FERRAMENTAS E INSTITUTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito (AED), como vimos, surgiu como uma abordagem interdisciplinar que busca integrar conceitos da ciência econômica ao estudo e à prática jurídica. O objetivo primordial da AED é avaliar como as normas jurídicas, as decisões judiciais e as políticas públicas afetam a eficiência na alocação de recursos, a maximização do bem-estar social e a redução de custos de transação.

No contexto do controle judicial do orçamento público, a AED fornece ferramentas capazes de orientar o magistrado a decidir de forma racional, eficiente e proporcional, especialmente quando envolvem direitos fundamentais sociais e recursos escassos.

Dessa forma, compreender os princípios, institutos e instrumentos da AED é fundamental para delinear parâmetros objetivos que permitam decisões judiciais equilibradas, assegurando a efetividade de direitos sem comprometer a sustentabilidade fiscal e a racionalidade econômica do Estado.

Analisaremos a seguir os principais conceitos, institutos e princípios da ciência econômica aplicada ao direito, objeto de estudo da Análise Econômica do Direito, com o objetivo de subsidiar membros do Poder Judiciário nas decisões, especialmente em temas complexos como o controle judicial do orçamento público a fim de dar efetividade aos direitos fundamentais sociais.

6.1 Princípios fundacionais da análise econômica do direito

Os princípios fundacionais da Análise Econômica do Direito (AED) constituem um conjunto de premissas que orienta a avaliação jurídica a partir das consequências das normas e decisões sobre o bem-estar social, com ênfase na racionalidade, na escassez e nos incentivos. Partem da ideia de que agentes públicos e privados respondem a incentivos, tomam decisões sob restrição de recursos e informação imperfeita e produzem efeitos que podem ser medidos por critérios de eficiência (Pareto e, pragmaticamente, Kaldor-Hicks), equidade distributiva e sustentabilidade intertemporal. Nessa moldura, destacam-se a análise marginal de custos e benefícios, a identificação de externalidades, os custos de transação e de cumprimento, os riscos e incertezas envolvidos, bem como o desenho institucional que minimiza comportamentos oportunistas e maximiza resultados socialmente desejáveis.

Aplicada ao controle judicial do orçamento e à efetivação de direitos fundamentais sociais, essa base teórica permite transformar comandos abstratos em deliberações orientadas a resultados: exige a explicitação dos objetivos públicos, a comparação de alternativas factíveis, a priorização custo-efetiva sob restrições fiscais (reserva do possível) e a definição de trajetórias de implementação compatíveis com a separação de poderes e com o núcleo essencial dos direitos. A partir desses princípios, o julgador pode preferir ordens finalísticas acompanhadas de planos administrativos, valorar impactos distributivos e de eficiência, calibrar instrumentos executivos e mitigar riscos de desorganização administrativa, consolidando um padrão decisório que concilia efetividade de direitos, racionalidade alocativa e estabilidade institucional.

6.1.1 Princípio da eficiência e impacto econômico-social das decisões judiciais

O princípio da eficiência foi introduzido na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional 19/1998 e essa constitucionalização do princípio foi recebida com críticas por alguns juristas brasileiros, pelo seu conteúdo indeterminado, e ainda pelo fato de as concepções da ciência econômica leva a um reducionismo do direito, pelo enfoque material dado pelo balizamento envolvendo custo-benefício, maximização de resultados, otimização dos gastos na tomada de decisões (Brasil, [2025a]).

Até então a eficiência não permeava o pensamento jurídico no Brasil, só de forma periférica. A eficiência é um conceito típico da área econômica.

Com a elevação do conceito da eficiência e a positivação como um princípio constitucional da Administração Pública, o direito e a economia desenvolveram estudos com enfoque interdisciplinar no estudo do princípio da eficiência.

A eficiência, como um conceito originário da ciência econômica, é utilizada dentro de um contexto de maximização de lucro, otimização de gastos, com o objetivo de ampliar a utilidade do bem ou serviço. Contudo, essa acepção do termo associado a um sistema de prestação de serviços ainda que de natureza pública, ou produção de bens para satisfazer as necessidades dos indivíduos, pode resultar no melhor exercício das funções, missões e objetivos de uma entidade pública ou privada e gerar os resultados esperados, com o menor ônus possível.

A efetivação dos direitos fundamentais das pessoas depende de gastos de recursos públicos, e partindo da premissa de que a eficiência é um dos princípios da administração pública e foi positivado na Constituição Federal, logo a administração pública deverá utilizar

e aplicar nas técnicas de gestão administrativas a eficiência, inclusive estabelecendo índices de produtividade, custo-utilidade, metas e indicadores de desempenho para medir a eficiência.

A oferta de serviços que dão efetividade aos direitos fundamentais deve observar os parâmetros de eficiência, pois são investimentos que oneram sobremodo os gastos públicos, a exemplo dos serviços da área de saúde, educação, saneamento etc.

Na dissertação de Santana (2014, p. 73), ele argumenta que:

todos os direitos fundamentais dependem de gastos de recursos públicos, os quais são limitados, não é apenas a ausência de recursos que limita a prestação dos direitos fundamentais, mas escolha do que se faz com aqueles recursos que existem. A destinação que se escolhe dar aos recursos públicos é que definirão quais e em que medida serão os direitos fundamentais prestados. Embora sejam essas escolhas tipicamente políticas, estariam também limitadas pelo dever de eficiência, diante da força normativa que adquiriu com sua positivação no texto constitucional.

O critério para a aplicação da eficiência na administração pública, no entanto, deve ser compreendido a partir dos conceitos econômicos.

A noção de eficiência é fundamental na Análise Econômica do Direito, servindo como parâmetro normativo para avaliar os efeitos das normas jurídicas e das decisões judiciais sobre a alocação de recursos escassos. Em termos gerais, eficiência significa buscar a melhor utilização possível dos meios disponíveis para atingir determinados fins, reduzindo desperdícios e maximizando resultados sociais.

O conceito de eficiência na ciência econômica teve diversas acepções ao longo do tempo, cada uma com sua lógica própria e implicações distintas.

Diferentes noções de eficiência respondem a perguntas diversas, tais como, é possível melhorar alguém sem piorar ninguém? (Pareto), o ganho agregado permite compensar as perdas? (Kaldor-Hicks) e há folgas organizacionais que desperdiçam recursos? (Leibenstein/X-eficiência) (Mattos, 2014).

Em demandas que reclamam a efetivação de direitos sociais e reclamam prioridades do gasto público, esses critérios ajudam o julgador a identificar *trade-offs*, externalidades e custo de oportunidade, produzindo decisões mais racionais e justificáveis sob o ponto de vista econômico e jurídico (Mattos, 2014).

Há duas acepções de eficiência. Uma concepção clássica é a eficiência de Pareto. Vilfredo Pareto (1848–1923), economista, filósofo e sociólogo italiano, ficou célebre por suas contribuições à distribuição de renda, formulando a chamada lei de Pareto e, sobretudo, por introduzir a noção de eficiência econômica que leva o seu nome.

A eficiência de Pareto é um critério da economia do bem-estar. Um estado é considerado ótimo de Pareto quando não é possível melhorar a situação de alguém sem piorar

a de outro (Salama, 2008). O conceito estabelece apenas um teste de inexistência de desperdício. Não escolhe qual o melhor estado eficiente e nem faz juízos distributivos. (Ingham, [202-?]).

Essa noção é útil para identificar situações em que há desperdício claro, mas apresenta limitações. É extremamente restritiva, já que exige ausência de perdedores e é indiferente à questão distributiva, admitindo como eficientes estados altamente desiguais.

No campo jurídico e de políticas públicas, raramente se encontram melhorias puramente paretianas, uma vez que a redistribuição de recursos quase sempre envolve perdas para algum grupo. Com a presença de custos de transação e falhas de mercado, dificilmente ocorrerá o equilíbrio de Pareto. Por exemplo, uma decisão judicial que garante um direito fundamental social, como o fornecimento de um medicamento de alto custo. Ao paciente gera um ganho para ele, mas impõe uma perda à coletividade, com a redução orçamentária para outros programas.

Um outro critério de Eficiência foi desenvolvido por Kaldor-Hicks, também denominada Eficiência Potencial de Pareto, ou potencialmente compensatório, é o critério mais operacional e aplicado pela Análise Econômica do Direito (AED). Como vimos, a Eficiência de Pareto é um ideal de unanimidade raramente alcançável, porém Kaldor-Hicks oferece uma forma mais pragmática para avaliar intervenções que geram ganhos e perdas, importante para a análise de políticas públicas e decisões judiciais que envolvem a escassez de recursos.

Nicholas Kaldor propõe que uma mudança é socialmente deseável quando os ganhadores poderiam compensar os perdedores e ainda assim restaria ganho líquido. John Hicks formaliza a avaliação usando excedente do consumidor (variações compensatórias/equivalentes). A compensação não precisa ocorrer, mas deve ser possível em termos de excedente agregado (Newman, [2024]).

Portanto, Diferentemente de Pareto, que exige ganhos sem perdedores, Kaldor-Hicks permite perdedores (é por isso que é mais aplicável a políticas públicas).

Nesse caso, uma decisão ou política é eficiente quando os ganhos obtidos pelos beneficiados são suficientes para, em tese, compensar as perdas sofridas por outros, ainda que a compensação não se concretize. Esse critério permite avaliar um número muito maior de situações práticas, especialmente no âmbito da intervenção estatal e das políticas públicas.

A essência do critério reside na ideia de compensação social. Os indivíduos que ganham com a mudança poderiam, teoricamente, compensar integralmente aqueles que perdem, e ainda assim, reter algum benefício líquido (Botelho, 2016), ou seja, a análise de

custo-benefício deve ser feita de forma global, avaliando se a proposição traz mais benefícios que custos para a sociedade em geral (Tabak, 2015). O critério de Kaldor-Hicks, portanto, é mais flexível que a Eficiência de Pareto, pois esta última exige que nenhum agente piore sua situação com a introdução da norma legal (Tabak, 2015).

Todavia, também suscita críticas, pois pode legitimar medidas que ampliam o bem-estar agregado, mas aprofundam desigualdades, se a compensação não for efetivamente realizada.

Scitovsky (1941) mostrou que os testes de Kaldor e de Hicks podem se contradizer (o chamado paradoxo de Scitovsky) e propôs o duplo critério (Kaldor-Hicks) para evitar reversões inconsistentes.

No contexto brasileiro, a jurisprudência recente do STF (Tema 698, RE 684.612) orienta que, diante de omissões estatais na realização de direitos fundamentais, o Judiciário pode intervir, preferencialmente fixando finalidades e exigindo da Administração planos estruturados (metas, meios, cronogramas), evitando ordens casuísticas que desorganizem a alocação de recursos escassos (Brasil, 2023a).

Essa diretriz é coerente com a racionalidade Kaldor-Hicks, ao exigir planos e dar espaço técnico ao Executivo, o tribunal incentiva soluções que maximizem o ganho líquido (redução de ineficiências, remanejamentos, fases de implementação) e mitiguem perdas a terceiros; quando perdas forem inevitáveis, cobra-se transparência sobre *trade-offs* e, quando possível, compensações.

Seguindo o raciocínio sobre a aplicação do princípio da eficiência, por exemplo, uma decisão judicial que determina a inclusão no orçamento público recursos para a oferta de vagas em creches para crianças, determinando a inclusão de crianças excluídas dos serviços de creche, observando as diretrizes do Tema 698, do STF, utilizando parâmetros de eficiência, e dados em que a Administração Pública gasta mais com publicidade do que diversos serviços para o atendimento dos direitos fundamentais das pessoas necessitadas, e que a escolha do administrador público não atendeu ao mandamento constitucional que erigiu os direitos fundamentais como de maior importância no sistema, essa decisão está amparada no ordenamento jurídico e não há que falar em interferência indevida em políticas públicas ou violação ao princípio da separação dos poderes.

Com efeito, todo gasto público deve ser realizado, tendo em vista a máxima utilidade. A reserva de recursos no orçamento público para direitos sociais deve ser estabelecida com primazia. Se o gasto for ineficiente, haverá um sacrifício, ou seja, um gasto sem a utilidade esperada, e assim haverá sacrifício de outros direitos. É questão de escolha. Se esta for

ineficiente, haverá sacrifício na prestação do direito ao qual o recurso foi destinado e de demais direitos, pois os recursos são escassos e as necessidades ilimitadas.

O artigo *Nova Gestão Pública e a Constituição de 1988: Eficiência, Inovação e Responsabilidade como Imperativos Jurídicos*, de coautoria do Professor Alexandre Orion Reginatto, fornece uma base conceitual robusta para a discussão da eficiência e da alocação racional de recursos, pilares da Análise Econômica do Direito (AED) aplicada ao Controle Judicial do Orçamento. No estudo, o professor Reginato assevera que o modelo da Nova Gestão Pública (NGP), impulsionado pela Emenda Constitucional nº 19/1998, estabeleceu um novo paradigma para a Administração Pública brasileira, deixando o foco exclusivo no procedimento para vincular o gestor juridicamente à entrega de resultados e à racionalidade na alocação de recursos e que esta transformação gerencial é a via para uma Administração Pública moderna e efetiva, capaz de atender, de forma concreta, ao ideal de um Estado democrático que assegura dignidade, justiça social e resultados à população (Reginato; Nogueira; Rodrigues, 2025).

Atualmente, se exige da administração a obtenção de resultados, não se mostrando suficiente a atuação tradicional, formal, burocrática, em que se contentava apenas com as formalidades legais. A sociedade quer atuação estatal que reduza desigualdades, fomente o emprego, promova desenvolvimento, com responsabilidade social, ambiental, econômica e política e ainda construa o ambiente favorável às gerações futuras.

A tecnicidade formal do direito em que o operador jurídico se preocupa em apontar situações que violam a lei está superada, exigindo do intérprete da lei e operador do direito uma visão sistêmica, em que busca resultados, valorando os elementos finalísticos da lei.

É sob esta ótica que os atos normativos devem interpretados e aplicados concretamente, sob o aspecto da eficiência.

A composição dos gastos públicos que não priorize direitos fundamentais sociais e que não esteja em conformidade com o princípio da eficiência, deve ser corrigida pela via judicial.

Dessa forma, a eficiência nos investimentos públicos deve ser valorada como um direito social. O volume de recursos públicos empregado deve guardar relação com a realização dos direitos fundamentais sociais, caso contrário não será eficiente. Isso porque, todo o investimento público deve visar o ser humano como elemento central do direito, e não mero instrumento para a realização de outros interesses.

Com efeito, o princípio da eficiência inova substancialmente a forma de pensar do administrador público e de interpretar as normas pelo operador do direito. Ao interpretar a norma, o operador do direito deve correlacionar a eficiência, com o princípio da

proporcionalidade e razoabilidade, com foco no atingimento de resultados positivos. Não se poderia chegar a resultados negativos e onerosos ao interpretar a norma, em um exercício de apego exagerado às formas.

Bobbio (1977, p. 56), descreve que:

[...] ‘Teoria Realista do Direito’, que volta a sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas, colocando o acento, mais do que sobre a auto-suficiência do sistema jurídico, sobre a inter-relação entre sistema jurídico e sistema econômico, entre sistema jurídico e sistema político, entre sistema jurídico e sistema social em seu conjunto, [...] procurando o seu objeto, em última instância, não tanto nas regras do sistema dado, mas sim na análise das relações e dos valores sociais dos quais se extraem as regras dos sistemas. [...] A ciência jurídica não é mais uma ilha, mas uma região entre outras de um vasto continente.

Na administração pública, portanto, deve-se compatibilizar o cumprimento da legalidade, no aparato burocrático e formal, com a redução de custos e a obtenção de resultados positivos e efetivos, com observância do princípio da eficiência, concomitantemente aos demais princípios da administração pública, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade.

Com o surgimento e aprimoramento dos estudos da Análise Econômica do Direito (AED) no contexto jurídico, adotou-se o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES) como um marco teórico inovador.

A AED é influenciada por escolas de pensamento como a Escola de Chicago (*Law and Economics*), e tem raízes no liberalismo econômico. Autores como Coase (1960) e Posner (2010) são fundamentais para o desenvolvimento dessa abordagem.

O Princípio da Eficiência Econômico-Social busca integrar a eficiência econômica com os valores sociais e jurídicos, numa abordagem inclusiva que prioriza resultados eficientes, considerando os ambientes e contextos sociais, econômicos, ambientais, culturais e também as perspectivas de gerações futuras.

O Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES) oferece uma perspectiva que vai além da eficiência econômica tradicional. Ele propõe:

- a) **inclusão social**: a eficiência deve considerar os interesses de grupos vulneráveis e garantir que decisões jurídicas promovam justiça distributiva;
- b) **sustentabilidade intergeracional**: o PEES destaca a necessidade de considerar as prerrogativas das gerações futuras na formulação e aplicação do Direito.

A eficiência na aplicação do Direito é um conceito central que busca harmonizar justiça, economia e pragmatismo na gestão de normas e decisões jurídicas. Eficiência significa atingir o resultado mais desejável com o menor custo possível, nos termos da *Law and Economics*.

Com abordagem nova e de inovação no sistema jurídico, as teorias da AED sofrem naturalmente críticas, baseadas em argumentos de que a AED adota premissas do capitalismo de mercado, o que pode limitar sua aplicação em sistemas mais igualitários e que há dificuldades na quantificação de externalidades e na internalização de custos sociais em decisões judiciais e políticas públicas.

As críticas, comumente, relacionadas ao princípio da eficiência econômico-social e aos critérios de interpretação adotados pela AED são:

- a) **redução de valores humanos:** Gouvêa e Pargendler (2020), argumenta que a AED pode desconsiderar valores éticos ao priorizar a racionalidade econômica, especialmente em litígios envolvendo direitos humanos e sociais;
- b) **contexto desigual do Brasil:** Forgioni (2005) faz uma crítica a aplicação acrítica da AED, enfatizando que decisões baseadas apenas em eficiência econômica podem perpetuar desigualdades estruturais;
- c) **conflito com direitos fundamentais:** o uso da eficiência econômica pode gerar tensão com a proteção de direitos fundamentais, como saúde e educação, que não podem ser reduzidos a cálculos de custo-benefício (Gouvêa; Pargendler, 2020).

Não obstante as críticas da aplicação da AED ao direito, o Judiciário tem invocado conceitos da ciência econômica, como a eficiência, para fundamentar suas decisões. O STF, na ADI 6.357, por exemplo, determinou que a eficiência econômica deve ser equilibrada com a proteção de direitos fundamentais, especialmente em alocações orçamentárias (Brasil, 2020a).

Na decisão do STJ (RESP 1.634.851/SP), o Tribunal aplicou a análise econômica para calcular indenizações em litígios de responsabilidade civil, utilizando um conceito econômico da perda injusta e intolerável do tempo útil, para apurar responsabilidades por danos materiais e morais (Brasil, 2018b), salientando que “aliás, já há quem defenda, nessas hipóteses, a responsabilidade civil pela perda injusta e intolerável do tempo útil” (Dessaune, 2011, p. 47-48).

A Análise Econômica do Direito (AED) foi adotada como razões de decidir na ADPF 45 (Direito à Saúde), na qual o STF julgou a ação para determinar a obrigação do Estado em fornecer medicamentos essenciais a pacientes sem condições financeiras e a decisão reconheceu que a alocação de recursos para medicamentos de alto custo deve ser realizada com base na eficiência e proporcionalidade, visando maximizar o impacto positivo no sistema público de saúde. O Supremo Tribunal ponderou entre o direito individual à saúde e o

impacto orçamentário, destacando que decisões devem priorizar intervenções com maior alcance populacional e maior impacto social (Brasil, 2004).

No REsp 1.657.156/RJ (Medicamentos *Off-Label*), o STJ destacou a importância de analisar o custo-benefício da disponibilização de tratamentos experimentais, especialmente considerando os impactos sobre o orçamento público e a eficiência na aplicação de recursos, numa discussão sobre o fornecimento de medicamentos para tratamentos não previstos nos protocolos oficiais do SUS. O STJ reforçou que a saúde pública deve ser gerida com base na racionalidade econômica, priorizando tratamentos com eficácia comprovada (Brasil, 2018c).

O STF, no RE 1.008.166 – (creches públicas), em decisão sobre a obrigatoriedade de municípios oferecerem vagas em creches públicas a crianças de até 5 anos, utilizou análises de impacto econômico para destacar que a oferta de creches públicas reduz desigualdades sociais e aumenta a participação econômica de famílias de baixa renda, gerando benefícios econômicos futuros. A decisão concluiu que a alocação de recursos para educação infantil é eficiente e cumpre o objetivo constitucional de universalização da educação básica (Brasil, 2023b).

Na decisão nos autos da ADI 4.167 (Fundeb e Distribuição de Recursos para Educação Básica), o STF, numa discussão sobre o modelo de distribuição de recursos do Fundeb entre estados e municípios, reconheceu a importância de distribuir recursos com critérios de equidade e eficiência, priorizando regiões mais carentes. A alocação eficiente dos recursos foi considerada essencial para reduzir desigualdades regionais e melhorar a qualidade da educação básica (Brasil, 2013a).

Decisão proferida nos autos da ADPF 828 (Despejo Coletivo em Período de Pandemia), o STF suspendeu despejos e remoções coletivas durante a pandemia de COVID-19 para proteger populações vulneráveis. O tribunal destacou o impacto econômico e social negativo de despejos em massa durante uma crise de saúde pública, considerando custos indiretos para a sociedade. A decisão priorizou soluções que preservassem o direito à moradia sem onerar desproporcionalmente o sistema público de assistência social (Brasil, 2023c).

A Análise Econômica do Direito também foi utilizada na decisão do STJ – REsp 1.736.073/SP (Reintegração de Posse e Interesse Social), que trata de disputa sobre reintegração de posse em áreas ocupadas por famílias de baixa renda. A decisão analisou o custo social do deslocamento forçado de populações vulneráveis e os impactos econômicos de políticas habitacionais alternativas. O STJ reforçou que decisões devem equilibrar o direito de propriedade com a proteção de direitos fundamentais, priorizando soluções que minimizem conflitos sociais e custos públicos.

Num contexto de questionamento sobre a gestão e alocação de recursos em programas de transferência de renda, a AED, especialmente o princípio da eficiência econômica, foi objeto de estudo na decisão do STJ – REsp 1.805.161/SP (Programas Assistenciais e Alocação de Recursos). A decisão reforçou a necessidade de análises detalhadas de custo-benefício para assegurar que os programas atinjam os objetivos com o menor custo possível. O STJ concluiu que a eficiência na gestão de programas assistenciais é essencial para garantir sustentabilidade e maximizar os impactos positivos (Brasil, 2019).

Como vimos, a Análise Econômica do Direito (AED) tem sido utilizada em diversas decisões judiciais, destacando-se pela consideração das consequências econômicas das decisões. Por exemplo, no voto do Ministro Fux no RE 955.227, é mencionado que a discussão sobre o termo inicial para a produção de efeitos de uma decisão envolve consequências econômicas significativas (Brasil, 2023d). A AED é vista como um estoque de capital que pode aumentar a eficiência das futuras decisões do Judiciário, e os juízes têm o papel de preservar esse capital, adaptando-o às evoluções sociais e respeitando precedentes bem fundamentados.

Além disso, na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 1.818/DF, o Superior Tribunal de Justiça constitui exemplo expressivo de raciocínio consequencialista, afinado à Análise Econômica do Direito, para suspender os efeitos de decisão judicial proferida em ação coletiva sobre telefonia móvel pré-paga. Ao acolher o pedido da Anatel, o ministro Felix Fischer destaca que a anulação das regras sobre validade de créditos atinge todo o mercado nacional, em especial os milhões de usuários de linhas pré-pagas, e impõe elevados custos de manutenção de linhas inativas, com risco de encarecimento do serviço e de desequilíbrio econômico-financeiro do setor. A medida suspensiva é justificada, assim, não apenas pela proteção da requerente, mas sobretudo pela necessidade de evitar graves impactos econômicos e sociais sobre o sistema regulatório e sobre os consumidores, configurando típica manifestação de análise econômico-consequencialista na apreciação de pedidos de suspensão de liminar e sentença (Brasil, 2013b).

Esses exemplos demonstram como a AED é aplicada para avaliar e fundamentar decisões judiciais, levando em conta não apenas a letra da lei, mas também as implicações econômicas e sociais das decisões tomadas.

A eficiência e conceitos da Análise Econômica do Direito também deve pautar e orientar a questão da Regulação e Políticas Públicas em diversas áreas, como no direito ambiental, em que a eficiência econômica é usada para promover a sustentabilidade, como na compensação ambiental em projetos de infraestrutura.

Sobre a interação entre a economia e o direito, importante destacar o estudo desenvolvido pelos professores Carmo e Messias (2018), em que os autores analisam criticamente a evolução dos conceitos de crescimento econômico, desenvolvimento econômico, desenvolvimento sustentável e justiça ambiental, com base na Teoria da Complexidade de Edgar Morin e na Análise Econômica do Direito de Richard Posner. A partir desse referencial, os autores propõem um diálogo transdisciplinar entre o Direito Ambiental e a Economia como caminho para enfrentar o estado de caos ambiental contemporâneo.

No artigo, os autores propõem uma justiça ambiental como novo paradigma de desenvolvimento, fundada na equidade, solidariedade e dignidade da pessoa humana. Defende-se que a interação entre Direito Ambiental e Economia seja orientada por princípios de regulação das atividades econômicas, internalizando os custos ambientais e sociais, para garantir uma vida digna às gerações presentes e futuras (Carmo; Messias, 2018).

De fato, na interdisciplinaridade, a eficiência jurídica deve incorporar aspectos sociais, econômicos e ambientais, equilibrando justiça e racionalidade. Na educação Jurídica, a introdução da AED em currículos jurídicos pode capacitar os operadores do Direito para aplicar métodos econômicos de forma crítica.

Com efeito, o direito deve adotar racionalidade e humanização, com abordagens que harmonizem eficiência com inclusão social, garantindo que decisões jurídicas promovam o bem-estar coletivo.

Interessante artigo dos pesquisadores Pinto, Lannes e Miranda (2019), que abordam o potencial da economia criativa como vetor de desenvolvimento sustentável e promoção de direitos fundamentais. Os autores defendem que os valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a justiça social e a redução das desigualdades devem orientar a atuação econômica do Estado, sendo a economia criativa uma alternativa viável aos modelos econômicos tradicionais.

A ideia de economia criativa relaciona-se com o princípio da eficiência econômica na medida em que busca otimizar a efetividade dos direitos fundamentais.

Tal modelo implica a valorização da cultura, da arte, do conhecimento e da tecnologia, sendo apresentado como uma alternativa inovadora, inclusiva e sustentável. A economia criativa revela-se apta a gerar renda, promover a inclusão social e a diversidade cultural, bem como fomentar o empreendedorismo e a autogestão, conforme o estudo desenvolvido pelos autores (Pinto; Lannes; Miranda, 2019).

O princípio da eficiência é uma ferramenta poderosa, mas exige aplicação crítica e contextualizada, especialmente em sociedades como a brasileira, marcadas por desigualdades estruturais. A adoção de abordagens como o PEES oferece uma alternativa equilibrada, que promove justiça e racionalidade, sem perder de vista os valores éticos e sociais fundamentais. A eficiência no Direito deve ser um meio, e não um fim, sempre orientada pelos princípios constitucionais e pela dignidade humana.

As decisões judiciais no Brasil têm incorporado o Princípio da Eficiência sob a ótica da Análise Econômica do Direito para garantir direitos fundamentais sociais. Essas decisões equilibram custos e benefícios, maximizando o impacto social com o menor custo para o Estado. Embora essa abordagem enfrente críticas, especialmente quanto à sua aplicação em um sistema desigual, ela oferece um instrumento poderoso para promover justiça distributiva e eficiência econômica.

No direito comparado, países como Itália, Portugal e Espanha também incorporam a eficiência em suas constituições, muitas vezes associada à boa administração. No sistema *common law*, o autor Posner (2010) defende a eficiência como critério essencial no Direito, sustentando que esta deve guiar decisões judiciais para maximizar o bem-estar social, mesmo que isso envolva escolhas difíceis entre interesses concorrentes, enquanto críticos como Dworkin (2011) e Rawls (1987) alertam para os riscos de reduzir a justiça a um cálculo econômico. Rawls (EUA) sustenta que a eficiência só é legítima quando vinculada ao princípio da diferença, beneficiando os menos favorecidos (Tormin, 2018).

Assim, vimos que a eficiência no Direito é mais do que um ideal de gestão pública. É um mecanismo normativo que orienta o uso racional e sustentável dos recursos, especialmente em contextos de escassez. É uma ferramenta indispensável para modernizar a aplicação do Direito, especialmente em contextos de recursos limitados. No entanto, deve ser aplicado com cautela, considerando a vinculação com valores fundamentais, como justiça e equidade. A necessidade de análises interdisciplinares que combinem economia e Direito. Limites claros para evitar decisões que favoreçam apenas interesses econômicos em detrimento de direitos humanos. A eficiência deve ser entendida como um meio para a realização de uma sociedade mais justa e inclusiva, alinhada aos princípios constitucionais e às expectativas sociais.

Com efeito, a maximização da riqueza, um dos princípios basilares da AED Posneriana, deve ser abordada criticamente, pois o critério de eficiência econômica (Ótimo de Pareto ou de Kaldor-Hicks) não é neutro e pode funcionar como um artifício ideológico que justifica a desigualdade socioeconômica preexistente sob o manto da racionalidade privada e da não-arbitrariedade. O crítico Dworkin (2011), já questionou se a maximização da riqueza

não seria, na prática, uma forma disfarçada de utilitarismo, falhando em resolver a questão distributiva. A aplicação das métricas de eficiência (por exemplo, Análise de Custo-Benefício - ACB) não garante a equidade, podendo resultar em alocações eficientes do ponto de vista econômico, mas que perpetuam a desigualdade na distribuição de recursos.

Em uma sociedade marcada por profundas disparidades, como a brasileira, a mera aplicação de critérios de eficiência sem um filtro robusto de justiça distributiva e isonomia material corre o sério risco de consagrar os *status quo* de desvantagens e privilégios.

Por isso, na intervenção judicial, a ferramenta da AED não deve ser utilizada para determinar *quais* direitos devem ser protegidos (escolha axiológica), mas sim *como* o Estado deve cumprir sua obrigação constitucional de forma mais racional e menos regressiva, subordinando sempre a eficiência à efetividade do direito fundamental.

6.1.2 Princípio da escassez e *trade-offs*: a racionalidade na alocação de recursos públicos

Uma das grandes limitações à realização dos direitos é o fato de os recursos disponíveis serem escassos e as necessidades das pessoas são ilimitadas e, em razão dessa limitação, os gestores dos recursos públicos devem utilizar de instrumentos e técnicas eficientes nas tomadas de decisões de aplicação dos recursos, os quais devem ser alocados de forma a atender às necessidades dos indivíduos.

Os direitos fundamentais, assegurados constitucionalmente, tem a sua aplicação imediata, e todos, Estado e sociedade, devem zelar pela sua concretização. Contudo, sua efetivação enfrenta barreiras devido à escassez dos recursos públicos.

A abordagem moderna da economia como a ciência das escolhas em face de recursos escassos é classicamente associada a Robbins (1945), que define a Economia como a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que têm usos alternativos.

A definição desloca o foco de riqueza para escolha sob restrição, fornecendo a ponte conceitual com o Direito - toda decisão normativa resolve conflitos entre fins, diante de meios limitados.

A Escassez e o *Trade-off* constituem os pilares conceituais da Economia e, por extensão, da Análise Econômica do Direito (AED). A Escassez é o conceito fundamental da Economia, definido como a situação em que os recursos (tempo, dinheiro, bens, capacidade produtiva) são limitados, enquanto as necessidades e desejos humanos são praticamente

ilimitados. A Escassez é uma realidade incontornável que força os indivíduos e a sociedade a fazerem escolhas (Parkin, 2009).

Diante da Escassez, toda escolha implica um sacrifício, o chamado *Trade-off*. O *Trade-off* é a renúncia a uma coisa para se ter outra, mesmo que seja apenas o tempo (Salama, 2017).

O *Trade-off*, por sua vez, gera o conceito de Custo de Oportunidade, que é definido como o valor da melhor alternativa não escolhida. Em outras palavras, o Custo de Oportunidade representa aquilo que se deixa de obter ao se tomar uma decisão (Salama, 2017).

Escassez é a insuficiência relativa de recursos para satisfazer integralmente todos os fins desejados. *Trade-off* é a renúncia da melhor alternativa não escolhida (custo de oportunidade). Em termos normativos, toda lei, precedente ou política pública implica renunciar a usos alternativos do orçamento, do tempo institucional e de capacidades de execução. Em AED, essa linguagem se traduz em escolhas que afetam incentivos, eficiência e distribuição de riscos (Cooter; Ulen, 2016).

A AED analisa como regras jurídicas alteram custos e benefícios, moldando condutas. Clássicos como Calabresi mostram que regimes de responsabilidade e seguro visam minimizar o custo social dos acidentes (dano + prevenção + administração), um problema de alocação de recursos escassos (Calabresi, 1970). Posner (2010) propõe a eficiência (Kaldor-Hicks) como critério descritivo/normativo do *common law*. Os autores Cooter e Ulen (2016), integram eficiência, equidade, informação e *enforcement*, explicitando os *trade-offs* legislativos e judiciais em propriedade, contratos, responsabilidade civil e processo.

No constitucionalismo moderno, Sunstein e Holmes (1999, p. 29), cunharam a tese todos os direitos têm custos. Proteger liberdades exige aparato estatal (polícia, tribunais, reguladores) financiado por tributos, “os vigilantes precisam ser pagos”, deslocando o debate para escolhas orçamentárias. Essa abordagem reconecta direitos a finanças públicas e reforça a linguagem de *trade-offs* em decisões sobre prestações estatais.

Alexy (1986), caracteriza princípios como mandamentos de otimização: devem ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, o que inclui, inevitavelmente, limitações orçamentárias e administrativas. A técnica da ponderação (lei do sopesamento) explicita o *trade-off* entre direitos em conflito e a intensidade de restrições, exigindo justificativas públicas proporcionais.

A abordagem da escassez e do *trade-off* torna explícitas as renúncias implícitas em escolhas jurídicas. Por exemplo, ao decidir por A (custear um medicamento de alto custo para

um indivíduo), renuncia-se a B (vacinação de centenas). Tornar o custo de oportunidade visível melhora a racionalidade, a transparência e a prestação de contas (*accountability*) das decisões judiciais e políticas (Cooter; Ulen, 2016).

A jurisprudência e a doutrina nacionais exploram o atrito entre reserva do possível (limites fáticos/financeiros) e mínimo existencial (núcleo irredutível de direitos). Há vasta literatura (Timm, 2010), e mapeamentos empíricos de como o STF tratou saúde, educação e outras prestações (Wei Liang Wang, 2008).

A audiência pública da saúde também trouxe subsídios técnicos sobre escassez e priorização. Na referida audiência pública, o Min. Gilmar Mendes afirmou que “se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não a fornecer ou de uma vedação legal à sua dispensação” (Brasil, 2009a, [não paginado]). Ele observou a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada.

Assim, a insuficiência genérica de recursos não basta, exige-se prova robusta, planejamento e prioridade para o núcleo essencial e mede-se o impacto sistêmico e o custo de oportunidade da ordem judicial (Wei Liang Wang, 2008).

Portanto, qualquer proteção ou provisão de direitos pelo Estado envolve custos, que deve ser mensurado nas decisões judiciais.

O grande número de ações judiciais por direitos sociais no Judiciário brasileiro, com demandas massificadas em que pessoas pleiteiam medicamentos e tratamentos, muitas vezes de alto custo, vagas em creches, benefícios assistenciais e outros direitos, deixam os magistrados diante de um grande dilema: como assegurar os direitos fundamentais diante de recursos tão escassos?

Além disso, como vimos, a questão do controle judicial sobre a destinação dos recursos em políticas públicas tem suscitado debates e críticas sobre os limites da atuação do Judiciário em relação à atuação dos outros Poderes.

Canotilho (2015, p. 11-32), relata que

os direitos sociais têm custos elevados e para o Estado Social desempenhar a contento esta tarefa deve cumprir quatro condições básicas: um sistema fiscal eficiente que possibilite a captação de recursos necessários e suficientes aos cofres públicos; estrutura direcionada ao financiamento de serviços sociais e investimentos produtivos; orçamento público equilibrado e uma taxa anual de crescimento do rendimento nacional de, pelo menos, 3%.

De fato, o baixo crescimento do PIB do Estado brasileiro nos últimos anos, aliado a um sistema fiscal pouco eficiente, que facilita evasões fiscais, apesar da alta carga tributária, e ainda financia bens e serviços, com captação de parte do custeio em dívida pública interna, com emissões de títulos no mercado financeiro a custo alto, compromete ainda mais a destinação dos recursos públicos a programas sociais, e reforça a problemática da escassez dos recursos.

A questão da escassez dos recursos deve ser valorada nas decisões judiciais que determinam a entrega de bens e serviços pelo poder público para efetivação de direitos fundamentais, com o objetivo de promover a correta destinação dos recursos públicos escassos e maximizar a efetivação do direito, propiciando um atendimento de maior amplitude e mais representativa das demandas sociais. Isso é relevante porque evidente o fato de que a existência da norma constitucional, por si só, não é suficiente para aumentar os recursos disponíveis. Daí porque o magistrado deve levar em consideração a escassez dos recursos.

A decisão judicial que confere direitos individuais não pode ignorar o impacto da decisão na coletividade, sob pena de causar desequilíbrios distributivos e pode comprometer outras políticas públicas. O controle judicial deve equilibrar as demandas individuais com os limites impostos pela realidade econômica e social.

A escassez, portanto, estabelece a necessidade de escolhas alocativas e impõe restrições à efetivação dos direitos fundamentais, incluindo os sociais, como saúde, educação e moradia.

Diante dessa limitação de recursos, percebe-se que a exigência dos direitos sociais em Juízo depende das condições econômicas do Poder Público e o Judiciário deve reconhecer essa situação fática em suas decisões.

Não obstante a limitação dos recursos, de observar que os direitos fundamentais sociais estão positivados na Constituição Federal e são destacados na estrutura jurídica como direitos de observância obrigatória de todos e a omissão do Estado na sua concretização pode significar ofensa à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado brasileiro (art. 1, III, da CF) (Brasil, [2025a]).

Wei Liang Wang (2008, p. 541), afirma que: “o fato de os direitos sociais exigirem recursos para serem efetivados não faz deles direitos que não devam ser levados a sério”. Ele continua esclarecendo que:

não é uma opção dos administradores ou do Poder Legislativo cumprir a Constituição. Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, sua efetivação é uma obrigação constitucional e, para não a cumprir, há um ônus argumentativo da parte dos poderes políticos. E, dentro desse ônus argumentativo, pode caber a discussão a respeito dos custos dos direitos e dos

recursos escassos. Importa lembrar que a escassez de recursos não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de se sobrepor totalmente à fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser levado em consideração, mas nunca o único (Wei Liang Wang, 2008, p. 541).

Sobre a temática debatida o autor Wei Liang Wang, trouxe alguns teóricos para complementar o seu pensamento, para eles

cumpre, também, destacar que a escassez de recursos e o custo dos direitos não são limites fáticos apenas para os direitos sociais, eles podem aparecer em qualquer obrigação de fazer ou dar do Estado. Pode-se afirmar que mesmo os chamados direitos de primeira geração, tradicionalmente conhecidos como direitos negativos, por demandarem uma não intervenção estatal, na realidade também dependem de prestações estatais, do estabelecimento de instituições e de dispêndio de dinheiro público (Courtis Abramovich (2002, [p. 498]; Sunstein; Homes, 1999, [p. 461] *apud* Wei Liang Wang, 2008, p. 541).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e dos Tribunais Superiores sobre o controle judicial de políticas públicas e o princípio da escassez revela uma evolução significativa na interpretação dos direitos sociais e na atuação do Judiciário.

O STF tem reconhecido a possibilidade de intervenção judicial em políticas públicas, especialmente quando há omissão do Estado em garantir direitos fundamentais. A jurisprudência atual considera que a falta de recursos orçamentários não pode ser utilizada como justificativa para a violação de direitos constitucionais. O Supremo já decidiu que “restrições orçamentárias não servem de escusa, pelos entes federativos, para violação de direitos e garantias fundamentais”.

O princípio da escassez é frequentemente invocado nas decisões judiciais, onde se reconhece que a administração pública deve fazer “escolhas trágicas” devido à insuficiência de recursos. No entanto, o STF tem afirmado que a “reserva do possível” não pode ser usada como uma carta de alforria para a omissão estatal, especialmente em casos que envolvem a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, conforme

RESP 1.068.731/ RS: ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade física-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descreve ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfuntório ou

insuficiente. 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da ‘limitação de recursos orçamentários’ frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. ‘A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário [...]’ (Brasil, 2012a, [não paginado]).

O Judiciário tem se mostrado mais ativo na proteção dos direitos sociais, considerando-os como direitos fundamentais. A jurisprudência tem evoluído para permitir que o Judiciário intervenha em casos em que a ausência de políticas públicas compromete a dignidade humana e a efetivação de direitos sociais.

Nesses termos, Sarmento (2009, p. 371), ao versar o tema pertinente ao controle judicial de políticas públicas expendeu considerações que vale reproduzir:

até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram rariíssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação de poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais. Hoje, no entanto, este panorama se inverteu. Em todo o país, tornaram-se freqüentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. Trata-se de uma mudança altamente positiva, que deve ser celebrada. Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro ‘leva a sério’ os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna. Sem embargo, este fenômeno também suscita algumas questões complexas e delicadas, que não podem ser ignoradas. Sabe-se, em primeiro lugar, que os recursos existentes na sociedade são escassos e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos.

Essas decisões refletem uma mudança de paradigma, onde o Judiciário assume um papel mais ativo na proteção dos direitos sociais, ao mesmo tempo em que reconhece as limitações impostas pela escassez de recursos.

Apesar da possibilidade de controle judicial, o STF também reconhece que o Judiciário deve ter cautela ao intervir em questões que envolvem a discricionariedade do Executivo, especialmente em áreas que demandam expertise técnica e conhecimento especializado.

De fato, a escassez não é um detalhe tecnocrático. Ela constitui um problema jurídico-econômico fundamental. Tratar escolhas jurídicas como alocações sob restrição, com custos de oportunidade mensuráveis, justificativas públicas e remédios calibrados, alinha o Direito a uma cultura institucional de priorização responsável. A integração entre AED (incentivos e eficiência), proporcionalidade (Alexy, 1986), permite decisões mais racionais, transparentes e legitimadas diante de orçamentos limitados (Cooter; Ulen, 2016).

6.1.3 Maximização racional e incentivos

A Análise Econômica do Direito (AED), desde a fase clássica, parte da hipótese de que agentes são maximizadores racionais do próprio interesse e bem-estar e reagem a incentivos. Em termos positivos, normas e decisões alteram preços relativos, probabilidades e custos de transação; em termos normativos, boas regras tendem a minimizar custos sociais (danos + prevenção + administração) ou maximizar bem-estar (eficiência Kaldor-Hicks). (Cooter; Ulen, 2016; Posner, 2010).

Silveira (2023), essa racionalidade implica em:

- a) escolhas ótimas: os agentes buscam a melhor maneira de satisfazer seus objetivos, dadas as restrições (recursos escassos, informações, regras jurídicas). A racionalidade não impõe quais devem ser os fins (que podem ser altruístas ou egoístas), mas sim que o agente utilizará os meios mais eficientes para alcançá-los;
- b) resposta a preços e custos: os indivíduos respondem a preços, sejam eles monetários, ou não monetários, como a penalidade de uma multa, o risco de uma indenização ou a pena de prisão. O aumento do custo esperado de uma atividade indesejada (exemplo, a probabilidade de ser punido e o valor da pena) desestimula essa atividade.

O Direito, portanto, deve ser analisado como um conjunto de regras que, ao estabelecer sanções (custos) e recompensas (benefícios), atua como um mecanismo de precificação do comportamento.

A racionalidade, sob o prisma da AED, é instrumental: o agente busca maximizar os benefícios esperados diante de restrições orçamentárias ou institucionais. No caso do Poder Judiciário, essa racionalidade se manifesta quando a decisão judicial busca equilibrar a proteção de direitos fundamentais com a minimização dos impactos negativos sobre as políticas públicas e sobre o erário.

Segundo Zamir e Medina (2010), juízes devem ser concebidos como agentes que tomam decisões com base em incentivos e custos percebidos, ainda que nem sempre calculem esses elementos de forma consciente ou matemática. A aplicação da racionalidade na decisão judicial exige, portanto, uma análise de impacto: quais serão os efeitos de curto, médio e longo prazo de uma intervenção que determina, por exemplo, a aquisição de medicamentos de alto custo não previstos no orçamento da saúde?

Decisões judiciais que ignoram os *trade-offs* inerentes à escassez de recursos podem gerar consequências negativas para o conjunto da população, como desorganização de políticas públicas sustentáveis ou comprometimento de serviços essenciais. A racionalidade deve ser um critério na decisão judicial. Decisões calibradas, com base no equilíbrio, tendem a induzir comportamentos cooperativos. Assim, a previsibilidade e a razoabilidade das decisões judiciais criam um ambiente institucional mais eficiente, favorecendo a alocação de recursos de forma equitativa e sustentável.

A principal aplicação do princípio da maximização racional como um sistema de incentivos é a que busca resolver falhas de mercado e de governo, ao funcionar como induzir e desencorajar comportamentos.

Na função indutora e desencorajadora, as normas são concebidas para induzir comportamentos socialmente desejáveis ou desencorajar comportamentos socialmente custosos.

Becker (1968), por exemplo, modela o crime como escolha racional. O agente compara ganhos esperados com a probabilidade de detecção e severidade da sanção. Logo, probabilidade e pena são instrumentos substitutos ou complementares em certos contextos, para calibrar incentivos.

Polinsky e Shavell (1998) aprofunda a aplicação para *enforcement* público ótimo (dosimetria de multas, custo de fiscalização, prisão quando multas não bastam etc.), como incentivos. Isso ajuda a reduzir externalidades.

Para calibrar incentivos, a autoridade escolhe probabilidade de detecção e magnitude/forma da sanção (multa, prisão, sanções não pecuniárias) para maximizar bem-estar dado orçamento e custos de fiscalização e assim, observa resultados clássicos, tais como, quando multas são transferências baratas e agentes têm riqueza suficiente, tende-se a aplicar multas mais altas e baixa probabilidade. No caso de réus pobres, multas perdem potência, exigindo mais fiscalização e/ou sanções não monetárias (Polinsky; Shavell, 1998).

A Análise Econômica do Direito (AED) também utiliza o modelo de incentivos para diminuir falhas do mercado, por exemplo para combater assimetrias informacionais,

implantando regras de *disclosure*, ou seja, impõe divulgação de informações importantes sobre determinado assunto para garantir a transparência.

No campo dos direitos fundamentais sociais, onde o Judiciário intervém no orçamento público, a análise de incentivos é fundamental para a responsabilidade e legitimidade da decisão (Santana, 2014; Brandão, 2018).

Nesse sentido, deve ser avaliado o evento incentivos perversos, ou seja, uma decisão judicial que determina a prestação de um direito social individualizado (ex: fornecimento de um tratamento de alto custo) deve ser examinada quanto aos incentivos que ela cria, que pode ser um incentivo Perverso ao Litígio, ou seja, a decisão pode criar o incentivo para que todos os cidadãos busquem o Judiciário (em vez das vias administrativas) para obter o tratamento, sobrecarregando o sistema e realocando recursos de forma caótica ou ainda um incentivo negativo ao gestor, ou seja, a intervenção judicial frequente e desordenada pode desincentivar o gestor público a planejar orçamentariamente políticas públicas coletivas, pois ele sabe que o Judiciário corrigirá (ou imporá) as alocações caso a caso.

Assim, a visão da Maximização Racional e dos Incentivos transforma a decisão judicial sobre direitos fundamentais de um mero ato de *vontade* em um ato de análise de consequências e responsabilidade alocativa.

A crítica de que a AED promoveria apenas a eficiência econômica em detrimento da justiça social não se sustenta quando essa abordagem é integrada com os princípios constitucionais. Ao contrário, a racionalidade instrumental pode reforçar a proteção dos direitos fundamentais se for orientada por critérios como equidade distributiva, maximização do bem-estar coletivo e priorização do mínimo existencial.

Os instrumentos da Análise Econômica do Direito (AED), enquanto critérios de avaliação jurídica, não exclui valores morais ou constitucionais, mas os incorpora mediante mensuração dos efeitos sociais das normas e decisões. No caso brasileiro, a jurisprudência do STF tem avançado nesse sentido, ao aplicar a técnica da ponderação entre direitos e limites institucionais, como no caso da ADPF 347, em que o Tribunal reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” no sistema prisional, mas determinou medidas de implementação progressiva com base na capacidade orçamentária dos entes federados (Brasil, 2023e).

Eficiência, escassez, teoria dos jogos, racionalidade e a análise de custo-benefício, elementos da Análise Econômica do Direito, oferecem ao Poder Judiciário instrumentos para qualificar sua atuação em face da omissão estatal na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Tais ferramentas permitem que a intervenção judicial ocorra de forma estratégica, eficiente e equilibrada, evitando tanto a paralisação institucional quanto o ativismo

inconsequente. A construção de decisões baseadas em evidências e na previsão de consequências contribui para uma jurisdição constitucional mais comprometida com a justiça distributiva e com a sustentabilidade das políticas públicas.

Essa prática exige que o Judiciário adote instrumentos como perícias econômicas, consultas a núcleos técnicos de assessoramento em políticas públicas e diálogo interinstitucional com os demais Poderes, o que já é incentivado por decisões do STF, como no caso da **ADPF 347**, que estabeleceu uma implementação gradual, cooperativa e fiscalmente responsável.

6.2 Institutos e teorias centrais da AED

Os institutos da AED oferecem quadros conceituais para analisar falhas de mercado e de governo.

6.2.1 Custos de transação

Os Custos de transação são os gastos necessários para que trocas e coordenação ocorram de fato, buscar e processar informação, negociar e redigir contratos, monitorar e fazer cumprir obrigações ou resolver disputas. Coase (1937) introduziu o tema ao explicar por que existem firmas, quando o custo de usar o mercado supera o de organizar internamente, a produção tende a ser internalizada e esse é o núcleo de *The Nature of the Firm*.

Mais tarde, em *The Problem of Social Cost*, Coase (1960), mostrou que, num mundo hipotético sem custos de transação, a alocação eficiente independeria de quem detém inicialmente um direito. No mundo real, porém, esses custos são onipresentes e determinam resultados jurídicos e econômicos. Ele demonstrou que, se os custos de transação fossem zero, a alocação eficiente de recursos seria alcançada por meio de negociações privadas, independentemente da regra jurídica inicial de atribuição de responsabilidade (Propriedade). Este é o fundamento do Teorema de Coase.

No entanto, Coase (1960) argumentou que, na realidade, os custos de transação são quase sempre positivos. Quando os custos de transação são altos, o mercado falha em realocar recursos para seus usos mais valiosos, e a regra jurídica (o Direito) assume um papel crucial na minimização desses custos ou em tomar decisões de alocação que simulem o resultado que o mercado alcançaria se os custos fossem baixos.

Os Custos de Transação são definidos como os custos não-produtivos de se realizar uma troca econômica ou uma relação jurídica. Eles são os custos de usar o mecanismo de mercado ou o sistema legal (Salama, 2008). Os autores Coase (1960) e Silveira (2023), dividiram em três categorias principais

- a) **custos de busca e informação:** os custos de encontrar a parte com quem se deseja negociar e de obter informações relevantes sobre o objeto da transação ou sobre o risco envolvido (ex: pesquisa de mercado, *due diligence*);
- b) **custos de negociação e decisão:** os custos de negociar os termos de um acordo e de redigi-lo (ex: honorários advocatícios para elaboração de contratos, o tempo gasto em audiências);
- c) **custos de monitoramento e cumprimento (*enforcement*):** os custos de monitorar se a outra parte está cumprindo o acordo e, se necessário, os custos de recorrer ao Judiciário para fazer valer o direito (ex: custos processuais, tempo de espera pela decisão).

North (1990), incorporou os custos de transação ao estudo das instituições (regras formais e informais). Instituições existem para reduzir incerteza e custos de interação. Seu desenho condiciona a performance econômica no longo prazo, logo, reformas institucionais que melhoram a previsibilidade reduzem custos e aumentam o desempenho.

Sob esse aspecto, North (1990), argumenta que tanto a informação quanto os direitos (*enforcement*) representam custos de transação que incorporam ambos os custos de estimação, entendimento e os custos de controle/fiscalização. Em um contexto em que os custos de transação podem interferir sobre o nível de eficiência, é natural que surjam instituições econômicas, sociais e políticas que permitam a minoração desses custos, de forma a facilitar a maximização pelos agentes.

As instituições que levariam um país ao desenvolvimento seriam aquelas capazes de reduzir os custos de transação, presentes em economias reais (Coase, 1937).

Salama (2008), argumenta que o Direito deve ser analisado como uma ferramenta que reduz os custos de transação, por exemplo:

- a) **na padronização e normas *default*:** o direito contratual, ao fornecer regras-padrão (*default rules*) e princípios gerais (como a boa-fé), evita que as partes tenham que negociar exaustivamente todos os termos de um contrato, reduzindo os custos de negociação;
- b) **na clarificação da propriedade:** ao definir claramente os direitos de propriedade (quem detém o quê), o Direito minimiza os custos de disputa e os custos de

informação (evitando que as partes gastem tempo negociando algo que não pertence a quem está oferecendo);

c) **mecanismos de *enforcement* eficiente:** o direito processual e o Poder Judiciário devem ser desenhados para reduzir os custos de monitoramento e cumprimento. Um processo judicial lento e caro (alto custo de *enforcement*) desincentiva o investimento e o cumprimento de contratos, pois o custo para fazer valer o direito é muito elevado.

Barzel (1982), distingue os diferentes custos de transação envolvidos na operacionalização das instituições no mercado:

- a) custos *ex ante* (buscar informação técnica/normativa, negociar e redigir cláusulas);
- b) custos *ex post* (monitorar, executar, litigar e solucionar conflitos);
- c) custos de mensuração/informação (avaliar qualidade, risco e performance);
- d) custos institucionais sistêmicos (procedimentos, burocracias e desenho de tribunais/agências).

Cada uma dessas camadas pode ser reduzida por regras claras, padronização, precedentes e arranjos de governança adequados.

A própria judicialização de direitos fundamentais pode ser vista como um sintoma de Custos de Transação elevados no sistema administrativo (Brandão, 2018). O cidadão busca o Judiciário (alto custo de *enforcement*) porque o custo de transação para obter o direito pela via administrativa (baixo custo de busca e negociação) é proibitivamente alto, ou porque a ineficiência do gestor impôs uma externalidade (a perda do direito) que só pode ser “internalizada” pela ordem judicial.

Portanto, a aplicação do conceito de Custos de Transação permite ao pesquisador em Direito focar em como as regras processuais e administrativas podem ser redesenhas para facilitar a realocação eficiente dos recursos estatais, tornando a Administração Pública um canal de baixa fricção para a entrega dos direitos e reduzindo a necessidade de intervenção judicial custosa (Gomes, 2016).

A literatura empírica e institucional registra os efeitos orçamentários desse contencioso e a necessidade de decisões mais coordenadas (por exemplo, integradas a avaliações técnicas e processos de incorporação tecnológica). Do ponto de vista da AED, quando o Judiciário decide isoladamente, sem parâmetros técnicos robustos, cresce o custo de mensuração e de coordenação; quando há protocolos e deferência qualificada a avaliações técnicas, caem os custos informacionais e de aplicação, melhorando a eficiência e a equidade no uso de recursos escassos (Conselho Nacional de Justiça, 2019).

Em julgamento do Recurso Especial Nº 1.185.474 – SC, o Ministro Humberto Martins, do STJ, faz uma análise em que dialoga com as categorias “mínimo existencial” e “reserva do possível”. A jurisprudência afirma que a reserva do possível não pode servir de escudo para inviabilizar o núcleo essencial de direitos fundamentais. Por outro lado, a concretização de prestações deve considerar restrições orçamentárias reais e a necessidade de escolhas coletivas custo-efetivas, exatamente o tipo de *trade-off* que a AED ajuda a explicitar (Brasil, 2010).

Podemos concluir que os custos de transação ajudam a entender como regras, instituições e decisões judiciais afetam resultados concretos. Em políticas de alto impacto financeiro (saúde, educação, assistência), reconhecer e minimizar esses custos, especialmente os informacionais e de coordenação, é condição para decisões mais íntegras e eficientes, respeitam o mínimo existencial, mas também a racionalidade orçamentária e a igualdade de acesso.

6.2.2 Assimetria informacional

Assimetria informacional significa situações em que uma parte dispõe de mais ou melhor informação relevante do que a outra, afetando decisões, preços, alocação e até a existência de determinados mercados. O marco analítico clássico é Akerlof (1970), que mostrou como a inobservabilidade da qualidade em mercados de bens usados pode expulsar os bons produtos (“*lemons problem*”), que laureado com o Prêmio Nobel de Economia por seus trabalhos que demonstravam como a distribuição desigual de informações leva a falhas de mercado e, consequentemente, justifica a intervenção do Direito.

A Assimetria Informacional pode ocorrer em diferentes momentos da interação e gera dois problemas principais:

- a) **risco de seleção adversa**, situação que ocorre antes da transação ou contratação (*ex ante*). A parte com informações privilegiadas usa esse conhecimento para obter vantagens sobre a outra parte, resultando em uma má seleção. Arkerlof (1970) dá o exemplo do mercado de seguros ou de carros usados (o ‘mercado de limões’). O vendedor de um carro usado conhece sua qualidade real (boa ou ‘limão’), mas o comprador não. Na ausência de regras jurídicas que mitiguem a AI, o comprador assume que todos os carros têm uma qualidade média, o que leva à desvalorização dos carros de boa qualidade e à expulsão deles do mercado, restando apenas os

‘limões’. O resultado é a alocação ineficiente, o mercado desaparece ou só negocia bens de baixa qualidade;

- b) **risco moral**, que ocorre depois da transação ou contratação (*ex post*). Uma vez que o acordo ou a relação jurídica foi estabelecida, o agente que possui informações privilegiadas (ou cujas ações são difíceis de monitorar) tem um incentivo para mudar seu comportamento, agindo de forma mais arriscada ou irresponsável, pois o custo da sua ação será arcado pela outra parte (Holmstrom, 1979). Um exemplo clássico no seguro-saúde. Uma vez segurada, a pessoa pode se sentir incentivada a cuidar menos da saúde, pois o custo do tratamento é da seguradora.

A AED, no caso do risco de seleção adversa, propõe que o Direito deve forçar a revelação de informações (*disclosure*) antes da transação, como no caso do Direito do Consumidor que obriga o fornecedor a prestar todas as informações sobre os riscos do produto, enquanto no risco moral, o Direito deve criar mecanismos de monitoramento e incentivos que alinhem o interesse do agente ao interesse da sociedade/outra parte (Tabak, 2015).

O papel do Direito é, portanto, criar instituições e normas para mitigar essas falhas, reduzindo a Assimetria Informacional (AI) e promovendo a eficiência alocativa.

A assimetria informacional pode gerar alocação ineficiente, como no caso de bens/serviços de alta qualidade deixam o mercado, crédito não chega a projetos eficientes, preços distorcidos, falhas de governança, como no caso de agentes públicos/privados com incentivos desalinhados e litígios de baixa qualidade probatória (Akerlof, 1970).

Akerlof (1970), descreve que a AED recomenda nesses casos providências legais que corrijam incentivos e reduzam custos de informação, como:

- a) deveres de divulgação e transparência, exigir informações padronizadas e auditáveis, como no caso da Lei de Acesso à Informação – LAI, 12.527/2011, que afirma o direito fundamental de acesso e impõe publicidade como regra;
- b) padrões de qualidade/certificação e garantias legais, reduzir seleção adversa, obrigando garantias e recall, que transferem risco para quem controla a qualidade, certificações criam sinais verificáveis;
- c) contratos com incentivos, por exemplo, remuneração por desempenho, cláusulas de bônus/malus, franquias, coparticipação, caucionamento;
- d) sistemas de *accountability* e governança, como previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (LC 101/2000), que exige planejamento e transparência, diminuindo simetrias entre gestores e sociedade/órgãos de controle;

e) regulação de informações em políticas públicas, como metodologias de orçamento orientado a direitos e indicadores permitem controlar prioridade/efetividade (Inesc, 2017).

Importante notar que o governo (gestor público) detém uma assimetria informacional em relação ao cidadão (beneficiário do direito e pagador de impostos) e ao Judiciário (controlador) sobre informação sobre o Orçamento (Reserva do Possível). O Estado possui a informação detalhada sobre a real disponibilidade de recursos. A opacidade nessa informação cria risco moral, pois o gestor pode alegar a “reserva do possível” de forma conveniente (Sá; Detoni, 2019) e ainda sobre informação sobre as Políticas Públicas: O gestor conhece a fundo a custo-efetividade das diferentes políticas (ex: qual programa de saúde gera mais anos de vida com qualidade pelo menor custo). A falta de divulgação transparente dessas informações gera seleção adversa e impede que o Judiciário (ou o Tribunal de Contas) tome a decisão mais eficiente (Morais; Martins, 2013).

Nesse contexto, assimetria informacional permeia a judicialização: o Judiciário frequentemente decide com base em informações parciais sobre eficácia, custo-efetividade, impacto fiscal agregado e alternativas de política. Pesquisas sobre judicialização da saúde e orçamento apontam efeitos orçamentários relevantes, sobretudo quando decisões individuais não consideram impactos sistêmicos (Medici, 2010).

A AED sugere que o Direito deve criar mecanismos processuais e regulatórios que reduzam a AI no litígio de direitos sociais, tais como estabelecer o ônus da prova e Transparência, por exemplo em ações judiciais que exigem intervenção no orçamento, o ônus de comprovar a alegada impossibilidade financeira ou a ineficácia da política pública deve ser imposto ao gestor. Isso força o Estado a revelar informações detalhadas sobre a alocação de recursos (Sá; Detoni, 2019) e ainda a utilização de *experts* (peritos) e Câmaras Técnicas, por exemplo o Judiciário deve utilizar peritos (terceiros informados) para equilibrar a assimetria informacional existente entre o juiz (leigo em economia) e o gestor (detentor do conhecimento técnico). A perícia técnica, baseada em Análise de Custo-Efetividade (ACE), garante que a decisão judicial seja economicamente informada e minimiza o risco moral de o gestor esconder ineficiências (Brandão, 2018).

6.2.3 Teoria da escolha pública (*public choice*)

A teoria da escolha pública aplica métodos e hipóteses da economia, especialmente a maximização de incentivos por agentes racionais ao processo político, analisando como

eleitores, políticos, burocratas e grupos de interesse interagem sob regras constitucionais e institucionais. O marco fundacional costuma ser *The Calculus of Consent* (1999), de James Buchanan e Gordon Tullock, obra que separa escolhas constitucionais (regras do jogo) de decisões ordinárias (jogo em curso) e mostra como regras de votação e custos de decisão moldam resultados coletivos.

É um instituto da Análise Econômica do Direito (AED) que aplica a metodologia da economia, em particular, o princípio da Maximização Racional, ao estudo dos agentes não-mercadológicos, como políticos, burocratas, eleitores e juízes. Seu diferencial é tratar o Estado e seus processos decisórios (política) com o mesmo ceticismo e rigor analítico com que a Economia tradicional trata o mercado (Sá; Detoni, 2019).

A premissa central do instituto é que os agentes públicos são maximizadores racionais de sua própria utilidade, e não meramente entidades altruístas que buscam o “bem comum” abstrato. O princípio da racionalidade se mantém, mas os objetivos perseguidos são individuais, a reeleição para o político, o aumento de *status* e orçamento para o burocrata, ou a maximização do voto para o eleitor (Sá; Detoni, 2019).

Normalmente, o Governo intervém quando há falhas de mercado, como é o caso de externalidades, monopólio, mas nesse caso, o Instituto da Escolha Pública se dedica a identificar e analisar as falhas do próprio governo, que ocorrem quando a ação estatal (ou a ausência dela) resulta em uma alocação de recursos menos eficiente do que a que seria alcançada pelo mercado.

Essas falhas de governo são explicadas por diversos conceitos, como:

- a) ***rent-seeking*** (busca por rendas): ou seja, o uso de recursos produtivos, como *lobby* ou advocacia administrativa, para obter benefícios através da intervenção governamental (legislação, subsídios, regulamentação), em vez de criar riqueza. O *rent-seeking* é socialmente custoso, pois desvia recursos para atividades não-produtivas (Forgioni, 2005). Burocratas tendem a maximizar orçamentos e escopo das agências, o que pode gerar ineficiências e expansão do Estado além do ótimo social, salvo controles e desenho institucional adequados (Niskanen, 1971);
- b) **captura regulatória:** ocorre quando agências reguladoras (burocratas) passam a defender os interesses dos setores que deveriam regular, em vez do interesse público, muitas vezes em troca de benefícios futuros (empregos, prestígio). Recursos são desperdiçados para obter privilégios (licenças, barreiras à entrada, subsídios), que deslocam a economia para dentro da sua fronteira de possibilidades (Stigler, 1971);

c) **amiopia eleitoral:** políticos tendem a privilegiar projetos com benefícios imediatos, mas com custos futuros (exemplo, aumento de dívida pública), pois os eleitores valorizam mais o curto prazo (Salama, 2017).

O Direito age para desestimular essas falhas de governo, ou aumentando o custo do comportamento ineficiente, por meio de Leis de Improbidade Administrativa. Leis de Responsabilidade Fiscal ou mecanismos de *accountability*, que aumentam o custo esperado para o agente que se engaja em *rent-seeking* ou corrupção, ou criando incentivos para a eficiência, com mecanismos de transparência e o controle externo (Tribunais de Contas) incentivando a eficiência ao tornar o desempenho do agente público mensurável e visível, ligando-o à sua reputação e reeleição.

O Judiciário, ao decidir sobre direitos fundamentais, poderá utilizar-se do instituto da “*public choice*”, numa análise da decisão política e questionar se a recusa do Estado em fornecer um direito social (reserva do possível) é uma decisão técnica de escassez ou uma falha de governo causada por incentivos políticos (recuso foi desviado para um projeto de *rent-seeking* de um grupo de interesse, em vez de ser alocado para a saúde básica, por exemplo).

Inclusive, o próprio Judiciário pode utilizar o instituto da “*public choice*”, o juiz como agente político racional, ao decidir, também pode maximizar sua própria utilidade (prestígio, evitar a impopularidade, avançar uma agenda ideológica). O risco é que o Judiciário se torne um palco para o *rent-seeking* de grupos de pressão.

6.2.4 Teoria dos jogos

A teoria dos jogos estuda interações estratégicas em que o resultado para cada parte depende também das escolhas dos demais. A formulação moderna nasce com Neumann e Morgenstern (1944), que desenvolvem a teoria e distinguem jogos cooperativos e não-cooperativos. A teoria foi amplamente desenvolvida por Nash (1950), (Equilíbrio de Nash), nas décadas seguintes, que introduz o conceito de equilíbrio como perfil de estratégias em que nenhum jogador ganha desviando unilateralmente.

A Teoria dos Jogos é uma ferramenta analítica, cujo objetivo é modelar e prever o comportamento em situações de interação estratégica. Ela oferece uma visão consequencialista aprofundada, reconhecendo que o resultado da escolha de um agente depende, fundamentalmente, das escolhas feitas pelos demais envolvidos (Silveira, 2023).

Pela teoria desenvolvida se estuda as decisões racionais em cenários de conflito e cooperação, com a aplicação da Maximização Racional e dos Incentivos, a ideia de que os agentes (jogadores) escolhem estratégias que maximizam sua própria utilidade, dados os *payoffs* (recompensas/utilidades) e as estratégias prováveis dos demais (Salama, 2008).

Um jogo é composto pelos Jogadores (as partes), Estratégias (o conjunto de ações disponíveis), e *Payoffs* (os resultados associados a cada combinação de estratégias). O objetivo da análise é identificar o Equilíbrio de Nash, que é o ponto de estabilidade onde nenhum jogador tem incentivo para mudar sua estratégia unilateralmente (Silveira, 2023). Dessa forma, o Direito, assim, é analisado como o conjunto de regras que define os *payoffs* e, consequentemente, molda o Equilíbrio de Nash.

Numa interação estratégica, cada jogador escolhe uma ação levando em conta o que espera que os outros façam. Há Equilíbrio de Nash quando cada escolha é uma melhor resposta às escolhas alheias, ou seja, ninguém consegue melhorar seu resultado mudando sozinho de ação. Nash provou a existência de pelo menos um equilíbrio em jogos finitos e formalizou o conceito que hoje é padrão na análise de interações estratégicas (Nash, 1950).

Há uma história que ilustre bem a teoria dos jogos e historicamente foi ligado à teoria, por trazer uma reflexão sobre escolhas estratégicas de cooperação e desvio e possibilita observações de como decisões individuais racionais podem levar a resultados coletivamente piores, o traço definidor do dilema, ou seja, trata-se da história do dilema dos prisioneiros.

A história dos prisioneiros, que popularizou e batizou o jogo, veio logo em seguida: Albert W. Tucker (1950) apresentou, um folder intitulado “*A Two-Person Dilemma*” em Stanford, dando a interpretação policial (dois cúmplices interrogados separadamente) e o nome “*Prisoner’s Dilemma*”. Esse relato foi posteriormente resgatado em notas e análises históricas e consolidado por cronologias de teoria dos jogos (Tucker, 1950).

Originalmente, o dilema foi apresentado assim:

Dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia. A polícia tem provas insuficientes para os condenar, mas, separando os prisioneiros, oferece a ambos o mesmo acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. A questão que o dilema propõe é: o que vai acontecer? Como o prisioneiro vai reagir? (Mendes, 2018, [não paginado], grifo nosso).

O melhor para os dois seria ambos negarem, claro. No entanto, movido pelo autointeresse e sem saber se o colega vai cooperar, um resultado típico costuma ser os dois delatarem, com medo de chegarem ao pior resultado para si. “Delatar” é a chamada estratégia

dominante para ambos os jogadores. Se “B” negar, a decisão de “A” deveria ser, pensando em si, mesmo, delatar (“A” sai livre, contra a alternativa de ser condenado a seis meses). Já se “B” delatar, o melhor para “A” também seria delatar (“A” é condenado a cinco anos, contra a alternativa de pegar 10 anos). Vale o mesmo raciocínio para as decisões de “B”. Assim, chegamos ao resultado indesejável para os dois, mesmo com uma postura estritamente racional.

Aplicada para analisar estruturas de incentivos, a Teoria dos Jogos prevê ineficiências comportamentais criadas ou mitigadas pela lei, como nos seguintes casos:

- a) **o dilema do prisioneiro:** é o modelo clássico de ineficiência subótima, onde a racionalidade individual (cada um agindo em seu próprio interesse) leva a um resultado coletivamente pior do que a cooperação mútua. Este dilema pode modelar o comportamento de litigantes (incentivo para não cooperar e incorrer em altos Custos de Transação processuais) ou a Tragédia dos Comuns (uso excessivo de recursos compartilhados devido à ausência de regras que incentivem a cooperação) (Silveira, 2023);
- b) **jogos sequenciais e credibilidade:** em interações sequenciais (onde um agente age e o outro responde), a credibilidade da ameaça ou promessa de sanção da regra jurídica é essencial. Se o Estado (legislador ou juiz) não consegue tornar sua ameaça crível, os agentes não terão incentivo para internalizar os custos sociais de seus atos (por exemplo, poluir, se a fiscalização e a multa forem improváveis) (Forgioni, 2005).

A teoria dos jogos fornece fundamentos para a operacionalização de ideias que auxiliam na tomada de decisões do jurista, tais como:

- a) **equilíbrio de Nash:** uma norma funciona quando torna o cumprimento a melhor resposta para cada parte, dadas as respostas dos demais. Dizer que “uma norma funciona quando torna o cumprimento a melhor resposta” significa, dadas as práticas esperadas dos demais (cidadãos, empresas, órgãos públicos), cumprir passa a ser a estratégia que maximiza o *payoff* de cada ator. A literatura jurídico-econômica usa justamente o equilíbrio como critério para avaliar regras e instituições (Baird; Gertner; Picker, [1991]);
- b) **informação incompleta, sinalização e triagem:** regras probatórias, precedentes, distribuição de ônus e “*fee shifting*” afetam os sinais que as partes enviam e como os tribunais atualizam crenças. Por exemplo, cada parte sabe coisas que a outra (e o juiz) não sabe, qualidade da prova, chance real no mérito, custo de seguir litigando.

Sinalização são atos geralmente custosos feitos para dar a entender que o caso é forte. Triagem (*screening*) são regras do sistema que separam casos fortes dos fracos ao tornar certas escolhas mais vantajosas para quem tem razão (Harsanyi, 1967);

- c) **jogos repetidos:** sanções, reputação e mecanismos de monitoramento sustentam cooperação (ou cartelização) ao longo do tempo (Cooter, 2016);
- d) **desenho de mecanismos (*mechanism design*):** parte do fim desejado (meta social/política pública) e pergunta que regras do jogo, isto é, quais procedimentos de informação, decisão e incentivos, fazem com que agentes, mesmo com informação privada e interesses próprios, queiram dizer a verdade e agir de modo compatível com esse fim (Royal, 2007).

Um exemplo de mecanismo jurídico inspirado em jogos são os programas de leniência antitruste implantados no Brasil. Desestabilizam cartéis, ao oferecer imunidade, redução de sanções ao primeiro delator, criando um desvio lucrativo e quebrando a cooperação ilícita.

A Lei pode apontar o equilíbrio desejável, por exemplo, no caso do sistema de trânsito, todos param no vermelho, mantêm a mão de direção, usam cinto, seguem uma fila. A obediência não decorre só do medo da sanção. A própria regra coordena crenças ao servir de ponto de foco, tornando o cumprimento a melhor resposta quando os demais também cumprem.

Precedentes vinculantes também condicionam os que procuram o Judiciário. Quando há precedente claro, propor ação contra o precedente sinaliza fraqueza. Já petições que se enquadram precisamente nos *distinguishing* do precedente sinalizam força. Juízes atualizam crenças pela aderência aos fundamentos do *leading case*, reforçando teses da teoria dos jogos.

Ofertas formais de acordo leva a outra parte a refletir nas consequências da escolha. Quem faz proposta próxima do valor esperado do julgamento sinaliza confiança. Recusar e perder depois gera custos extras, mecanismo de triagem que seleciona casos realmente disputáveis.

Partes que escondem provas sinalizam fraqueza (falta de cooperação) e as regras que punem a não revelação induzem a uma revelação eficaz, permitindo ao juiz atualizar crenças. Exigir caução funciona como filtro. Só quem tem caso forte aceita o custo e separa tipos e reduz litigância oportunista.

A Teoria dos Jogos auxilia a AED a propor mecanismos jurídicos que alterem a matriz de *payoffs*, tornando a cooperação, o Equilíbrio de Nash mais vantajoso. Isso pode ser feito exigindo-se que o gestor prove a Maximização Racional do gasto (por meio da Análise de

Custo-Efetividade ou da transparência de informações) antes de alegar a "reserva do possível". Dessa forma, o Direito processual torna-se uma ferramenta de alinhamento de incentivos entre o gestor e o interesse público (Sá; Detoni, 2019).

Rachel Sztajn, em *Notas de Análise Econômica: Contratos e Responsabilidade Civil*, parte dos pressupostos básicos da microeconomia: os agentes são racionais, os recursos são escassos e valiosos, e as decisões são tomadas com vistas à maximização de utilidade, dadas as restrições institucionais existentes (Sztajn, 1998). Nesse contexto, o Direito deixa de ser apenas um conjunto de comandos abstratos e passa a ser visto como uma estrutura de incentivos que altera os custos e benefícios associados a cada curso de ação, isto é, altera os payoffs disponíveis no “jogo” em que os agentes estão inseridos.

Em *A Incompletude do Contrato de Sociedade*, Sztajn (2004) utiliza expressamente ferramentas da teoria dos jogos para analisar contratos empresariais e mecanismos de governança. A autora destaca que, sob assimetria de informação, os agentes podem optar por não contratar ou retardar a celebração do contrato, conduzindo a resultados ineficientes. Estudos que empregam teoria dos jogos mostram que, nessas situações, as partes ajustam sua conduta em função das expectativas sobre o comportamento da contraparte, e que diferentes “[...] condições de equilíbrio, cada uma associada a uma determinada divisão dos ganhos [...]” (Sztajn, 2004, p. 294), podem facilitar a contratação quando existe espaço para renegociações.

A referência a “condições de equilíbrio” e à divisão dos ganhos corresponde, em linguagem da teoria dos jogos, à ideia de que o direito busca selecionar, dentre vários possíveis equilíbrios de Nash, aqueles que são mais eficientes ou socialmente desejáveis. O equilíbrio de Nash é, como visto, o perfil de estratégias em que nenhum agente tem incentivo para desviar unilateralmente. Na leitura de Sztajn (2004), o ponto central é que esse equilíbrio não é dado apenas pelas preferências privadas, mas também pelo desenho institucional. Normas legais, em especial normas dispositivas e regras de governança, alteram os incentivos relevantes e, com isso, podem deslocar o sistema de um equilíbrio ineficiente para um equilíbrio cooperativo.

Sztajn (2004) sublinha que a disseminação da teoria dos jogos na análise jurídica abre um campo fértil para avaliar incentivos e punições que induzem ou inibem determinadas condutas humanas. A modelagem dos comportamentos leva em conta não só informação e racionalidade, mas também a estrutura institucional em que as pessoas se apoiam na negociação, e reconhece que a sequência temporal das ações pode ser determinante para o resultado final do negócio. Por isso, a autora enfatiza que normas legais, especialmente dispositivas, influenciam a estratégia dos agentes, funcionando como parâmetros de

coordenação em jogos de cooperação e de conflito entre sócios, administradores, credores e demais stakeholders.

A teoria dos jogos é usada por Sztajn (2004) para explicar por que, em presença de assimetria de informação e contratos incompletos, há espaço para comportamentos oportunistas por parte dos administradores (problema agente-principal), e por que as formas de governança, regras de maioria, deveres fiduciários, direitos de retirada, transparência e fiscalização, funcionam como instrumentos jurídicos destinados a alterar a matriz de incentivos e aproximar o resultado observado de um equilíbrio mais eficiente.

Assim como na governança corporativa, em que normas de proteção à minoria tendem a evitar equilíbrios em que a maioria expropria os demais acionistas, no plano da governança pública regras como a Lei de Responsabilidade Fiscal, mecanismos de transparência, limites de gasto e sanções por improbidade funcionam como instrumentos que recalibram os *payoffs* do jogo político-administrativo. A escolha de desviar recursos de políticas públicas essenciais, por exemplo, passa a gerar um risco maior de sanção (jurídica, reputacional, política), enquanto a alocação eficiente em direitos sociais é recompensada com maior legitimidade e menor probabilidade de intervenção corretiva *ex post*.

A Análise Econômica do Direito (AED) tem se consolidado como um importante instrumento metodológico para compreender os efeitos das decisões judiciais e das normas jurídicas sobre o comportamento dos agentes públicos e privados. Com vimos, entre os aportes mais relevantes dessa abordagem está a Teoria dos Jogos, que permite modelar as interações estratégicas entre os diversos atores institucionais, especialmente nos contextos de escassez de recursos e conflitos distributivos. Oferece um modelo analítico que busca entender como agentes racionais tomam decisões em situações de interdependência estratégica. Ao incorporar pressupostos de racionalidade limitada e incentivos institucionais, é possível avaliar o impacto que determinada decisão judicial terá sobre o comportamento futuro dos demais atores.

Nessa perspectiva, a intervenção judicial sobre o orçamento, objeto desta dissertação, pode ser descrita, em linguagem de teoria dos jogos, como uma alteração do próprio jogo: o Judiciário, ao impor deveres de fazer ou de realocar recursos para assegurar o núcleo essencial dos direitos sociais, modifica a estrutura de incentivos dos demais agentes (governantes e burocracia), influenciando suas estratégias futuras. A previsibilidade de decisões que internalizam, de forma consistente, os custos de escolhas orçamentárias inconstitucionais tendem a deslocar o sistema de um equilíbrio em que prevalecem estratégias de curto prazo,

politicamente oportunistas, para equilíbrios em que se torna racional, para o governante, planejar *ex ante* a observância dos direitos fundamentais sociais.

6.2.5 Análise econômica do direito comportamental (*behavioral law and economics*)

A AED comportamental surge do encontro entre *Law and Economics* e a economia comportamental. Seu marco fundacional é o artigo de Jolls, Sunstein e Thaler (1998), que propõe complementar, e, em alguns pontos, corrigir previsões e prescrições do *Law and Economics* tradicional a partir de como as pessoas de fato decidem, inclusive quando erram sistematicamente (heurísticas e vieses). A agenda divide-se em três frentes: positiva (descrever decisões reais), prescritiva (melhorar políticas/arranjos institucionais) e normativa (justificar quando empurrões são desejáveis) (Sunstein; Jolls; Thaler, 1998).

A noção de arquitetura de escolha e os *nudges* foi popularizada por Thaler e Sunstein (2008). Pequenas mudanças no ambiente decisório que alteram comportamentos de modo previsível sem proibir opções ou impor grandes incentivos (uma forma de “paternalismo libertário”) (Sunstein; Thaler, 2008).

A teoria representa uma evolução metodológica da AED Clássica, incorporando descobertas da Psicologia Cognitiva e da Neurociência ao estudo das normas e instituições jurídicas. Seu ponto de partida é a crítica ao modelo do *Homo economicus* (Maximização Racional) da Escola de Chicago, reconhecendo que os agentes, embora busquem maximizar sua utilidade, frequentemente falham em fazê-lo de maneira perfeita devido a limitações cognitivas (Tabak, 2015; Salama, 2017).

Pelos estudos desenvolvidos da Teoria Comportamental, a partir de estudos empíricos, demonstram que o comportamento humano é regido por heurísticas (atalhos mentais) e vieses cognitivos (atalhos que levam a distorções, erros) que levam a decisões sistematicamente irrationais e, consequentemente, a resultados ineficientes do ponto de vista econômico (Sá; Detoni, 2019).

A base psicológica da teoria comportamental está em Kahneman e Tversky (1979), em a Teoria da Perspectiva mostra aversão à perda, sensibilidade decrescente e dependência de ponto de referência, explicando desvios do modelo de utilidade esperada, com efeitos jurídicos (por exemplo, enquadramentos e assimetria ganhos/perdas em litígios e sanções).

Nos estudos da teoria comportamental, sob o enfoque da psicologia, há um foco em como esses vieses afetam as escolhas de cidadãos, legisladores e juízes. Entre os vieses mais estudados, destacam-se:

- a) ***status quo bias*** (**viés do status quo**): a tendência a preferir a manutenção da situação atual, mesmo que uma alternativa gere maior utilidade;
- b) **aversão à perda** (***loss aversion***): o impacto psicológico de uma perda é significativamente maior do que o impacto de um ganho de valor equivalente;
- c) ***framing effects*** (**efeitos de enquadramento**): a maneira como uma informação ou escolha é apresentada afeta drasticamente a decisão do agente (Kahneman; Tversky, 1979).

Sob o enfoque da Neurociência, a AED comportamental também demonstra comportamentos que afetam as escolhas das pessoas, como por exemplo o caso de ofertas injustas, que ativam ínsula anterior (parte do cérebro que controla emoção/aversão), além de córtices de controle (côrrix cerebral que planeja e executa ações e comportamentos), evidência de que respostas a injustiça misturam processos afetivos e cognitivos; afeta o papel de sistemas emocionais nos vieses e também o julgamento moral, dilemas morais variam no engajamento emocional/cognitivo, com implicações para responsabilização e culpa (Sanfey, 2003).

Ao reconhecer que os indivíduos são previsivelmente irracionais, a AED Comportamental propõe uma abordagem normativa distinta da AED Clássica: em vez de apenas punir (custos/incentivos), o Direito deve guiar o comportamento para a escolha mais eficiente por meio da liberdade da escolha (Tabak, 2015).

Organismos internacionais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Banco Mundial testaram, em escala, os *nudges* (estímulos sutis e de baixo custo) e outras soluções comportamentais em várias políticas públicas, mostrando quando e como pequenos ajustes no jeito de informar, organizar escolhas e reduzir fricções (atritos, divergências) melhoram resultados em impostos, saúde, consumo/energia, educação, segurança e serviços públicos. Colocaram o tema no centro do desenvolvimento e o Banco Mundial criou a unidade eMBeD (Unidade Mente, Comportamento e Desenvolvimento) para apoiar governos a diagnosticar, desenhar e avaliar essas intervenções (OCDE, 2017).

Um exemplo desses *nudges* da OCDE na área da saúde são lembretes por SMS com data/lugar da vacinação e “*default*” de comparecimento (você já está agendado, pode remarcar se quiser) elevam presença e completam esquemas de vacinação. Na educação, mensagens simples aos pais sobre faltas e avaliações elevam frequência e notas em pilotos reportados à OCDE. Na segurança e serviços públicos, formulários enxutos, linguagem clara e avisos no

momento certo (salientando regras e consequências) reduzem erros, filas e fraudes; a OCDE documenta mais de 100 casos desses ajustes (OCDE, 2017).

A ideia na essência é que pequenas mudanças no como apresentamos opções e informações, baseadas em como as pessoas realmente decidem, geram ganhos mensuráveis de adesão, economia e qualidade do serviço, quando testadas com método.

Este método é frequentemente denominado paternalismo libertário porque visa influenciar a escolha do agente para o que é melhor para ele ou para a sociedade e é libertário porque mantém a liberdade de escolha intacta, o agente pode sempre optar pela alternativa que não é a incentivada.

O principal instrumento dessa arquitetura são os *Nudges* (em português, empurrões ou incentivos sutis e de baixo custo. É qualquer aspecto da arquitetura da escolha que altera o comportamento das pessoas de forma previsível, sem proibir opções ou alterar significativamente os incentivos econômicos (Tabak, 2015).

Os juízes também sofrem vieses cognitivos e, evidentemente, não estão imunes a isso. Estudos experimentais com magistrados mostram efeitos de confirmação, disponibilidade, ancoragem, retrovisão etc. A AED comportamental propõe procedimentos e técnicas de decisão para reduzir esses efeitos (Guthrie, 2001).

Um exemplo de viés cognitivo envolvendo o juiz é ele formar uma hipótese inicial para o caso em julgamento na primeira leitura e depois valorizar mais o que a confirma do que o que a refuta. Em simulações com juízes, heurísticas conduziram a padrões previsíveis de erro, inclusive ao ignorar evidência dissonante (Guthrie, 2001).

A técnica da AED comportamental orienta a fazer checklists de contraditórios críticos, indagando a si próprio, o que faria eu decidir o oposto? que prova contraria minha hipótese? Solicite uma nota do assessor defendendo a tese contrária antes da minuta; examine primeiro resumos neutros de fatos/dados antes das teses das partes. Essas estratégias são coerentes com recomendações de *debiasing* (remoção de vieses/preconceito) feitas a partir de pesquisas com magistrados (Rachlinski, 2017).

Ao incorporar a AED Comportamental, o Direito reconhece que a maximização da eficiência e a concretização dos direitos não dependem apenas de regras punitivas ou de recursos financeiros, mas da qualidade do desenho institucional que considera e corrige as falhas inerentes à mente humana.

6.3 Instrumentos de aplicação da AED

Estes são os instrumentos técnicos que materializam a análise consequencialista.

6.3.1 Análise de custo-benefício (ACB)

A Análise de Custo-Benefício (ACB) é um método de avaliação de políticas, programas, projetos e regulações que monetiza todos os principais efeitos (custos e benefícios) sobre toda a sociedade e compara o saldo líquido (benefícios menos custos), normalmente via valor presente líquido (VPL). Sua finalidade é apoiar escolhas que aumentem a eficiência alocativa (maximização do excedente social) (Mishan; Quah, 2020).

O fundamento ético da ACB e o critério de eficiência por ela adotado é o critério de eficiência de Kaldor-Hicks, também conhecido como potencial de Pareto. Uma alocação de recursos é considerada eficiente por Kaldor-Hicks se os indivíduos que ganham com a mudança puderem, em tese, compensar os que perdem, e ainda assim restarem em melhor situação. O princípio-chave é que todos os custos e benefícios devem ser levados em conta, mesmo que não possam ser quantificados monetariamente, devendo ser, ao menos, explicitados e descritos (Tabak, 2015).

No Brasil, a Análise de Custo-Benefício foi institucionalizada na Análise de Impacto Regulatório (AIR) do Executivo federal pelo Decreto nº 10.411/2020, que obriga as autoridades a examinarem o problema regulatório, compararem alternativas, inclusive a opção de não intervir, e explicitarem custos e benefícios esperados, com avaliação de riscos e de efeitos distributivos. A norma exige detalhamento da execução, definição do horizonte de análise, parâmetros de desconto social, preços-sombra, transparência metodológica e relatórios publicáveis para participação social e controle externo (Brasil, [2022]).

Esses referenciais normativos se alinham às boas práticas internacionais da OCDE, que consolidam a ACB como instrumento central da política regulatória contemporânea, especialmente em ambiente, saúde e segurança, com ênfase em desconto intertemporal, valoração de bens não-mercantis e análise de incerteza (OCDE, 2018).

A Análise de Custo-Benefício (ACB) é um processo sistemático utilizado para comparar custos e benefícios associados a uma decisão, projeto ou investimento. O objetivo é determinar se os benefícios superam os custos, justificando assim o investimento proposto. Compreender o equilíbrio entre custos e benefícios é crucial para fazer escolhas informadas que maximizem o retorno sobre o investimento (Airton, 2025). A aplicação da ACB requer a

quantificação de todos os custos e benefícios, tangíveis e intangíveis, de uma intervenção ao longo do tempo. As principais etapas e técnicas incluem:

- a) definir o problema e objetivos: identificar a causa-raiz, hipóteses de causalidade do problema, não apenas seus sintomas; especificar entre a situação atual (contrafactual esperado) e a situação desejada; mapear alternativas (incluindo não intervir);
- b) indicar falhas de mercado ou de governo que justificariam a intervenção: objetivos devem ser claros, mensuráveis e temporizados; objetivos claros garante que todos os envolvidos entendam o propósito da análise e o que se espera alcançar. Isso ajuda a alinhar esforços e a garantir que os recursos sejam utilizados de forma eficiente (Airton, 2025; OCDE, 2018);
- c) identificar e estimar custos e benefícios: mapear detalhadamente os custos (custos de projeto, de administração, de conformidade comercial, de participação) e os benefícios (efeitos sobre usuários, não-usuários, externalidades, valor de opção) ao longo do tempo. Isso inclui a identificação de custos diretos e indiretos e a inclusão de provisões para imprevistos (Airton, 2025);
- d) conversão em unidades monetárias comuns: converter todos os custos e benefícios em valores pecuniários. Para quantificar benefícios intangíveis (como a preservação ambiental ou uma vida salva), uma técnica comumente utilizada é a que busca mensurar o quanto os indivíduos estariam dispostos a pagar para obter um benefício ou evitar um custo. Há, hoje, estimativas revisadas para o Brasil (síntese IPEA 2023 e estudos empíricos em periódicos nacionais), aptas a calibrar políticas de saúde, trânsito e ambiente quando se quantificam benefícios de redução de risco fatal (OCDE, 2018);
- e) aplicação da taxa de desconto: para lidar com o valor do dinheiro no tempo (custos e benefícios futuros), é essencial descontar esses valores para expressá-los em Valor Presente Líquido (VPL). A taxa social de desconto geralmente utilizada corresponde à média do retorno do investimento privado, refletindo o custo de oportunidade do dinheiro (Martinez, 2017).
- f) distribuição e equidade: como Kaldor-Hicks não garante compensações efetivas, boas práticas exigem um quadro distributivo (quem ganha/quem perde, por renda, região, gênero) e, quando pertinente, pesos distributivos aplicados ao Valor Presente Líquido (VPL). A OCDE e a literatura recente advogam explicitar esses

efeitos e justificar a escolha de pesos ou a opção por relatórios paralelos sem pesos (OCDE, 2018).

- f) publicar e justificar: transparência eleva a legitimidade e facilita controle judicial/social.

No Judiciário, a ACB pode auxiliar na estruturação da prova econômica em litígios de danos difusos e coletivos (externalidades ambientais, segurança viária, saúde pública), informa a escolha do remédio, por exemplo uma cautelar para evitar riscos sistêmicos de difícil monetização, enquanto uma indenização (*liability rule*) minimiza custos sociais totais e apoia a revisão de atos administrativos, reduzindo a arbitrariedade por exigir transparência sobre premissas, dados e incertezas, inclusive reconhecendo benefícios não quantificados que podem justificar a regulação (Calabresi; Melamed, 1972).

No Executivo, a AIR baseada em ACB melhora a formulação *ex ante*, compara alternativas (inclusive “não regular”), mensura riscos e impactos distributivos e orienta a priorização orçamentária; *ex post*, permite avaliar resultados e promover correções com base em evidência, em linha com a política regulatória da OCDE (Brasil, [2022]).

Para os cidadãos, relatórios de AIR/ACB publicados ampliam a participação informada e o controle social e transparência, oferecendo uma base comum de fatos, suposições e incertezas para o debate público.

Importa ressaltar que a ACB, evidentemente, não substitui a análise constitucional, ela a complementa. Em colisões de direitos, sobretudo direitos sociais, a técnica da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) Alexy (1986) exige comparar vantagens e desvantagens das medidas, operação conceitualmente próxima de um juízo de custo-benefício jurídico. Ao explicitar impactos e custos de oportunidade, a ACB fornece insumos factuais para a etapa de ponderação, sem reduzir valores como dignidade e igualdade a meras cifras. Onde não for possível monetizar, devem-se registrar os impactos qualitativamente e justificar a decisão (Alexy, 1986).

Dessa forma, a ACB não reduz tudo em dinheiro. Quando valores constitucionais não são mensuráveis com confiabilidade (por exemplo, autonomia, não discriminação), deve-se explicitar essa limitação e ponderar juridicamente, o que a doutrina de Sunstein (2017) trata ao lidar com benefícios não quantificados e revisão judicial de arbitrariedade. Além disso, a eficiência de Kaldor-Hicks não garante justiça distributiva, por isso a análise distributiva e a justificativa normativa são indispensáveis. Finalmente, parâmetros locais importam, usar estimativas brasileiras de estatísticas do valor de vida, taxas de desconto compatíveis com as

diretrizes nacionais e catálogos de parâmetros setoriais melhora a validade externa da análise e evita transferências mecânicas de valores estrangeiros (Sunstein, 2017).

Portanto, em relação a políticas públicas, a análise de custo-benefício, originada na teoria da escolha racional, fornece critérios objetivos para avaliar a conveniência e a oportunidade da intervenção judicial. Embora tradicionalmente aplicada à formulação de políticas públicas, sua adoção no âmbito judicial tem sido cada vez mais debatida. No contexto do orçamento público envolve a identificação dos custos diretos e indiretos decorrentes da decisão judicial, com a valoração dos impactos fiscais, análise de precedentes administrativos, riscos de colapsar o sistema, comparação de benefícios sociais, e avaliação de alternativas menos onerosas para alcançar o resultado parecido.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 684.612 (Tema 698 da Repercussão Geral), reconheceu a legitimidade da intervenção judicial em políticas públicas, desde que respeitados os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade. O voto condutor do Ministro Luís Roberto Barroso indicou que decisões judiciais devem considerar os impactos orçamentários, a sustentabilidade da medida e a compatibilidade com os demais direitos coletivos — uma forma implícita de análise de custo-benefício (Brasil, 2023a).

Prevaleceu o voto do ministro Luís Roberto Barroso, que considerou que, em situações em que a inércia administrativa impede a realização de direitos fundamentais, não há como negar ao Poder Judiciário algum grau de interferência para a implementação de políticas públicas. Nesses casos, a intervenção não viola o princípio da separação dos Poderes. No entanto, ele destacou a necessidade da construção de parâmetros para permitir essa atuação.

Para Barroso, a atuação judicial deve ser pautada por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador público. No caso, as providências determinadas pelo TJ-RJ não se limitam a indicar a finalidade a ser atingida. Ao contrário, interferem no mérito administrativo, ao determinar a forma de contratação de pessoal e sua lotação em hospital específico da rede municipal de saúde. A intervenção casuística do Judiciário, a seu ver, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos (Brasil, 2023a).

A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte:

- a) a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes; a decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e

determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado;

- b) no caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

6.3.2 Análise de custo-efetividade (ACE)

A Análise de Custo-Efetividade (ACE) é um método de avaliação econômica que se insere no campo mais amplo da Análise Econômica do Direito (AED), fornecendo uma ferramenta essencial para a tomada de decisão racional e eficiente no setor público.

A análise de custo-efetividade (ACE) é um método de avaliação que compara alternativas voltadas ao mesmo objetivo, por exemplo, reduzir mortalidade, evitar internações ou ganhar anos de vida com qualidade, calculando o custo por unidade de resultado e, nas comparações incrementais, a razão custo-efetividade incremental (ICER), definida como a variação de custos dividida pela variação de efetividade entre uma nova opção e seu comparador adequado. Diferentemente da análise custo-benefício, a ACE não exige atribuir valor monetário ao desfecho, mede-o em unidades naturais (vidas salvas, casos evitados) ou em medidas padronizadas de saúde, como QALYs (Brasil, 2014), preservando o resultado final fora da monetização direta. A formulação moderna dessa abordagem foi consolidada na medicina por Weinstein e Stason (1977) e refinada em manuais de referência amplamente utilizados por avaliadores e tribunais ao redor do mundo.

Em síntese, a ACE é definida como uma técnica analítica formal que compara diferentes alternativas de ação propostas, levando em consideração custos e consequências e efeitos, que não são expressos em unidades monetárias. Na essência, a técnica empregada permite identificar, entre dois ou mais procedimentos, aquele que consegue obter o melhor resultado por unidade monetária aplicada (Brasil, 2014).

A NICE (*National Institute for Health and Care Excellence*), organização responsável pela avaliação de tecnologias em saúde e social da Inglaterra, desenvolveu o programa NICE Health Tech e sistematizou procedimentos em guias contemporâneos (NICE, ICER) e em textos metodológicos específicos sobre CEACs (curvas de aceitabilidade), no qual dispõe que em termos operacionais, a ACE exige três escolhas técnicas centrais. Primeiro, a definição clara do desfecho comum às alternativas e do comparador clinicamente relevante (o padrão de

cuidado vigente é, em regra, o comparador correto). Segundo, o cálculo do ICER (custo-efetividade incremental) e a aplicação das regras de dominância (excluir alternativas mais caras e menos efetivas) e de ordenação incremental para construir a “fronteira” de custo-efetividade. Terceiro, a caracterização da incerteza por meio de análises de sensibilidade (determinísticas e probabilísticas) que alimentam o plano custo-efetividade e as curvas de aceitabilidade (CEACs), permitindo expressar a probabilidade de uma alternativa ser custo-efetiva em diferentes disposições a pagar por unidade de efeito (NICE, 2025).

Em síntese, de acordo com o manual de AED da NICE, quando usamos análise de custo-efetividade (ACE) para escolher entre duas ou mais opções (um remédio, um programa, uma regra), precisamos fazer três coisas:

- a) dizer claramente o que queremos alcançar e com o que vamos comparar. Qual é o resultado que importa e será igual para todas as opções? (exemplo, evitar internações, salvar vidas, reduzir o tempo médio dos processos). E qual é o comparador certo? Em saúde, normalmente é o padrão de cuidado que já existe;
- b) calcular quanto custa ganhar “uma unidade” desse resultado com cada opção. É o ICER: quanto custa, a mais, para obter um resultado a mais em relação ao comparador. Com esses dados, aplicamos as regras de dominância: se uma opção é mais cara e ainda entrega menos resultado, descartamos. Outra regra, da ordenação incremental: colocamos as opções que sobraram em ordem, dá mais para a menor custo-efetiva, formando a chamada fronteira de custo-efetividade (o conjunto das melhores escolhas possíveis para diferentes orçamentos).

As incertezas devem ser tratadas de forma transparente. Como os números podem variar, fazemos análises de sensibilidade:

- a) determinística: mudamos um parâmetro de cada vez (ou alguns cenários) e vemos se a conclusão muda;
- b) probabilística: deixamos os parâmetros variarem “aleatoriamente” dentro de faixas plausíveis e medimos com que frequência cada opção se mostra melhor (NICE, 2025).

Isso gera o gráfico custo-efetividade (onde caem os resultados) e as curvas de aceitabilidade (CEACs), que dizem, em termos simples: “dado um orçamento máximo que aceito pagar por cada unidade de efeito, qual a probabilidade de cada opção ser a melhor?” (NICE, 2025).

No Brasil, a institucionalidade da avaliação econômica foi positivada pela Lei 12.401/2011, que estruturou a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS

(CONITEC) e vinculou a incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias à apreciação de evidências de eficácia, acurácia, segurança, custo-efetividade e impacto orçamentário, segundo diretrizes metodológicas específicas.

Esse sistema normativo e procedimentos técnicos conecta-se diretamente à Análise Econômica do Direito (AED). Desde Calabresi, que propôs minimizar o custo social dos acidentes, a AED avalia regras jurídicas pelos efeitos que produzem e pelos custos para alcançá-los. Em problemas cujo “benefício” pode ser medido sem monetização direta — crimes evitados, infrações reduzidas, acidentes prevenidos, vidas salvas — a ACE torna-se uma ferramenta natural para comparar meios jurídicos concorrentes (padrões de cuidado, fiscalização, sanções) mantendo o resultado em unidades não monetárias (Calabresi, 1970).

No diálogo entre direitos fundamentais e orçamento público, a ACE cumpre função técnica confiável e procedural para auxiliar nas decisões. Do ponto de vista do conhecimento (epistêmico), ela fornece evidências transparentes sobre “qual alternativa entrega mais resultado por real gasto”, oferecendo insumo objetivo aos subtestes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Do ponto de vista procedural, conecta decisões a processos institucionalizados de avaliação, reduzindo arbitrariedade e preservando igualdade no acesso. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com as Resoluções 238/2016 e 388/2021, criou e fortaleceu os Comitês Estaduais de Saúde e os Núcleos de Apoio Técnico (NatJus), além da base nacional e-NatJus, que reúne notas técnicas elaboradas com base em evidências científicas para apoiar magistrados. Esses instrumentos frequentemente incorporam técnicas de custo-efetividade e posicionamentos da CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde), aproximando o Poder Judiciário das melhores práticas de avaliação (Conselho Nacional de Justiça, [2020], 2021).

A jurisprudência constitucional recente reforça essa orientação. Em 2024-2025, o STF fixou critérios gerais para concessão judicial de medicamentos não incorporados ao SUS, restringindo a intervenção a hipóteses excepcionais e enfatizando que decisões devem considerar o processo técnico da CONITEC e seus critérios — eficácia, segurança, custo-efetividade e impacto orçamentário — bem como a sustentabilidade financeira e a preservação do planejamento sanitário. A diretriz prática é deferir apenas quando demonstrada a negativa administrativa, a ausência de substituto terapêutico disponível, a ilegalidade manifesta na não incorporação, além de outros requisitos já consolidados (v.g., Temas 6 e 1234). Esse movimento explicita o vínculo entre o mínimo existencial em saúde e a “reserva do possível” democrática e transparente (Brasil, 2024b).

6.3.3 Escolhas trágicas (*tragic choices*)

A Teoria das Escolhas Trágicas (*Tragic Choices*) é um conceito no campo da Análise Econômica do Direito (AED), fornecendo um conjunto de regras e técnicas para analisar as situações em que a escassez de recursos impõe uma decisão que, fatalmente, resultará em perdas significativas para alguns indivíduos, tocando diretamente em questões éticas e morais que a simples otimização econômica não consegue resolver.

Portanto, a expressão escolhas trágica (*tragic choices*) designa situações em que um agente público ou privado, juiz, gestor ou mesmo cidadãos, precisa alocar recursos escassos entre fins moralmente relevantes, de modo que qualquer decisão implique perdas graves para alguém. A teoria desenvolvida na fase clássica da AED está no livro *Tragic Choices* (1978), de Guido Calabresi e Philip Bobbitt, que examinam como diferentes sociedades escolhem entre métodos de alocação, mercado, burocracia, filas, sorteios, quando os bens em disputa envolvem valores como vida, igualdade e dignidade, resistentes à mensuração por um único métrico comum (Calabresi; Bobbitt, 1978).

Os estudos aprimorados de direito e economia oferecem orientações úteis para organizar essas decisões. Em seu ensaio inovador, Calabresi e Melamed (1972), descrevem três técnicas jurídicas para proteger posições (*entitlements*), quais sejam, as regras de propriedade (*property rules*), regras de responsabilidade (*liability rules*) e inalienabilidade. A escolha entre elas depende de elementos como custos de transação (quem pode negociar com quem e a que custo), custos de avaliação (quão difícil é para um tribunal ou agência medir danos/benefícios) e limites morais e políticos sobre o uso de mercados. Em linhas gerais, *property rules* funcionam melhor quando as partes podem barganhar a baixo custo; *liability rules* são preferíveis quando a barganha é inviável e o Estado consegue estimar danos com qualidade; inalienabilidade afasta a solução de mercado quando certos bens não devem ser precificados ou transferidos (por exemplo, órgãos humanos) (Calabresi; Melamed, 1972).

A partir disso, Sunstein (1994), articulou a ideia de incomensurabilidade, em que valores jurídicos e morais relevantes (vida, igualdade, autonomia) são pluralistas e não se deixam reduzir, sem perdas normativas, a um só denominador (como o preço). Isso explica por que escolhas trágicas são inevitavelmente conflituosas e por que as instituições frequentemente combinam critérios substantivos e procedimentais (prioridade clínica + sorteio residual; fila + exceções).

A teoria das escolhas trágicas surgiu do estudo de situações extremas, como a alocação de bens escassos e vitais (por exemplo, órgãos para transplante, ou, em um contexto histórico,

a decisão sobre quem deveria ser convocado para a guerra), onde a sociedade deve decidir “quem vive e quem morre”.

Atualmente, no domínio setorial da saúde, área recorrente das escolhas trágicas, a bioética e a economia da saúde propuseram princípios de alocação para intervenções muito escassas (órgãos, leitos de UTI, vacinas). Persad, Wertheimer e Emanuel (2009) sistematizam quatro famílias de critérios:

- a) tratar igualmente (sorteio, “ordem de chegada”);
- b) favorecer os piores (prioridade aos mais doentes);
- c) maximizar benefícios (maior expectativa de vidas salvas/anos de vida, benefício marginal);
- d) promover/recompensar utilidade social (prioridade a profissionais essenciais), concluindo que nenhum princípio, isoladamente, é suficiente, sendo recomendável um sistema misto e transparente.

A literatura clínica-ética convergente demonstra a inevitabilidade do racionamento e a necessidade de procedimentos justos (publicidade, não discriminação, revisão).

O Supremo Tribunal Federal consolidou três balizas centrais em repercussão geral para o tratamento constitucional e jurisprudencial brasileiro para as escolhas trágicas em saúde:

- a) Tema 6 (RE 566.471) — *fornecimento de medicamento registrado na ANVISA, mas não incorporado ao SUS*. O STF fixou, em 26/09/2024 (acórdão publicado em 28/11/2024), tese que admite o fornecimento excepcional, condicionando-o a requisitos estritos: imprescindibilidade clínica comprovada, incapacidade financeira, inexistência de substituto terapêutico incorporado, e suporte em evidências (Brasil, 2024b);
- b) Tema 500 (RE 657.718) — *medicamento sem registro sanitário*. Como regra geral, não cabe obrigar o Estado a fornecer fármacos não registrados; excepcionalmente, admite-se a concessão quando houver mora irrazoável da ANVISA na apreciação do pedido e outros requisitos apertados (inexistência de alternativas, pertinência terapêutica). A *ratio* é conter riscos e custos de erro sistêmicos, respeitando o papel regulatório da agência (Brasil, 2020b);
- c) Tema 793 (RE 855.178) — *responsabilidade solidária e direcionamento da obrigação*. Os entes federados continuam solidariamente responsáveis em saúde, mas o juiz deve direcionar o cumprimento conforme a repartição de competências do

SUS e determinar resarcimento ao ente que suportou o ônus, para preservar coordenação e racionalidade orçamentária (Brasil, 2020c).

No âmbito jurisdicional, a conexão entre direitos fundamentais, mínimo existencial e reserva do possível deve ser trabalhada como colisão de princípios resolvida por ponderação estruturada, na linha de Alexy (1986), com ônus argumentativo para justificar por que um arranjo de perdas (e não outro) é constitucionalmente preferível dado o orçamento e a arquitetura do SUS. As teses do STF refletem precisamente esse equilíbrio, reconhecem a exigibilidade do mínimo, mas contêm ordens que desorganizem políticas universalistas ou importem em escolhas tecnológicas não validadas por instâncias técnicas.

Ao deslocar decisões de demandas massificadas para processos ex ante (avaliação de tecnologias, protocolos) e ao condicionar exceções judiciais, reduz-se a probabilidade de que a jurisdição se torne um mecanismo de alocação regressivo (favorecendo quem litiga) e com altos custos de erro (fornecimentos ineficazes que consomem orçamento escasso) e minimiza custos sociais totais (Calabresi, 1972).

Escolhas trágicas são inevitáveis quando bens incomensuráveis disputam recursos escassos. A AED não substitui a Constituição nem a bioética; ela fornece uma linguagem institucional para mapear técnicas (*property/liability/inalienabilidade*), identificar custos (transação, avaliação, oportunidade) e projetar mecanismos (protocolos, triagens, exceções, loterias qualificadas, coordenação federativa) que reduzem o dano inevitável e publicizam as razões da decisão. As teses do STF nos Temas 6, 500 e 793, interpretadas nesse prisma, oferecem um quadro normativo-operacional para juízes e gestores decidirem sob escassez com eficiência responsável e justificação democrática (Brasil, 2024c).

6.3.4 Ponderação econômica

Ponderação econômica é um método jurídico que consiste em equilibrar e dar peso a diferentes princípios e valores em conflito, a fim de determinar qual deles deve prevalecer em um caso concreto, garantindo a justa aplicação da lei e a preservação dos direitos fundamentais. Essa técnica, desenvolvida por juristas como Alexy (1986) é essencial para resolver colisões normativas, como a de direitos à liberdade de imprensa e à privacidade.

O método utiliza explicitamente os instrumentos da AED (eficiência, análise custo-benefício, impactos distributivos e custos de decisão/prova) dentro do critério de proporcionalidade/ponderação entre princípios, a fim de tornar transparentes e verificáveis as premissas empíricas e os *trade-offs* das decisões públicas e judiciais. A raiz dogmática é a

teoria dos princípios e da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) de Robert Alexy, princípios como mandamentos de otimização cuja satisfação depende de possibilidades fáticas (recursos) e jurídicas (Alexy, 1986).

A ponderação é o método por excelência para a solução de colisão de direitos fundamentais ou princípios, conforme reconhece a doutrina constitucional. No entanto, a crítica tradicional aponta para a falta de critérios materiais que densifiquem o sopesamento, tornando-o por vezes excessivamente formal ou subjetivo (Saes, 2011).

A Teoria da Ponderação Econômica propõe inserir o ferramental econômico como uma fonte rica de argumentação empírica e critérios materiais e no máximo do sopesamento, deverá utilizar a Proporcionalidade em Sentido Estrito, considerando o impacto econômico e social da decisão, avaliando o custo-benefício e os incentivos gerados.

Essa ideia Proporcionalidade na verdade é uma avaliação consequencialista estruturada. A etapa da proporcionalidade em sentido estrito é, na prática, uma comparação de custos e benefícios (da medida e de alternativas), distinção entre proporcionalidade global e a relativa, ou seja, escolher a alternativa com maior benefício líquido social.

O juízo de proporcionalidade sempre depende de recursos escassos. O próprio Alexy (1986), vincula a realização de direitos à disponibilidade de recursos (possibilidades fáticas), o que abre a porta à mensuração econômica.

No constitucionalismo brasileiro, a proporcionalidade e a razoabilidade foram sistematizadas por Luís Roberto Barroso, enquanto Humberto Ávila formulou críticas metodológicas exigindo critérios e controle epistêmico do discurso de princípios (ônus argumentativo, definição clara dos fatos relevantes e das alternativas). Essas formulações ajudam a adensar a ponderação, evitando decisões intuitivas e pouco auditáveis (Barroso, 1996).

Barroso (1996) sistematiza o uso de razoabilidade e proporcionalidade como critério para decidir conflitos de direitos: a medida funciona? (adequação); há outra que protege o direito com menos custo? (necessidade); no balanço final, os benefícios justificam os custos? (proporcionalidade em sentido estrito). Ávila (2022) concorda que princípios importam, mas cobra regras do jogo para evitar achismo: quem afirma algo tem o ônus de provar; é preciso deixar claros os fatos relevantes, comparar alternativas e mostrar as razões da escolha. Isso é o controle epistêmico, ou seja, decidir com base em razões verificáveis, não em impressões, ou seja, o julgador mostra dados, fontes e comparações. Fica auditável por partes, tribunais e sociedade (Barroso, 1996; Ávila, 2022).

Na AED, a literatura clássica (Shavell, Kaplow e Shavell) propõe a eficiência (especialmente no sentido Kaldor-Hicks) e o bem-estar social como padrões para avaliar políticas e decisões públicas; a tese Fairness versus Welfare sustenta que, quando equidade e bem-estar entram em choque, os efeitos sobre o bem-estar devem prevalecer como critério de avaliação—tese influente e debatida. Em termos institucionais, Sunstein (2004), descreve a ascensão do Estado de Custo-Benefício, consolidando a análise custo-benefício (ACB) como padrão de racionalidade administrativa, com cautelas para incertezas profundas e valores difíceis de mensurar.

Assim, a decisão só se justifica se o benefício líquido (consideradas alternativas menos gravosas) for positivo.

Na aplicação do raciocínio à questão da colisão “direito individual à saúde versus reserva do possível/orçamento”, a ponderação econômica sugere um roteiro:

- a) verificar a adequação (existem evidências de que a medida pedida gera benefício clínico?);
- b) testar a necessidade, escolhendo a alternativa que produz o mesmo benefício com menor custo (eficiência produtiva);
- c) na proporcionalidade em sentido estrito, comparar benefícios e custos totais (inclusive efeitos sobre terceiros, filas e deslocamento de recursos), isto é, aferir eficiência alocativa.

O argumento da reserva do possível não é negativa automática: ele exige demonstração concreta da capacidade fiscal e dos custos de oportunidade, sob pena de se violar o mínimo existencial (Alexy, 1986).

No Brasil, as Diretrizes Metodológicas do Ministério da Saúde e a CONITEC estabelecem padrões para Análise de Impacto Orçamentário (AIO) e para avaliação econômica (custo-efetividade), permitindo estimar efeitos orçamentários marginais e comparar alternativas terapêuticas com base em evidência clínica. Tais instrumentos—AIO, custo-efetividade e comparação de alternativas são particularmente úteis para o subteste da necessidade (existem substitutos de igual benefício e menor custo?) e para a proporcionalidade estrita (qual o impacto líquido sobre o orçamento e sobre outros usuários do SUS) (Brasil, 2012b).

Ainda sobre impacto orçamentário e os efeitos da decisão judicial na área da saúde, a literatura brasileira sobre judicialização da saúde destaca, ademais, riscos distributivos, decisões individuais podem ter efeitos regressivos ao capturar parcela desproporcional do orçamento, em detrimento de políticas coletivas mais custo-efetivas. Daí a importância de que

juízes exijam dos gestores dados de execução orçamentária, listas e protocolos, elegibilidade clínica e estudos de impacto (AIO), e que os autores comprovem necessidade terapêutica e inexistência de substitutos. Esse desenho procedural reduz assimetria de informação, melhora a base fática do caso e alinha a decisão judicial aos objetivos de equidade e eficiência (Vieira, 2023).

Deve haver, ainda, mecanismos para reduzir custos de decisão e erros, padronização de laudos econômico-orçamentários em juízo, referência explícita a protocolos públicos e pareceres técnico-científicos, priorização por gravidade e custo-efetividade (com exceções justificadas por risco iminente de vida, e cláusulas de revisão para prestações continuadas impostas judicialmente, a fim de reavaliar periodicamente seus efeitos e incentivos. Essas medidas aumentam a confiabilidade epistêmica do teste de proporcionalidade e aproximam decisões de saúde da racionalidade própria da ACB (Sunstein, 2017).

O STF em inúmeros julgados invocou o critério de proporcionalidade para decidir sobre direitos fundamentais.

Na ADPF 54 (anencefalia) — O STF autorizou a antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia. No núcleo do voto vencedor, a Corte contrapôs direitos sexuais e reprodutivos da gestante à proteção do feto sem expectativa de vida extrauterina e, com base no princípio da proporcionalidade, concluiu que não faria sentido sacrificar integralmente a dignidade e a saúde da mulher para proteger um bem jurídico destituído de viabilidade. Trata-se de um típico sopesamento entre direitos fundamentais com base em dados fáticos (viabilidade do feto) e custos humanos (Brasil, 2012c).

No julgamento do Recurso Extraordinário - RE 566.471 (Tema 6 da repercussão geral – medicamento de alto custo) — Ao enfrentar o dever estatal de fornecer fármacos não incorporados ao SUS, o STF explicitou critérios (hipossuficiência, inexistência de substituto terapêutico, registro na Anvisa etc.) que materializam um balanço proporcional entre o direito individual à saúde e os limites orçamentários/igualdade no acesso. A decisão parte de um exame de adequação e necessidade (existem alternativas fornecidas pelo SUS?) e chega à proporcionalidade em sentido estrito, ponderando impacto orçamentário e proteção do mínimo existencial.

Na ADPF 130 (Lei de Imprensa) e ADI 4.815 (biografias não autorizadas) - Em ambos, o STF reforçou a posição preferencial da liberdade de expressão/informação no regime constitucional, repelindo controles prévios e exigências de autorização prévia (Brasil, 2009b, 2015). O raciocínio é proporcional: restrições prévias são inadequadas ou

desnecessárias frente a meios menos gravosos (responsabilização posterior), e o custo para o debate público supera eventuais benefícios de controle.

Em resumo, a ponderação econômica não substitui a dogmática de princípios. Ela a operacionaliza com métricas e evidências:

- a) adequação exige alguma eficácia empiricamente sustentada;
- b) necessidade pede a alternativa de igual benefício com menor custo;
- c) proporcionalidade estrita demanda benefício social líquido positivo, considerados orçamento e distribuição de impactos, com resguardo do mínimo existencial.

Esse arranjo torna a justificativa decisória mais transparente e auditável para juízes, gestores e cidadãos, especialmente em casos de direitos fundamentais com forte componente orçamentário, como saúde (Barroso, 1996).

6.3.5 Limitações e riscos do controle judicial do orçamento sob a ótica da análise econômica do direito (AED): implicações empíricas e fiscais

Este capítulo aprofunda a dimensão crítica da tese. Examina limitações e riscos da intervenção judicial em escolhas orçamentárias à luz da AED, testando-os frente a casos paradigmáticos do STF e adicionando evidência empírica sobre impactos fiscais e organizacionais do Judiciário. O texto dialoga diretamente com os capítulos teórico-metodológicos e com o Protocolo Prático proposto, adensando o ônus argumentativo quando houver deslocamento de recursos públicos por decisão judicial.

A crescente intervenção do Poder Judiciário em questões de alocação de recursos e definição de políticas públicas, ainda que motivada pela nobre finalidade de concretizar direitos sociais, suscita severas críticas sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED). A AED impõe que se avalie a eficiência e as consequências sistêmicas das decisões judiciais, revelando limitações e riscos inerentes à substituição da discricionariedade administrativa pela racionalidade jurisdicional.

A análise econômica do direito (AED), aplicada ao controle judicial de políticas públicas e, em particular, de decisões com repercussão orçamentária, traz luz que propicia ganhos potenciais de eficiência, mas impõe limitações estruturais e riscos de regressividade, inerentes à substituição da discricionariedade administrativa pela racionalidade jurisdicional.

O primeiro risco reside na assimetria de informação e a limitação da capacidade institucional do Judiciário. O magistrado, por formação e *expertise*, não está tipicamente aparelhado para realizar a complexa ponderação de custos-benefícios e as escolhas de *trade-*

off orçamentário que caracterizam as políticas públicas. Decisões que impactam o orçamento dependem de uma vasta gama de dados técnicos, projeções financeiras, e conhecimento especializado em áreas como saúde, engenharia ou planejamento urbano – um campo de informação que é, por excelência, domínio do Executivo e do Legislativo. É o que Posner (2010) denomina de limitação da capacidade institucional (*institutional competence*) do Judiciário é um elemento central de sua teoria do pragmatismo jurídico e da Análise Econômica do Direito.

Os magistrados decidem sob evidências técnicas assimétricas, especialmente em saúde, onde a heterogeneidade de estudos clínicos e a litigância seletiva aumentam a probabilidade de ordens dominadas, isto é, ordens que consomem recursos escassos em alternativas de menor razão custo-resultado, em detrimento de políticas mais custo-efetivas.

Não por acaso, a tese de repercussão geral no RE 566.471 - Tema 6 exige critérios estritos de excepcionalidade para concessão judicial de medicamentos registrados na Anvisa, porém não incorporados ao SUS (imprescindibilidade, inexistência de substituto terapêutico, incapacidade financeira e base probatória robusta), com deferência às instâncias técnico-avaliativas (CONITEC, NATJUS), precisamente para mitigar decisões que desorganizem a fronteira de eficiência do gasto sanitário (Brasil, 2024b). A decisão é um marco da aplicação da racionalidade econômica na adjudicação de direitos sociais. O STF, ao estabelecer critérios rigorosos para o fornecimento judicial (necessidade, ineficácia do tratamento da rede, registro na ANVISA, capacidade financeira do requerente), reconheceu implicitamente a escassez de recursos e a necessidade de eficiência coletiva.

A Tese firmada, ao exigir que a decisão judicial não se baseie unicamente na prescrição médica, mas também em prévia consulta ao Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS) ou a entes técnicos, visa a mitigar a assimetria de informação e garantir que a decisão seja balizada pela Medicina Baseada em Evidências (MBE) e pela racionalidade econômica da incorporação de tecnologias em saúde. O risco de o Judiciário desorganizar toda a política pública (custo sistêmico) foi o vetor de contenção.

A decisão consubstanciada no Tema 6 estrutura-se em dois movimentos complementares:

- a) regra geral de deferência às listas públicas: o Tribunal afirma que a ausência de inclusão do medicamento nas listas oficiais do SUS impede, como regra, o seu fornecimento por decisão judicial, independentemente do custo do fármaco. Essa opção expressa deferência às políticas de incorporação de tecnologias em saúde,

elaboradas à luz de critérios técnico-científicos e orçamentários pela Conitec (Brasil, 2024b);

- b) exceção estrita, condicionada a requisitos cumulativos: a concessão excepcional do medicamento não incorporado somente é admitida se o autor comprovar, cumulativamente, requisitos rigorosos (Brasil, 2024b), dentre os quais se destacam:
 - negativa administrativa prévia e análise do ato de não incorporação pela Conitec;
 - demonstração de ilegalidade ou mora irrazoável no processo de incorporação;
 - inexistência de alternativa terapêutica disponível nas listas do SUS;
 - comprovação, à luz da medicina baseada em evidências, da eficácia, efetividade e segurança do fármaco, com base em estudos de alto nível (ensaios clínicos randomizados, revisões sistemáticas ou meta-análises);
 - imprescindibilidade clínica do tratamento, com laudo médico fundamentado;
 - incapacidade financeira do paciente para arcar com o custo.

Além dos requisitos materiais, o STF impõe obrigações procedimentais ao juiz, sob pena de nulidade da decisão:

- a) análise explícita do ato administrativo de não incorporação ou da negativa administrativa;
- b) consulta prévia a parecer técnico (NATJus ou órgão equivalente), vedada fundamentação baseada exclusivamente em relatório médico unilateral;
- c) comunicação aos órgãos competentes, em caso de deferimento, para avaliar eventual incorporação do medicamento ao SUS (Brasil, 2024b).

A rationalidade de Tema 6 foi reforçada com a edição da Súmula Vinculante 61, segundo a qual a concessão judicial de medicamento registrado na Anvisa, mas não incorporado ao SUS, deve observar as teses firmadas nesse julgamento.

Do ponto de vista da AED, a decisão desloca o debate de um modelo puramente principiológico (“direito à saúde” x “reserva do possível”) para um modelo de decisão condicionada à prova técnica, à avaliação de custo-efetividade e à análise dos impactos distributivos, exatamente os elementos centrais de uma decisão consequencialista responsável.

Alcance empírico e replicação da tese de Tema 6 na prática judicial: o caráter vinculante de Tema 6 e da Súmula Vinculante 61 rapidamente se projetou sobre a prática dos tribunais, que passaram a utilizá-los como matriz de controle das ações de fornecimento de medicamentos não incorporados.

Tribunais estaduais e federais vêm reproduzindo, quase como um checklist, os requisitos fixados pelo STF. Em acórdão paradigmático, o TJPR anulou sentença concessiva

de medicamento não incorporado justamente pela ausência de parecer do NATJus, afirmando que a tese de Tema 6 exige, sob pena de nulidade, a prévia consulta a órgão técnico e a verificação cumulativa de todos os requisitos (negativa administrativa, ausência de substituto terapêutico no SUS, evidência científica robusta, imprescindibilidade clínica e hipossuficiência) (Paraná, 2025).

Empiricamente, isso implica pelo menos três consequências relevantes para a judicialização:

- a) **elevação do padrão probatório:** a simples prescrição médica deixou de ser suficiente. O ônus probatório recai sobre o autor, que deve demonstrar a inadequação das alternativas disponíveis no SUS e a superioridade clínica e, idealmente, custo-efetiva do fármaco pretendido. Isso tende a reduzir o volume de ações temerárias e a concentrar a atuação judicial em casos de efetiva omissão ou falha grave da política pública;
- b) **fortalecimento da governança técnico-científica (NATJus/e-NatJus):** a exigência de consulta ao NATJus naturalmente faz crescer exponencialmente o número de notas técnicas e consolidou esse núcleo como ponte institucional entre evidência científica e decisão judicial;
- c) **impactos distributivos e equalização intertemporal do gasto:** ao priorizar medicamentos já incorporados e a via administrativa, a tese de Tema 6 procura evitar que decisões pontuais desorganizem a programação orçamentária e aumentem desigualdades entre quem judicializa e quem depende exclusivamente das filas do SUS. Estudos empíricos do CNJ mostram que o crescimento da judicialização concentra recursos em um subconjunto de pacientes e pressiona fortemente os orçamentos estaduais (Conselho Nacional de Justiça, 2024).

Em síntese, Tema 6 produz efeitos empíricos concretos ao transformar critérios jurídicos abstratos (mínimo existencial, reserva do possível, igualdade) em parâmetros operacionais verificáveis, o que permite a replicação padronizada da decisão em milhares de processos individuais.

O segundo risco é fiscal e intertemporal: remédios judiciais casuísticos geram externalidades orçamentárias não internalizadas no caso concreto, comprimindo dotações futuras de políticas universais (efeito *crowding-out*) e produzindo perdas de bem-estar quando o custo marginal público de fundos supera o benefício marginal do comando individual. Evidências recentes do IPEA quantificam esse deslocamento: em 2023, os medicamentos judicializados corresponderam, em média, a 32,9% do gasto total com medicamentos dos

estados e a 8,4% nos municípios participantes da pesquisa — um patamar incompatível com a ideia de “casos marginais” e que, por si, demanda análise explícita de custo de oportunidade na fundamentação judicial (IPEA, 2025).

O terceiro risco é institucional e diz respeito a incentivos. Quando decisões substituem governança administrativa por microgestão judicial (ordens sobre meios em vez de resultados), multiplicam-se custos de transação, incentivos a *rent-seeking* (por exemplo, mercados concentrados de fármacos de alto custo) e o chamado “apagão das canetas” — comportamento defensivo de gestores diante de incerteza jurídica. A resposta adequada, do ponto de vista da AED, é ancorar decisões em ordens finalísticas com plano, metas e monitoramento, lógica já adotada pelo STF em litígios estruturais como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 347, que reconheceu estado de coisas inconstitucional no sistema prisional e endossou medidas estruturais com planejamento, indicadores e coordenação interinstitucional (Brasil, 2023e).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema carcerário brasileiro, evidenciou o custo insustentável da ineficiência institucional. O ECI, mais do que uma intervenção pontual, é o reconhecimento de uma falha estrutural sistêmica que viola direitos fundamentais de forma generalizada (Brasil, 2023e).

Sob a perspectiva da AED, o sistema carcerário ineficiente gera um custo social e econômico altíssimo, manifestado em altas taxas de reincidência, custos de manutenção elevados e impacto na segurança pública. A inércia administrativa, por não investir na solução estrutural (prisões dignas, ressocialização), impõe um custo social marginal crescente. A intervenção do STF, por meio do ECI, pode ser vista como uma tentativa de internalizar esse custo social ao exigir a elaboração e o financiamento de planos estruturais.

Contudo, o risco do litígio estrutural sob a ótica da AED reside na dificuldade do Judiciário em monitorar e fiscalizar a alocação de bilhões de reais, exigindo coordenação e *expertise* que excedem a sua função tradicional.

O quarto risco é federativo. A solidariedade constitucional em saúde, afirmada no RE 855.178 (Tema 793), evita lacunas de atendimento (ganho de eficiência dinâmica), mas altera incentivos. Sem regras claras de direcionamento do cumprimento conforme a repartição de competências e resarcimento do ente que suportou o ônus, emergem jogos não cooperativos e litígios regressivos entre entes federados, elevando custos de transação e atrasando a efetividade da tutela (Brasil, 2020c). Com efeito, a decisão tem custo administrativo para o Sistema Único de Saúde (SUS), que deverá gerir mecanismo complexo de resarcimento entre

a União e entes federados, além de criar uma plataforma de gestão para todas as demandas judiciais (IPEA, 2025).

Não obstante, a tese de repercussão geral justamente combina solidariedade com faculdade judicial de direcionar o cumprimento ao ente mais vocacionado e determinar o resarcimento subsequente, desenho compatível com a perspectiva de minimização de custos de coordenação e alocação eficiente de tarefas.

Constatados esses limites e riscos do controle judicial, a jurisprudência paradigmática nas decisões exaradas, o STF fornece balizas de mitigação observáveis em três eixos empíricos.

No Tema 6, a Corte transforma a excepcionalidade em filtros probatórios e incentiva deferência informada às instâncias técnicas, reduzindo seleção adversa e o risco de captura orçamentária por demandas individuais que desfinanciam programas universais. A diretriz é clara: sem evidência robusta de eficácia e indisponibilidade de substituto incorporado, não há razão pública suficiente para deslocar recursos (Brasil, 2024c).

No Tema 793, a solidariedade é recalibrada por mecanismos de direcionamento e resarcimento, que funcionam como remédios de governança para alinhar incentivos entre União, Estados e Municípios, reduzindo o *free-riding* (alguém se beneficia com bem ou serviço, sem arcar com custos) e encorajando a cooperação intergovernamental no cumprimento (Brasil, 2020c).

Já na ADPF 347, a Corte reconhece que violações maciças e persistentes exigem remédios estruturais, com planos, metas verificáveis e fontes de financiamento (por exemplo, FUNPEN), substituindo ordens fragmentadas por trajetórias de conformidade monitoradas — um arranjo que internaliza custos de implementação no próprio desenho do provimento (Brasil, 2023e).

A dimensão fiscal e operacional desses litígios é impactante e real, o Justiça em Números 2024 (CNJ) registra a capacidade instalada, a produtividade e os dispêndios do Poder Judiciário, insumos necessários para avaliar viabilidade, timing e custo de execução de remédios estruturais (por exemplo, audiências periódicas, perícias econômicas e monitoramento judicial), além de dimensionar o impacto de ordens coletivas na alocação de esforço dos órgãos jurisdicionais (Conselho Nacional de Justiça, 2024).

A análise crítica da contenção judicial sob a AED se completa com a apresentação de dados empíricos que quantifiquem o impacto orçamentário da judicialização. Relatórios de instituições como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) confirmam o choque fiscal gerado pela intervenção judicial.

Como vimos, conforme dados do IPEA, a judicialização da saúde corresponde a quase 33% dos gastos em medicamentos dos estados brasileiros (IPEA, 2025). Em outra análise, o CNJ revelou que o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, e os gastos do Ministério da Saúde com demandas judiciais cresceram aproximadamente 13 vezes, atingindo R\$ 1,6 bilhão em 2016 (Conselho Nacional de Justiça, 2019).

Esses números demonstram que a judicialização não é um fenômeno isolado, mas uma política pública involuntária e não planejada, que impacta significativamente o orçamento público. O risco é que o Judiciário, ao proferir decisões de gasto *ad hoc*, desvie grandes somas de recursos do planejamento administrativo para a satisfação de demandas individuais, violando a equidade horizontal e a eficiência marginal dos gastos.

A AED conclui que o controle judicial deve ser exercido com autocontenção e racionalidade consequencialista. O juiz, ao intervir, deve agir como um maximizador de riqueza social, e não apenas como um garantidor de direitos individuais, internalizando os custos da decisão, ponderando os *trade-offs* sistêmicos e exigindo o apoio técnico para mitigar os riscos de ineficiência e de desorganização fiscal.

Em síntese crítica, a intervenção judicial não é neutra. Ela altera preços relativos dentro da administração pública e redistribui riscos entre grupos, podendo gerar ineficiência alocativa e efeitos regressivos quando descolada de evidência, coordenação federativa e análise fiscal explícita. A racionalidade proposta pela AED, minimizar custos de transação, maximizar razão custo-resultado e internalizar externalidades orçamentárias, encontra respaldo e operacionalização nas teses vinculantes do Tema 6 e Tema 793 e no modelo de remédios estruturais da ADPF 347. Integradas a dados institucionais (CNJ) e às estimativas de impacto (IPEA) sobre judicialização, essas balizas formam um padrão decisório capaz de proteger direitos sob restrição fiscal real, reduzindo microgestão, contenção de incentivos perversos e promovendo efetividade com sustentabilidade.

Porém, essa autocontenção deve ser exercida igualmente com cautela. A leitura economicista que invoca “incentivos” para justificar ampla autocontenção judicial pode superestimar o risco do chamado “apagão das canetas” e subestimar o custo social de manter omissões estruturais. Há evidências de paralisa decisória por sobreposição de controles e medo sancionatório, porém, transformar esse risco em regra de deferência generalizada desloca o ônus de ineficiências para titulares de direitos, perpetuando desigualdades e alimentando equilíbrios de baixa performance em políticas públicas.

7 PROTOCOLO PRÁTICO PARA DECISÕES JUDICIAIS QUE INTERFEREM NO ORÇAMENTO PÚBLICO VISANDO À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COM BASE NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) E NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

A efetivação judicial de direitos fundamentais em contextos de escassez orçamentária exige um desenho decisório que seja, ao mesmo tempo, constitucionalmente fundado, institucionalmente viável e economicamente eficiente.

Com esses postulados, apresenta-se a seguir o Protocolo prático para decisões judiciais, (Apêndice A), que interferem no orçamento público visando à efetivação de direitos fundamentais, com base na Análise Econômica do Direito (AED) e na jurisprudência do STF, com as seguintes premissas:

- a) os direitos fundamentais possuem força normativa e vinculam a atividade orçamentária do Estado;
- b) a intervenção judicial é juridicamente legítima diante de omissão qualificada ou deficiência grave na implementação do mínimo existencial;
- c) a separação de poderes recomenda que a jurisdição formule ordens finalísticas, exigindo da Administração planos de ação com metas, prazos, indicadores e fonte de custeio, em vez de microgestão;
- d) a Análise Econômica do Direito (AED) oferece instrumentos para calibrar escolhas, ponderando eficácia, custos e impactos distributivos.

Essa orientação está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No Tema 698 (RE 684.612), o STF assentou que, constatada ausência ou deficiência grave na concretização de direitos fundamentais, é cabível a intervenção judicial, preferindo-se ordens de resultado que determinem à Administração a apresentação de plano de cumprimento (Brasil, 2023a). Na ADPF 347, o Tribunal reconheceu a pertinência de remédios estruturais e de uma governança colaborativa quando a violação é sistêmica (Brasil, 2023e). Soma-se a isso o art. 139, IV, do CPC/2015, que confere ao magistrado poderes para adotar medidas executivas atípicas e proporcionais, sempre com fundamentação reforçada (Brasil, 2025d).

No plano metodológico, o protocolo aplica o teste de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) operacionalizado pela AED. Isso significa que toda medida jurisdicional deve:

- a) demonstrar que aumenta a probabilidade de concretização do direito (adequação);
- b) preferir alternativas de menor custo com igual eficácia (necessidade);

- c) apresentar benefício social líquido superior ao custo fiscal, evitando agravos distributivos (proporcionalidade estrita).

Em paralelo, a tensão mínima existencial x reserva do possível é enfrentada com ônus argumentativo qualificado do ente público, que deve comprovar, com dados e documentos, a impossibilidade concreta, não bastando alegações genéricas de escassez.

Com vistas a reduzir assimetrias de informação e dar lastro técnico-científico às decisões, o protocolo explicita a consulta obrigatória a órgãos de apoio técnico, em especial ao NATJUS, sempre que a controvérsia envolver custo-efetividade, evidência clínica, impacto orçamentário ou matéria técnica correlata. O magistrado deverá requisitar Nota Técnica, podendo ainda ouvir comitês/órgãos setoriais (como Comitês Estaduais de Saúde, Educação, Transporte, Saneamento, Segurança, etc), fixando prazo e juntando os pareceres aos autos. Esses insumos integram a instrução técnico-orçamentária mínima (LOA/LDO/PPA, execução, restos a pagar, contratos, limites da LRF), condição para um controle jurisdicional responsável.

A execução privilegia governança e transparência: audiência de validação do plano do gestor; definição de indicadores verificáveis, monitoramento periódico, e cláusulas de revisão (sunset) para recalibrar a ordem conforme a evolução fática e fiscal. O escalonamento de técnicas executivas vai do mínimo necessário (publicidade, comitês, astreintes moderadas) ao máximo excepcional (reprogramação e, como *ultima ratio*, bloqueio/sequestro), sempre com fundamentação reforçada e avaliação de efeitos sistêmicos sobre políticas públicas.

7.1 Racionalidade metodológica do protocolo prático orientado pela AED

O protocolo prático proposto nesta dissertação parte da premissa de que a Análise Econômica do Direito (AED) não é um apêndice retórico da fundamentação judicial, mas um roteiro de raciocínio consequencialista estruturado, acoplado aos parâmetros constitucionais de direitos fundamentais e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Na perspectiva aqui adotada, a AED é compreendida como uma disciplina que utiliza conceitos e instrumentos da microeconomia, eficiência, escassez, incentivos, maximização racional, custos de transação, análise de impacto para explicitar as consequências comportamentais e distributivas das decisões judiciais.

Não se trata de substituir o texto constitucional por uma métrica puramente utilitarista, mas de integrar a rationalidade econômico-social ao controle de constitucionalidade das

escolhas orçamentárias, especialmente quando em jogo o mínimo existencial e a proteção de grupos vulneráveis.

A contribuição metodológica de autores como Salama (2017) reforça essa compreensão: a AED é, em grande medida, um exercício de raciocínio consequencialista, tanto em sua vertente descritiva (AED positiva) quanto em sua vertente prescritiva (AED normativa, voltada a dizer “como o direito deve ser”).

Ao transpor essa matriz para o controle judicial do orçamento, o protocolo assume que decidir é escolher entre estados de coisas possíveis, cada qual com custos, riscos e benefícios distintos para a coletividade, e que o julgador precisa tornar explícitos:

- a) quais alternativas estão sobre a mesa;
- b) quais são seus impactos orçamentários;
- c) como se distribuem seus efeitos entre diferentes grupos;
- d) porque a alternativa escolhida é, ao mesmo tempo, constitucionalmente adequada e economicamente razoável.

O protocolo, portanto, organiza a aplicação da AED em etapas sucessivas, que dialogam com o teste de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e com métricas econômico-jurídicas como eficiência alocativa, custo-benefício, custo-efetividade, análise de impacto e incentivos.

A originalidade reside em traduzir esses instrumentos em um checklist operacional para decisões com impacto orçamentário, de modo replicável e transparente, alinhado ao que o STF vem afirmando em temas como 6, 698 e na ADPF 347 sobre intervenção estrutural, ordens finalísticas e governança colaborativa (Brasil, 2023a, 2023e).

7.2 Etapas de aplicação da AED às decisões judiciais com impacto orçamentário

O protocolo prático orientador (Apêndice A) transforma a AED em um roteiro aplicável ao caso concreto, estruturado em etapas e perguntas-chave.

Em síntese, as fases metodológicas podem ser descritas da seguinte forma:

7.2.1 Triagem de admissibilidade e identificação do direito fundamental

A primeira etapa consiste em delimitar com precisão qual direito fundamental está em jogo e se há titularidade exigível, especialmente em termos de mínimo existencial (saúde básica, educação obrigatória, assistência essencial). O julgador deve verificar:

- a) se o bem da vida postulado se enquadra em direito claramente previsto na CF/88 (arts. 5º, 6º, 196, 205 etc.);
- b) se há política pública correlata e qual órgão é responsável;
- c) se há risco concreto ao núcleo essencial do direito, objetivamente demonstrado.

Essa triagem evita que o protocolo seja acionado para pretensões que, embora relevantes, não demandam intervenção judicial em escolhas orçamentárias de alta complexidade (por exemplo, simples execução de despesa já empenhada).

7.2.2 Verificação de omissão estatal qualificada ou deficiência grave

A segunda etapa investiga se há omissão estatal qualificada ou atuação manifestamente insuficiente que comprometa o mínimo existencial, condição de legitimidade para o controle judicial mais intenso.

Do ponto de vista metodológico, a AED entra aqui com o exame de custos de oportunidade: deixar a situação como está significa perpetuar quais perdas sociais (morbimortalidade evitável, evasão escolar, pessoas em situação de rua, etc.)? A omissão tem caráter pontual ou sistêmico? Há desvio de recursos para fins menos prioritários, gerando ineficiência alocativa?

Essa análise se articula com o parâmetro constitucional de que direitos fundamentais possuem força normativa e vinculam a ação orçamentária do Estado, sujeitando leis orçamentárias e políticas públicas a controle de constitucionalidade.

7.2.3 Instrução técnico-econômica mínima

Confirmada a relevância do direito e da omissão, a terceira etapa foca na produção de prova técnico-econômica suficiente para que o juiz possa aplicar as ferramentas de AED. O protocolo recomenda, como padrão mínimo:

- a) dados orçamentários (PPA, LDO, LOA, execução da despesa, limites da LRF);
- b) informações sobre a política pública (cobertura, metas, filas de espera, indicadores de resultado);
- c) pareceres técnicos (NatJus, CONITEC, comitês intersetoriais, estudos de custo-efetividade);
- d) estimativas de impacto orçamentário da medida pleiteada, ainda que em faixas ou cenários.

Não se exige do magistrado a realização de cálculos sofisticados de ACB ou ACE, mas a capacidade de demandar da Administração e dos órgãos técnicos os elementos mínimos para que seja possível comparar alternativas e entender a ordem de grandeza dos custos e benefícios. A contribuição clássica de Weinstein e Stason (1977) sobre análise de custo-efetividade em saúde, por exemplo, demonstra que mesmo estimativas simplificadas, custo por ano de vida ganho, custo por paciente beneficiado, podem orientar escolhas mais racionais.

7.2.4 Aplicação do teste de proporcionalidade com métricas de AED

Com a instrução formada, a quarta etapa consiste em aplicar uma matriz integrada de proporcionalidade e AED, nos seguintes termos:

- a) **adequação**: a medida judicial (p. ex., ordem de fornecimento, criação de vagas, implementação de serviço) é apta a aumentar a entrega do direito? Há evidência empírica ou técnico-científica que suporte essa conclusão?;
- b) **necessidade**: existe alternativa de eficácia equivalente, mas com menor custo fiscal ou menor desorganização administrativa (por exemplo, substituição terapêutica, redistribuição de vagas, reordenamento de contratos)?;
- c) **proporcionalidade em sentido estrito**: o benefício líquido esperado (em termos de vidas salvas, anos de estudo, redução de risco social) supera o custo fiscal e os efeitos regressivos potenciais? Os impactos distributivos são equitativos ou reforçam desigualdades?

Nessa etapa, instrumentos como análise custo-benefício (ACB), análise custo-efetividade (ACE), ponderação econômica e avaliação de externalidades, detalhados no capítulo 6, oferecem critérios objetivos para calibrar a decisão judicial.

7.2.5 Desenho do remédio judicial e governança da execução

A quinta etapa transfere o raciocínio da AED para o desenho do remédio judicial. Em linha com o Tema 698 e a ADPF 347, o protocolo privilegia:

- a) ordens finalísticas (resultado esperado) em vez de microgestão;
- b) obrigação de o Executivo apresentar plano de implementação com metas, cronograma, indicadores e fonte de custeio;

- c) mecanismos de governança colaborativa (comitês interinstitucionais, audiências públicas, participação social);
- d) escalonamento temporal das medidas para reduzir choques orçamentários.

Aqui a AED auxilia a estabelecer priorização custo-efetiva (quais ações geram maior benefício com menor custo marginal) e a prever incentivos e riscos de comportamentos estratégicos (por exemplo, judicialização em massa estimulada por decisões isoladas).

7.2.6 Monitoramento, avaliação *ex post* e cláusulas de revisão

Por fim, a sexta etapa estabelece a avaliação continuada das consequências da decisão. O protocolo recomenda que o juiz:

- a) fixe indicadores de resultado (taxa de atendimento, redução de filas, melhoria de indicadores de saúde ou educação);
- b) determine relatórios periódicos da Administração;
- c) preveja cláusulas de revisão (*sunset clauses*), permitindo reavaliação da medida à luz de novos dados, sob pena de transformar em permanente uma solução apenas transitória.

A AED, nesse ponto, reforça a necessidade de comparar o cenário posterior à intervenção judicial com o contrafactual (o que ocorreria sem a decisão), de modo a avaliar se houve melhoria efetiva na alocação de recursos e na proteção de direitos ou apenas redistribuição regressiva em favor de quem teve acesso ao Judiciário.

7.3 Exemplos de aplicação do protocolo em decisões judiciais cotidianas

Para ilustrar a operacionalidade do protocolo, apresentam-se a seguir dois exemplos típicos de judicialização com impacto orçamentário, um na área de saúde e outro na educação, em que a AED é aplicada passo a passo.

7.3.1 Fornecimento de medicamento de alto custo não incorporado ao SUS

- a) **situação hipotética:** paciente com doença rara pleiteia judicialmente o fornecimento de medicamento não incorporado ao SUS, com custo anual de R\$ 500.000,00, sem genérico disponível. O orçamento municipal de saúde é de R\$ 50 milhões anuais;

- b) **triagem do direito:** o direito à saúde (art. 196 da CF) está claramente envolvido, com possível risco à vida ou integridade física do autor. Trata-se de pretensão individual que, em tese, recai sobre o mínimo existencial;
- c) **verificação de omissão qualificada:** a omissão estatal não se resume à negativa individual: há ausência de política específica para a doença rara em pauta ou falha da União/Estado em incorporar tecnologias adequadas para esse grupo de pacientes. O juiz verifica a existência ou não de protocolo clínico, decisões da CONITEC, alternativas terapêuticas já oferecidas e a compatibilidade entre prioridades orçamentárias e proteção do mínimo existencial;
- d) **instrução técnico-econômica -** o protocolo recomenda:
- obtenção de nota técnica do NatJus sobre eficácia, segurança e custo-efetividade do medicamento;
 - informações da Secretaria de Saúde sobre:
 - quantos pacientes potenciais existem;
 - qual seria o impacto orçamentário se todos demandassem o medicamento;
 - qual o percentual do orçamento de saúde consumido.
 - dados sobre alternativas terapêuticas disponíveis e seus custos.
- e) **aplicação da matriz proporcionalidade - AED**
- *adequação:* se houver evidência robusta de eficácia (por exemplo, estudos de fase III, consenso de diretrizes internacionais), o medicamento é adequado para aumentar a sobrevida ou qualidade de vida;
 - *necessidade:* examina-se se existe tratamento já disponível no SUS com eficácia próxima, porém muito menos oneroso. Se houver, a medida judicial pode ser redesenhada para garantir o acesso ao tratamento custo-efetivo já incorporado, em vez de impor tecnologia de custo proibitivo;
 - *proporcionalidade estrita:* assume-se, a título ilustrativo, que o fornecimento a todos os pacientes potenciais representaria 20% do orçamento municipal de saúde, comprometendo políticas de atenção básica, vacinação e controle de doenças de maior prevalência. A AED indicaria que, embora o benefício individual seja elevado, o benefício líquido social pode ser negativo se a medida implicar corte substancial em programas que salvam muito mais vidas com menor custo por paciente.

a) **desenho do remédio judicial** - diante desse quadro, o protocolo orienta o juiz a evitar uma ordem simplista (“forneça o medicamento ao autor sob pena de bloqueio”). Em vez disso, pode ser determinado que:

- a União e o Estado apresentem, em prazo razoável, plano nacional ou estadual para tratamento da doença rara, com definição de critérios de elegibilidade, eventual negociação de preços e avaliação centralizada pela CONITEC;
- enquanto o plano não é implementado, o caso concreto seja resolvido por medida cautelar calibrada (por exemplo, fornecimento condicionado a reavaliação periódica, com compartilhamento de custos entre entes federativos e eventual participação do fabricante).

A decisão, assim, internaliza o impacto orçamentário, evita microgestão e transforma o caso individual em gatilho para solução estrutural, alinhada ao Tema 6, ao Tema 698 e ao modelo de remédios estruturais da ADPF 347.

d) **monitoramento e revisão**: o juiz fixa indicadores (número de pacientes beneficiados, impacto percentual no orçamento, resultados clínicos) e determina audiências periódicas para acompanhamento. A eventual elevação desproporcional de despesas pode ensejar revisão da medida ou reconfiguração da política pública, sempre com fundamentação consequencialista explícita.

7.3.2 Ampliação de vagas em creche municipal

a) **situação hipotética**: o Ministério Público ajuíza ação civil pública para obrigar Município a oferecer, em 12 meses, 500 novas vagas em creches, sob pena de multa diária, sob o argumento de violação do direito à educação infantil e da prioridade absoluta de crianças;

b) **triagem do direito**: o direito à educação infantil (art. 208, IV, CF) é fundamental, com titularidade exigível, especialmente em idade de zero a cinco anos. A falta de vagas compromete o mínimo existencial em termos de desenvolvimento infantil e igualdade de oportunidades;

c) **omissão qualificada**: o Município apresenta cobertura de apenas 30% das crianças em idade de creche, com filas de espera em bairros periféricos. Além disso, não há plano consistente de expansão de vagas no PPA e na LDO, revelando omissão estrutural na priorização orçamentária da educação infantil;

d) **instrução técnico-econômica**: o protocolo orienta o juiz a exigir:

- mapeamento das filas por região;
- custo médio por vaga/ano (incluindo pessoal, infraestrutura e manutenção);
- estimativa de impacto fiscal de abrir 500 vagas em 12 meses e de diferentes cenários (por exemplo, 150 vagas ao ano em três anos);
- alternativas de menor custo (utilização de prédios ociosos, convênios com entidades filantrópicas, ampliação de unidades existentes).

e) proporcionalidade com AED:

- *adequação*: a criação de vagas em creche é medida claramente apta a realizar o direito à educação infantil e tem efeitos positivos em produtividade dos pais, redução de desigualdade e desenvolvimento cognitivo;
- *necessidade*: é possível alcançar resultado semelhante combinando diferentes instrumentos (ampliação de turmas em escolas já existentes, convênios, transporte escolar etc.), com custo menor que a construção de novas unidades em prazo exíguo;
- *proporcionalidade estrita*: a abertura de 500 vagas em um único exercício poderia, por exemplo, exigir redirecionamento abrupto de recursos de outras políticas também relevantes (merenda, transporte escolar, manutenção de escolas). Um escalonamento de 150/200/150 vagas em três anos, aliado a convênios e melhor gestão de espaços ociosos, talvez gere maior benefício líquido, com menor risco de desorganização fiscal.

f) remédio judicial e governança: a decisão pode, então, impor ao Município a obrigação de:

- elaborar, com participação do Conselho Municipal de Educação e do Ministério Público, plano trienal de expansão de vagas, com metas anuais, priorização de bairros mais carentes, indicação das fontes de custeio e estudo de viabilidade;
- adotar, preferencialmente, soluções custo-efetivas (uso de prédios já existentes, readequação de espaços, convênios) antes da construção de novas unidades;
- apresentar relatórios semestrais com indicadores de cobertura e execução orçamentária.

A intervenção judicial, guiada pela AED, deixa de ser um comando abstrato (“criar vagas”) para se tornar estrutura de governança, na qual os *trade-offs* orçamentários são enfrentados de maneira explícita e racional.

g) monitoramento: o Juízo acompanha o cumprimento do plano, podendo ajustar metas diante de mudanças nas receitas ou na demanda, sempre justificando as

decisões com base em impactos sobre o mínimo existencial, eficiência alocativa e equidade.

7.4 Avaliação das consequências na prática jurídica e importância da AED nas decisões

Os exemplos anteriores evidenciam que a AED cumpre três funções metodológicas fundamentais na prática judicial:

- a) tornar visíveis os custos e impactos ocultos das decisões, permitindo ao juiz internalizar os efeitos de suas ordens sobre o orçamento e sobre outros grupos de titulares de direitos (por exemplo, usuários da atenção básica em saúde ou crianças de outros bairros);
- b) racionalizar a escolha entre alternativas, mostrando que, muitas vezes, não se trata de decidir entre conceder ou negar o direito, mas de escolher *como* concedê-lo, de forma individual e regressiva ou de forma estrutural e isonômica; de imediato, com risco de colapso fiscal, ou de forma escalonada, com sustentabilidade.
- c) aumentar a transparência e a controlabilidade das decisões, pois o protocolo transforma o raciocínio do magistrado em um percurso verificável, com etapas claras (admissibilidade, omissão, instrução, proporcionalidade, remédio, monitoramento) e perguntas-chave que podem ser replicadas em outros casos.

Do ponto de vista da prática jurídica, isso significa que a AED:

- a) qualifica a fundamentação judicial, afastando o subjetivismo (intuições individuais de justiça) e aproximando a decisão de parâmetros intersubjetivamente controláveis, fundada em dados, evidências e critérios explícitos;
- b) reduz incentivos perversos associados à judicialização fragmentada (por exemplo, prêmio aos litigantes em detrimento dos que não acessam o Judiciário), ao exigir que decisões com grande impacto orçamentário sejam pensadas também sob perspectiva coletiva;
- c) integra direitos humanos e eficiência, ao lembrar que a racionalidade econômica não pode funcionar contra o núcleo essencial dos direitos, mas a favor da maximização de sua efetividade sob restrição fiscal real.

O protocolo prático proposto, fundamentado na AED e na jurisprudência do STF, oferece ao magistrado um caminho metodológico claro sobre *como* aplicar a análise econômica do direito na prática decisória: identificar o direito e a omissão, instruir técnica e economicamente o processo, comparar alternativas com critérios de eficiência e equidade,

desenhar remédios estruturais e monitorar suas consequências. Ao fazê-lo, contribui para que o controle judicial do orçamento público promova, simultaneamente, efetividade dos direitos fundamentais sociais, racionalidade na alocação de recursos e justiça distributiva, respondendo diretamente às críticas relativas à estrutura metodológica do trabalho e à operacionalização concreta do protocolo.

Em suma, o protocolo traduz em passos operacionais o que a Constituição, o STF e a AED já recomendam: decisões finalísticas, baseadas em evidências e custos, que responsabilizam o gestor pela elaboração do plano e preservam a separação de poderes, sem abdicar da tutela efetiva do núcleo essencial dos direitos fundamentais. A seguir, apresentam-se as etapas sequenciais e os respectivos fundamentos, com quadro-resumo operacional para despacho/decisum.

8 Considerações Finais

Esta dissertação partiu da seguinte questão: em que medida o Poder Judiciário pode e deve intervir nas escolhas orçamentárias do Executivo para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais sem desorganizar a gestão fiscal e sem violar a separação de poderes?

O objetivo geral foi analisar a viabilidade jurídico-prática dessa intervenção à luz da Análise Econômica do Direito (AED). Para tanto, estabeleceram-se cinco objetivos específicos: a) mapear fundamentos constitucionais e infraconstitucionais do controle judicial do orçamento; b) delimitar limites e possibilidades dessa atuação (separação de poderes, reserva do possível, mínimo existencial, escassez); c) avaliar impactos econômico-sociais de decisões judiciais com base em eficiência, custo-benefício e equidade; d) identificar decisões e tendências do STF e tribunais superiores; e e) propor um protocolo prático para decisões judiciais com impacto orçamentário orientadas pela Constituição, pela jurisprudência do STF e pela AED.

Quanto aos principais resultados, podemos citar, a) o mapeamento normativo mostrou que o orçamento, estruturado por PPA, LDO e LOA, não é neutro, mas instrumento de realização de fins constitucionais, sua natureza jurídico-material, controlável em sede de constitucionalidade, legitima o escrutínio judicial quando houver omissões que comprimam o núcleo essencial de direitos sociais (mínimo existencial), sem que isso converta o Judiciário em ordenador direto de despesa. Essa leitura está em linha com a compreensão do STF sobre a possibilidade de controle de políticas públicas e de leis orçamentárias, quando necessárias à tutela de direitos fundamentais; b) a delimitação de limites/possibilidades evidenciou que a intervenção deve ser excepcional, deferente às competências do administrador e calibrada por critérios de razoabilidade, eficiência e desenho institucional, priorizando ordens estruturais orientadas a resultados, com exigência de planos administrativos, metas, prazos, indicadores e transparência, orientação consagrada no Tema 698; c) a avaliação dos impactos econômico-sociais indicou que incorporar princípios, instrumentos e institutos da AED (eficiência alocativa, escassez, análise de custo-benefício, equidade distributiva, teoria dos jogos e incentivos) melhora a qualidade decisória, reduz riscos de desorganização administrativa e favorece alocação racional de recursos escassos, especialmente em políticas universais como saúde e educação; d) o exame jurisprudencial confirmou tendência do STF de admitir intervenção judicial diante de inércia estatal, condicionando-a a balizas procedimentais e finalísticas (ordens orientadas a fins e não à microgestão), como assentado no RE 684.612; e)

Por fim, a proposta de protocolo prático sintetiza essas balizas em um roteiro operacional, útil à magistratura para estruturar decisões com impacto orçamentário sob a ótica da AED e da jurisprudência constitucional.

As hipóteses de trabalho foram, em essência, confirmadas: a intervenção judicial é legítima e necessária quando há omissão estatal na concretização de direitos fundamentais, desde que observados parâmetros de proporcionalidade, eficiência, equidade e deferência institucional; a aplicação de ferramentas da AED (análise de custo-benefício, consideração de externalidades e incentivos, gestão da escassez) produz decisões mais eficazes e menos disruptivas; e as ordens estruturais orientadas a resultados são preferíveis a comandos casuísticos e intrusivos na microgestão, em consonância com o Tema 698.

Do ponto de vista teórico, a contribuição desta dissertação é a sistematização, em linguagem jurídico-econômica, de critérios de decisão aplicáveis ao controle judicial de políticas públicas orçamentárias, articulando neoconstitucionalismo, força normativa dos direitos sociais e ferramentas da AED.

O trabalho reforça a centralidade dos princípios da eficiência e da escassez para decisões em ambiente de recursos limitados; integra análise de incentivos e de *trade-offs* distributivos; e propõe um arcabouço que desloca a discussão do pode ou não pode intervir para o como intervir melhor, isto é, com mínima invasividade e máxima efetividade. Ao fazê-lo, dialoga com a tradição clássica e contemporânea da AED, da análise de custos sociais de Coase e Calabresi, do enfoque em incentivos e *enforcement* de Becker e Posner, às formulações recentes de Kaplow e Shavell sobre bem-estar e desenho de regras, bem como com a literatura de políticas públicas baseada em impacto (Sunstein, Bar-Gill), sempre adaptando tais referenciais ao contexto constitucional brasileiro e à jurisprudência do STF.

No plano prático, a contribuição reside no protocolo decisório proposto, que transforma princípios em passos verificáveis: a) qualificação do problema e do direito envolvido (núcleo essencial/*minimum core*); b) diagnóstico da omissão estatal e mapeamento de restrições fiscais e operacionais; c) avaliação sumária de custo-benefício e de alternativas de menor custo; d) ordem orientada a finalidades, com plano, metas, prazos, governança, indicadores e transparência, mitigando o “direito administrativo do medo” e o risco de desorganização da execução; e) escolha de instrumentos de *enforcement* graduais e proporcionais (astreintes, audiências de monitoramento, cronogramas), com revisões periódicas e *sunset clauses*.

As limitações do estudo decorrem do recorte metodológico e material, dependência de fontes secundárias, heterogeneidade jurisprudencial e dificuldade de mensurar contrafactuals

e impactos econômicos com precisão; recorte temporal concentrado no período 2020-2025, em contexto de fortes variações fiscais, e foco no ordenamento brasileiro e na jurisdição constitucional do STF, o que recomenda cautela para generalizações a outros arranjos institucionais.

Os desafios, com as implicações normativas e jurisprudenciais são claras. Normativamente, recomenda-se consolidar, em diretrizes de política judiciária, a preferência por ordens estruturais orientadas a resultados, com exigência de planos administrativos e transparência ativa, alinhadas ao Tema 698; estimular, na fundamentação das decisões, a explicitação dos custos, alternativas e impactos distributivos (inclusive sobre o orçamento corrente e plurianual), sem substituir o gestor na escolha dos meios quando houver alternativas igualmente adequadas e menos onerosas; e qualificar o uso de instrumentos coercitivos, com graduação e monitoramento. Jurisprudencialmente, é desejável maior uniformização de standards de deferência e de prova, fortalecendo a previsibilidade e a *accountability* das decisões com impacto fiscal. Para os formuladores e executores de políticas públicas, a diretriz é incorporar avaliação econômica *ex ante e ex post*, com métricas de desempenho e governança intersetorial, reduzindo litigiosidade por omissão e maximizando a efetividade dos gastos. Para a agenda de pesquisa, sugere-se aprofundar métodos de estimativa de impacto orçamentário-jurídico, desenvolver matrizes de custo-benefício aplicadas a classes recorrentes de demandas (saúde, educação, assistência) e estudar efeitos de incentivos das decisões sobre o comportamento dos agentes públicos (apagão das canetas) e privados, inclusive via teoria dos jogos.

Em resumo, a tese defendida foi confirmada, pois é possível e, em certos casos, necessário, o controle judicial do orçamento público para viabilizar o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, desde que a intervenção se paute por parâmetros constitucionais e por critérios da Análise Econômica do Direito que privilegiem eficiência, equidade e racionalidade na alocação de recursos, com ordens orientadas a finalidades e respeito ao espaço decisório do administrador. Esse modelo de atuação, ancorado no Tema 698 e no protocolo aqui proposto, promove a máxima efetividade dos direitos com mínima desorganização institucional, oferecendo ao Poder Judiciário um caminho tecnicamente sólido e democraticamente responsável para decidir em contextos de escassez.

O presente estudo preenche uma lacuna na literatura jurídica e econômica ao oferecer critérios racionais e sistemáticos para a intervenção judicial em matéria orçamentária e de direitos sociais. A produção acadêmica atual, embora rica na discussão principiológica e na defesa retórica dos direitos, carece de um instrumental metodológico que harmonize, de forma

objetiva, a garantia dos direitos fundamentais com o imperativo da escassez de recursos públicos.

A inovação do trabalho é perceptível ao sistematizar, em linguagem jurídico-econômica, critérios operacionais para o controle judicial de escolhas orçamentárias, integrando direitos fundamentais, separação de poderes e instrumentos da AED, deslocar o debate do “pode ou não pode intervir” para “como intervir melhor”, com mínima invasividade e máxima efetividade e explicitar, de forma verificável, custos, alternativas, impactos distributivos e incentivos nas decisões judiciais, algo raramente estruturado em protocolos aplicáveis.

Com isso, responde à ausência de parâmetros claros de racionalidade alocativa nas intervenções judiciais e à escassez de arcabouços que combinem proporcionalidade com métricas econômicas e desenho institucional.

A proposição do Protocolo de Decisão Judicial, (Apêndice A), fundamentado na Análise Econômica do Direito (AED), supera o subjetivismo decisório frequentemente observado, fornecendo uma métrica transparente e economicamente informada para a alocação de custos e benefícios nas sentenças, algo até então ausente no debate brasileiro com esta profundidade e foco prático.

O Protocolo de Decisão Judicial elaborado nesta dissertação, (Apêndice A), possui aplicabilidade prática imediata e multifacetada. A principal perspectiva reside na sua utilização como ferramenta de capacitação judicial, podendo ser integrado a cursos de formação continuada e inicial de magistrados e servidores, visando uniformizar, qualificar e racionalizar a intervenção judicial, com impacto orçamentário, utilizando as etapas e checklists como roteiro didático. E ainda ser utilizado para programas de governança de execução em tribunais, prevendo audiências de validação de planos, indicadores, monitoramento periódico e cláusulas de revisão (*sunset*) e em modelos de decisões/roteiros de fundamentação para remédios estruturais orientados a resultados, em consonância com o Tema 698 do STF.

Além disso, o protocolo pode servir como base sólida para a elaboração de pareceres técnicos (*amicus curiae*, notas técnicas) em processos de alta complexidade orçamentária, notas do NATJUS e de comitês setoriais (saúde, educação, assistência), incorporando custo-efetividade, impacto orçamentário e evidência clínica/administrativa na instrução técnico-orçamentária mínima, oferecendo subsídio técnico-econômico para a decisão.

Em um plano mais amplo, ele se configura como um marco referencial para a gestão estratégica do Poder Judiciário em litígios estruturais, promovendo uma maior segurança jurídica e previsibilidade na defesa dos direitos sociais.

O Estudo desenvolvido aqui tem um potencial de continuidade acadêmica e institucional do tema, e recomenda-se que futuras pesquisas se dediquem a: a) realização de teste empírico do Protocolo de Decisão Judicial em uma amostra de casos concretos de controle orçamentário, a fim de aferir sua eficácia, robustez e mensurar o impacto das decisões racionalizadas na otimização dos recursos públicos, em comparação com a microgestão judicial, com desenho de indicadores e revisões periódicas, visando padronizar diretrizes de política judiciária; b) expansão do escopo da Análise Econômica do Direito para além da efetivação de direitos sociais, adaptando o protocolo para outras áreas do Direito Público que lidam com dilemas de alocação de recursos, como regulação setorial e infraestrutura; c) aprofundamento institucional no estudo de mecanismos institucionais necessários para a adoção formal do protocolo por órgãos superiores do Poder Judiciário (como o Conselho Nacional de Justiça - CNJ ou Tribunais Superiores), analisando a viabilidade de sua conversão em enunciado ou orientação jurisprudencial, consolidando assim sua relevância prática e institucional; d) análises comparadas entre tribunais para verificar variáveis institucionais (NATJUS, governança de execução, uso de astreintes) que aumentem eficiência e equidade.

REFERÊNCIAS

- AEA. **What is economics?**. [202-?]. Disponível em:
https://www.aeaweb.org/resources/students/what-is-economics?utm_source. Acesso em: 21 set. 2025.
- AIRTON, José. 5 etapas fundamentais para conduzir uma análise de custo-benefício. Cirus Quality, 2025. Disponível em: <https://cirusquality.com.br/analise-de-custo-beneficio/>. Acesso em: 07 out. 2025.
- AKERLOF, George A. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3. p. 488-500, Aug. 1970. Disponível em:
https://personal.utdallas.edu/~nina.baranchuk/Fin7310/papers/Akerlof1970.pdf?utm_source. Acesso em: 05 out. 2025.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Vírgilo Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 1986. Disponível em:
https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf?utm_source. Acesso em: 08 out. 2025.
- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 49- 68, jul./dez. 2006. Disponível em: https://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf. Acesso em: 07 jan. 2025.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Curitiba: Lumen Juris, 2010.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 1-6, jul./set. 2004. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/44361>. Acesso em: 07 jan. 2025.
- ÁVILA, H. **Teoria dos princípios (critérios e ônus argumentativo)**. 21 ed. Salvador: Juspodivm, 2022. Disponível em:
https://www.editorajuspodivm.com.br/media/juspodivm_material/material/file/JMA0047-Degustacao.pdf?srsltid=AfmBOorwW_J7k33Rc3w0tG-0HU7EX6Ta6WuhO1b7DKg4Mgi1cXvvwrQ_&utm_source. Acesso em: 09 out. 2025.
- BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game theory and the law**. [S. l.: s. n.], [1991]. Disponível em:
https://istecofin.web.uniroma1.it/sites/default/files/download/Baird3.pdf?utm_source=chatgpt.com. Acesso em: 07 out. 2025.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discretariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, 22 dez. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica/. Acesso em: 07 jan. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Conjur**, 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/es/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva: 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. **Revista de Direito do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 4, 1996. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2856472/Luis_Roberto_Barroso.pdf?utm_source. Acesso em: 09 out. 2025.

BARZEL, Yoram. Measurement cost and the organization of markets. **Journal of Law and Economics**, v. 25, n. 1, p. 27-48, Apr. 1982. Disponível em: https://www.sfu.ca/~allen/BarzelMeasurement.pdf?utm_source. Acesso em: 05 out. 2025.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, Mar./Apr. 1968. Disponível em: https://laws21.classes.ryansafner.com/readings/Becker-1968.pdf?utm_source. Acesso em: 23 set. 2025.

BOBBIO, Norberto. **Dalla Strutura alla Funzione:** nuovi studi di teoria dei diritto, Edizioni di Comunità, Milão, 1977.

BORGES, Bernardo Regis. O **controle judicial sobre a execução do orçamento público**. Curitiba: UFP, 2014.

BOTELHO, Martinho Martins. A Eficiência e o Efeito Kaldor-Hicks: A Questão da Compensação Social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 2, n. 1, p. 116-133, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/1595>. Acesso em: 23 set. 2025.

BRANDÃO, Pedro Henrique Peixoto Fernandes. **O poder judiciário e as escolhas trágicas:** enfrentamentos à luz da Análise Econômica do Direito. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/28079/1/Pedro%20Henrique%20Peixoto%20Fernandes%20Brand%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 23 set. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2025a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 out. 2025.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Brasília, DF: Presidência da República, [2025b]. [não paginado]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 07 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Abertura do ano judiciário de 2025. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 3 fev. 2025c. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/poder-justica/leia-a-integra-do-discurso-de-barroso-na-abertura-do-ano-judiciario/>. Acesso em: 12 jun. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2025d]. [não paginado]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 mar. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2025e]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. no Recurso Extraordinário 949.297 Ceará. Embte. (s): TBM - Textil Bezerra de Menezes S/A. Embdo. (a/s): União. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 4 de abril de 2024. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 20 ago. 2024a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=779236094>. Acesso em: 12 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 566.471 – TEMA 6. Critérios para fornecimento de medicamentos fora da lista oficial do SUS. Relator: Ministro Marco Aurélio, 26 de setembro de 2024. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 28 nov. 2024b. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566.471_tema6_infosociedade_LCFSP.pdf?utm_source. Acesso em: 08 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 6. Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2024c. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?classeProcesso=RE&incidente=2565078&numeroProcesso=566471&numeroTema=6&utm_source. Acesso em: 08 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 698. RE 684.612. Reqte. (s): Município do Rio de Janeiro. Reque.: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 03 de julho de 2023. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 07 ago. 2023a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769557463>. Acesso em: 12 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundos Emb. Decl. no Recurso Extraordinário 1.008.166 Santa Catarina. Embte.(s): Município de Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux, 28 de agosto de 2023. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 28 set. 2023b. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=779236094>. Acesso em: 12 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Turma do Pleno). **Emb .Decl. no Referendo na Quarta Tutela Provisória Incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828 Distrito Federal.** Embte.(s): Governador do Distrito Federal. Embdo. (a/s): Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Roberto Barroso, 03 de maio de 2023. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 01 jun. 2023c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=768205361>. Acesso em: 12 fev. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 955.227 Bahia.** Requerente: União. Requerido: Braskem S/A. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 9 de fevereiro de 2023. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2 maio 2023d. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur478209/false>. Acesso em: 12 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 Violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro.** Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2023e. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/1ADPF347InformaosociedadeV2_6out23_17h55.pdf. Acesso em: 15 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF define parâmetros para nortear decisões judiciais a respeito de políticas públicas.** Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 10 jul. 2023f. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=510329&ori=1>. Acesso em: 12 jan. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 10.411 de 30 de junho de 2020.** Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. [não paginado]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10411.htm?utm_source. Acesso em: 07 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.357 Distrito Federal.** Reqte. (s): Presidente da República. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 29 de março de 2020. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 31 mar. 2020a. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais.** Reqte. (s): Alcirene de Oliveira. Requerido (s): Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de maio de 2019. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 9 nov. 2020b. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20657718%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 12 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 855.178 – Tema 793.** Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde, 23 de maio de 2019. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 16 abr. 2020c. Disponível em:
https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?classeProcesso=RE&incidente=4678356&numeroProcesso=855178&numeroTema=793&utm_source. Acesso em: 15 out. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.805.161 - SP (2019/0091417-9).** Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 08 de abril de 2019. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 29 abr. 2019. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequential=94451404&tipo_documento=documento&num_registro=201900914179&data=20190426&formato=PDF. Acesso em: 30 mar. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 30 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.634.851.** Relator: Ministro Nancy Andrigi, 12 de setembro de 2017. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 15 fev. 2018b. Disponível em:
<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=69980557&tipo=51&nreg=201502262739&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180215&formato=PDF&salvar=falso>. Acesso em: 30 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.657.156 / RJ (2017/0025629-7).** Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 24 de abril de 2018. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 05 maio 2018c. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221657156%22%29+ou+%28RESP+adj+%221657156%22%29.suce.&O=JT>. Acesso em: 30 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta De Inconstitucionalidade 5.449.** Reqte.(S): Governadora do Estado de Roraima. Relator: MIN. Teori Zavascki, 16 de março de 2016. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 22 abr. 2016. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10743671>. Acesso em: 05 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF afasta exigência prévia de autorização para biografias.** Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336&ori=1>. Acesso em: 05 out. 2025.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Diretrizes metodológicas:** diretriz de avaliação econômica Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em:
https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_metodologicas_diretriz_avaliacao_economica.pdf. Acesso em: 08 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). **Emb. Decl. na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.167 Distrito Federal.** Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Tema 289. Embte.: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul. Embdo. (a/s): Presidente da República. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 27 de fevereiro de 2013. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 09 out. 2013a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1702/false>. Acesso em: 12 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de Liminar e de Sentença n. 1.818/DF.** Requerente: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Requerido: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 30 out. 2013. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 5 nov. 2013b. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?dt=20131105&formato=PDF&nre g=201303672247&seq=32202730&tipo=0>. Acesso em: 27 nov. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.068.731 - RS (2008/0137930-3).** Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Herman Benjamin, 17 de fevereiro de 2011. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 08 mar. 2012a. [não paginado]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?preConsultaPP=&acao=pesquisar&novaConsulta=t rue&i=1&b=ACOR&livre=ADMINISTRATIVO.+DIREITO+%C0+SA%DADE.+DIREITO +SUBJETIVO.+PRIORIDADE.+CONTROLE+JUDICIAL+DE+POL%CDTICAS+P%DAB LICAS.+ESCASSEZ+DE+RECURSOS.+DECIS%C3O+POL%CDTICA.+RESERVA+DO+POSS%CDVEL.+M%CDNIMO+EXISTENCIAL&filtroPorOrgao=&filtroPorMinistro=&filt roPorNota=&data=&tp=T&processo=&classe=&uf=&relator=&dtpb=&dtpb1=&dtpb2=&dtd e=&dtd1=&dtd2=&orgao=&ementa=¬a=&ref="](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?preConsultaPP=&acao=pesquisar&novaConsulta=t rue&i=1&b=ACOR&livre=ADMINISTRATIVO.+DIREITO+%C0+SA%DADE.+DIREITO +SUBJETIVO.+PRIORIDADE.+CONTROLE+JUDICIAL+DE+POL%CDTICAS+P%DAB LICAS.+ESCASSEZ+DE+RECURSOS.+DECIS%C3O+POL%CDTICA.+RESERVA+DO+POSS%CDVEL.+M%CDNIMO+EXISTENCIAL&filtroPorOrgao=&filtroPorMinistro=&filt roPorNota=&data=&tp=T&processo=&classe=&uf=&relator=&dtpb=&dtpb1=&dtpb2=&dtd e=&dtd1=&dtd2=&orgao=&ementa=¬a=&ref=). Acesso em: 30 mar. 2025.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Diretrizes metodológicas:** análise de impacto orçamentário manual para o sistema de saúde do Brasil. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2012b. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_metodologicas_analise_impacto.pdf?utm_source. Acesso em: 09 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54/DF.** Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2012c. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf?utm_source. Acesso em: 09 out. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.185.474 / Santa Catarina (2010/0048628-4).** Recorrente: Município de Criciúma. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Humberto Martins. 20 de abril de 2010. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 29 abr. 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=9277920&tipo=0&nreg=&Seq CgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 09 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal do Pleno). **Recurso Especial n. 607582 RG / RS - Rio Grande do Sul.** Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Tema 289. Recdo.(a/s): Marina Carolina Moraes Paz. Recte.(s): Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ellen Gracie, 13 de agosto de 2010. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 27 ago.

2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1702/false>. Acesso em: 12 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência pública sobre saúde**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2009a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461&ori=1>. Acesso em: 05 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130 Não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição Federal de 1988**. Relator: Min. Ayres Britto, 30 de abril de 2009. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2009b. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/link_download/casos_relevantes/pt/ADPF_130.pdf. Acesso em: 05 out. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4049 MC / DF - Distrito Federal**. Reqe. (s): Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de novembro de 2008. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 05 maio 2009c. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adi:2008-11-05;4049-3710208>. Acesso em: 12 mar. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Med. Liminar) - 45**. Requerente: **Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB (CF 103, VIII)**. Requerido: **Presidente da República**. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de abril de 2004. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 29 abr. 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&numProcesso=45>. Acesso em: 12 mar. 2025.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Rio de Janeiro Brasília, Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, 1824. [não paginado]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 07 jan. 2025.

BRITO, Jaime Domingues; SOUZA, Willian Alves de. Controle judicial do orçamento público: instrumento para efetivação de políticas públicas na educação. **Revista Estudos Institucionais**, v. 7, n. 3, p. 1103-1126, set./dez. 2021. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/632>. Acesso em: 07 jan. 2025.

BUCHANAN, James M; TULLOCK, Gordon. **The calculus of consent**: logical foundations of constitutional democracy. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. Disponível em: https://files.libertyfund.org/files/1063/Buchanan_0102-03_EBk_v6.0.pdf?utm_source. Acesso em: 05 out. 2025.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. STRAPAZZON, Carlos Luiz. Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 278-302, jan./jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.5020/23172150.2012.278-302>. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/2128/1726>. Acesso em: 14 out. 2025.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. New York: Norton, 1978.

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, Apr. 1972. Disponível em:
https://www.amherst.edu/media/view/123372/original/CalabresiMelamed.PDF?utm_source. Acesso em: 08 out. 2025.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **The Yale Law Journal**, v. 70, n. 4, p. 499-553, 1961.

CALABRESI, Guido. **The costs of accidents-a legal and economic analysis**. Yale University Press, New Haven and London, 1970. Disponível em:
<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3665&context=uclrev>. Acesso em: 23 set. 2025.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a realização da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (orgs.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1941. Disponível em: https://faculdadeslondrina.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Canotilho-Texto-mestrado.pdf?utm_source. Acesso em: 14 out. 2025.

CANOTILHO, Mariana. A vulnerabilidade como conceito constitucional: um elemento para a construção de um constitucionalismo do comum. **Série Sociojurídica Oñati**, v. 12, n. 1, 2022. Disponível em: <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1328>. Acesso em: 14 out. 2025.

CARMO, Valter Moura. ANTUNES, Thiago Caverson. Inteligência Artificial e decisões judiciais: uma abordagem a partir da perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 1, n. 18, p. 191-209, 2019. Disponível em:
https://www.researchgate.net/publication/368386514_Inteligencia_Artificial_e_Decisoes_Judiciais/link/63e4faa1c002331f7266c2e7/download?_tp=eyJjb250ZXh0Ijp7ImZpcnN0UGFnZS16InB1YmxpY2F0aW9uIiwicGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIn19. Acesso em: 07 jan. 2025.

CARMO, Valter Moura; MESSIAS, Ewerton Ricardo. Do crescimento econômico à justiça ambiental: o diálogo entre o direito ambiental e a economia a partir do pensamento complexo. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 11, maio/ago., 2018. Disponível em:
<https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45057>. Acesso em: 07 jan. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2024**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->

content/uploads/2025/04/justica-em-numeros-2024.pdf?utm_source. Acesso em: 15 out. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização da saúde no Brasil. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf?utm_source. Acesso em: 05 out. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 238 de 6 de setembro de 2016. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2020]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339>. Acesso em: 05 out. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 388, de 13 de abril de 2021. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339>. Acesso em: 05 out. 2025.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. 1937. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>. Acesso em: 05 out. 2025.

COASE, Ronald H. The problem of social cost: classic papers in natural resource economics. Journal of Law and Economics, v. 3, p. 1-44, Oct., 1960. Disponível em: https://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/coase-socialcost.pdf?utm_sourc. Disponível em: 23 set. 2025.

CONTI, José Maurício. Regime constitucional do orçamento público e os princípios orçamentários. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 21, n. 54, p. 65-78, abr./jun. 2020. Disponível em: https://www.oasisbr.ibict.br/vufind/Record/STJ-1_4ef577729f205f577b80bc2477e55a59. Acesso em: 07 jan. 2025.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics.** 6 ed. New York: Person, 2016. Disponível em: https://dl.icdst.org/pdfs/files4/afdc1634670c498ea4b9e855b0a6eed5.pdf?utm_source. Acesso em: 05 out. 2025.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio produtivo do consumidor:** o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: RT, 2011.

DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil:** processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. 2 v.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discretionariedade administrativa na Constituição de 1988.** 2. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas, princípios, propósitos e processos.** São Paulo: Altas, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. Título original: Taking Rights Seriously, 1977.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2003. Título original: *Law's Empire*, 1986.

ENAP. **Orçamento público:** conceitos básicos. Brasília, DF: ENAP, 2013. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/882/1/OP_vis%C3%A3o%20geral.pdf. Acesso em: 07 jan. 2025.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais:** sua revisão no discurso de juristas brasileiros, a partir da contribuição de J. J. Gomes Canotilho. 1996. 215 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1996. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/76484>. Acesso em: 14 out. 2025.

FARIA, Rodrigo. **Natureza jurídica do orçamento e flexibilidade orçamentária.** 2009. 288 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-112722/publico/Microsoft_Word_FINAL_dissertacao.pdf. Acesso em: 07 jan. 2025.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo penal.** Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. Disponível em: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4122/9.pdf?utm_source. Acesso em: 14 out. 2025.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías.** Madrid: Trotta, 2002. Disponível em: https://www.te.gob.mx/formulario/media/files/4cd91799f6a2a69.pdf?utm_source. Acesso em: 13 out. 2025.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil**, v. 139, p. 242-256, 2005. Disponível em: <https://rdm.org.br/wp-content/uploads/2024/09/242-256.-Analise-economica-do-direito-AED-Paranoia-ou-mistificacao-Paula-A.-Forgioni.pdf>. Acesso em: 25 out. 2025.

FRANCO, Marcos Roberto. **A flexibilização do princípio da supremacia do interesse público diante da democracia participativa.** 2018. 171f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-06112020-150207/pt-br.php>. Acesso em: 11 jan. 2025.

GADELHA Sérgio Ricardo de Brito. Introdução ao estudo da economia do setor público. In: ENAP. **Introdução ao estudo da economia do setor público.** Brasília: ENAP, 2017. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3171/1/Curso%20-%20Introdu%C3%A7%C3%A3o%20ao%20Or%C3%A7amento%20P%C3%Ablico.zip>. Acesso em: 07 jan. 2025.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3540, 11 mar. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23925/responsabilidade-civil-pela-perda-do-tempo>. Acesso em: 07 jan. 2025.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Camila Paula de Barros. Interligando direito e economia. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, v. 01, n. 01, p. 21-37, out./dez. 2016. Disponível em: <https://wyden.periodicoscientificos.com.br/index.php/jurisunitoledo/article/view/15/3>. Acesso em: 07 jan. 2025.

GOUVÊA, Carlos Portugal; PARGENDLER, Mariana. **Levando à seriedade a literatura**. 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/propriedade-intelectual-law-economics>. Acesso em: 07 jan. 2025.

GUASQUE, Bárbara. **Análise econômica do direito e as decisões judiciais: O Judiciário como uma variável econômica** (2018). Disponível em: <https://rua.ua.es/server/api/core/bitstreams/9f440975-fb91-4c1b-9104-0cb224f3b248/content>. Acesso em: 21 set. 2025.

GUTHRIEK, Chris. **Inside the judicial mind**. 429 f. 2001. Tese (Doutorado em Ciências Jurídica), Universidade de Vale do Itajaí, Itajaí, 2001. Disponível em: https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1747&context=faculty-publications&utm_source. Acesso em: 07 out. 2025.

HACHEM, Daniel Wunder (org.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

HARSANYI, John C. Games with incomplete information played by "bayesian" players. **Management Science**, v. 14, n. 3, 159-182, nov. 1967. Disponível em: https://gamef21.classes.ryansafner.com/readings/Harsanyi-1967.pdf?utm_source. Acesso em 07 out. 2025.

HOLMSTROM, Bengt. Moral hazard and observability. **The Bell Journal of Economics**, v 10, n. 1. p. 74-91 (Spring), (1979). Disponível em: https://personal.utdallas.edu/~nina.baranchuk/Fin7310/papers/Holmstrom1979.pdf?utm_source. Acesso em 05 out. 2025. https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica/. Acesso em: 07 jan. 2025.

IPEA. **Pesquisa assistência farmacêutica no SUS**: gasto em medicamentos judicializados de estados e municípios participantes (2019-2023). Rio de Janeiro: Ipea, 2025. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/server/api/core/bitstreams/5b9ba3b4-4bd4-4871-9247-02454de1eced/content>. Acesso em: 15 out. 2025.

INESC. **Metodologia, orçamento e direitos**. Brasília, DF: Inesc, 2017. Disponível em: https://inesc.org.br/wp-content/uploads/2018/08/LivroMetodologiaOr%C3%A7amentoDireitos.pdf?utm_source. Acesso em: 05 out. 2025.

INGHAM, Sean. Pareto-optimality. In: *Encyclopedia Britannica*, [202-?]. Disponível em: https://www.britannica.com/money/Pareto-optimality?utm_source. Acesso em: 04 out. 2025.

JANINI, Tiago Cappi; CELEGATTO, Mário Augusto Quinteiro. Coercitividade das decisões judiciais que determinam a efetivação de direitos fundamentais sociais pelo poder público.

Revista da AGU, Brasília, DF, v. 19, n. 2, p. 207-224, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/2309/2420>. Acesso em: 11 jan.

KAHNEMAN, Daniel. TVERSKY, Amos. Prospect theory: an analysis of decision under risk. **Econometrica**, v. 47, n. 2, p. 263-292, 1979. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1914185?utm_source. Acesso em: 07 out. 2025.

KAPLOW, Louis. SHAVELL, Steven. **The efficiency of the legal system versus the income tax in redistributing income**. 1993. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=227307. Acesso em: 28 set. 2025.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Fairness versus welfare: notes on the pareto principle, preferences, and distributive justice. **NBER Working Paper**, n. 9622, April, 2003. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w9622/w9622.pdf. Acesso em: 26 set. 2025.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Geraldo Neves; DIAS, Jean Carlos. A Decisão Judicial Nos Casos Difíceis: Uma Análise a Partir do Debate entre Dworkin e Posner. **Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 149–169, 2016. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2525-9601/2016.v2i2.1586. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/1586>. Acesso em: 27 out. 2025.

LIMA, Luciana Leite *et. al.* Plano Plurianual como proxy para medir capacidades estatais: um estudo sobre o planejamento governamental nos municípios da região metropolitana de Porto Alegre. **Urbe: Revista Brasileira de Gestão Urbana**, 2020, v. 12, e20190147. DOI: <https://doi.org/10.1590/2175-3369.012.e20190147>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/urbe/a/CwpGKTJVDkbJJp8SWqSfVsn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30 jul. 2023.

LIMA, Tatiana Coral Mendes de. **O orçamento público como instrumento de efetivação das políticas públicas e garantia da sustentabilidade**. 2017. 125f. (Mestrado em Ciências Jurídicas), Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2017. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2226/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20MESTRANDA%20TATIANA%20CORAL%20DEFENDIDA%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf>. Acesso em: 30 fev. 2023.

MANKIW, Gregory N. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINEZ, Ana Paula. Análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.

274, 2017. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/7527/6021/15121>. Acesso em: 08 out. 2025.

MATSUSHITA, Thiago Lopes. Reserva do possível. In: **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. São Paulo: USP, 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/508/edicao-1/reserva-do-possivel#:~:text=665.&text=Artigo%2012%20%5BLiberdade%20de%20escolha,ou%20em%20virtude%20de%20lei%E2%80%9D>. Acesso em: 07 jan. 2025.

MATTOS, César. **Análise econômica do direito**. [Brasília, DF: Banco Central do Brasil], 2014. Disponível em: https://www.gov.br/fazenda/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/apostilas/1-seae-analise-economica-direito.pdf?utm_source. Acesso em: 03 out. 2025.

MEDICI, André Cezar. Judicialização, integralidade e financiamento da saúde. **Revista Vianna Sapiens**, v. 4, n. 2, 29, 2010. Disponível em: https://docs.bvsalud.org/upload/S/1413-9979/2010/v15n2/a81-87.pdf?utm_source. Acesso em: 05 out. 2025.

MENEZES, Iure Pedroza. Vigência e validade no garantismo de luigi ferrajoli: um confronto com a teoria pura de Hans Kelsen. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Ano 6, nº 5, p. 1159-1171, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1159_1171.pdf?utm_source. Acesso em: 13 out. 2025.

MENDES, Geova. Dilema do prisioneiro. **JusBrasil**, 2018, [não paginado]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/dilema-do-prisioneiro/637600718>. Acesso em: 13 out. 2025.

MISHAN, E.J.; QUAH, Euston. **Cost-benefit analysis**. 6. ed. Londres: Routledge, 2020. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/books/mono/10.4324/9781351029780/cost-benefit-analysis-euston-quah-mishan>. Acesso em: 07 out. 2025.

MORAIS, Anna Luiza Vitor de; MARTINS, Gustavo Rocha. A Máxima da Ponderação e a Análise Econômica do Direito: uma técnica para a tomada de decisões pautada na eficiência. **Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior**, n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/91>. Acesso em: 06 out. 2025.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**, 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NASH, John F. Equilibrium points in n-person games. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, v. 36, n. 1, jan. 1950. Disponível em: [https://people.irisa.fr/Nicolas.Markey/PDF/Papers/pnas36\(1\)-Nash.pdf](https://people.irisa.fr/Nicolas.Markey/PDF/Papers/pnas36(1)-Nash.pdf). Acesso em: 06 out. 2025.

NEUMANN, Von; MORGESTERN, Oskar. Equilibrium points in n-person games. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, v. 36, n. 1, jan. 15, p. 48-49, 1950. Disponível em: [https://people.irisa.fr/Nicolas.Markey/PDF/Papers/pnas36\(1\)-Nash.pdf](https://people.irisa.fr/Nicolas.Markey/PDF/Papers/pnas36(1)-Nash.pdf). Acesso em: 06 out. 2025.

NEWMAN, Peter. Kaldor-Hicks compensation. In: NEWMAN, Peter. **The new palgrave dictionary of economics and the law**. [S. l.: s. n.], [2024]. Disponível em: https://benjaminnoll.com/wp-content/uploads/2024/10/Feldman_Kaldor_Hicks.pdf?utm_source. Acesso em: 04 out. 2025.

NICE. **NICE health technology evaluations**: the manual. [S. l.: s. n.], 2025. Disponível em https://www.nice.org.uk/process/pmg36/resources/nice-health-technology-evaluations-the-manual-pdf-72286779244741?utm_source. Acesso em 08 out. 2025.

NISKANEN Jr, William A. **Bureaucracy and representative government**. New York: Routledge, 1971. Disponível em: https://api.pageplace.de/preview/DT0400.9781351530415_A30937941/preview-9781351530415_A30937941.pdf?utm_source. Acesso em: 06 out. 2025.

NOGAMI, Otto; PASSOS, Carlos Roberto Martins. **Os princípios de economia**. 4. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2008.

NORTH, D. C. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York, EUA: Cambridge University Press, 1990.

OCDE. **Cost benefit analysis and the environment**. Paris: OECD, 2018. Disponível em: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2018/06/cost-benefit-analysis-and-the-environment_g1g8b70e/9789264085169-en.pdf?utm_source. Acesso em: 07 out. 2025.

OCDE. **Behavioural insights and public policy**. [S. n.; s. l.], 2017. Disponível em: https://www.oecd.org/en/publications/behavioural-insights-and-public-policy_9789264270480-en.html?utm_source. Acesso em: 07 out. 2025.

OLIVEIRA, Alexandre Machado; CORREIA NETO, Celso de Barros. Controle judicial da efetivação do direito à saúde e o princípio da escassez. **REPATS**, Brasília, DF, v. 4, n. 1, p. 198-226, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/repats/article/view/8197>. Acesso em: 30 jul. 2023.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Fórum, 2022.

PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del derecho**: una reconstrucción teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Câmara Cível, 4). **Apelação Cível n.º 0000228-58.2024.8.16.0148 (decisão monocrática)**. Relator: Desembargador Substituto Evandro Portugal, 13 jul. 2025. Publicação: 13 jul. 2025. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000032801432/Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica-0000228-58.2024.8.16.0148%3Bjsessionid%3D8ce546a102150c1b35a1415aefce?utm_source. Acesso em: 25 nov. 2025.

PARISI, Francesco. **Positive, normative and functional schools in law and economics**. New York: Cambridge University Press, 2004. Disponível em:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=586641&utm_source. Acesso em: 28 set. 2025.

PARISI, Francesco. **The Language of law and economics**. New York: Cambridge University Press, 2013. Disponível em: https://assets.cambridge.org/9780521875080/frontmatter/9780521875080_frontmatter.pdf?utm_source. Acesso em: 28 set. 2025.

PARKIN, Michael. **Economia**. 9. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2009.

PERSAD Govind; WERTHEIMER, Alan; EMANUEL, Ezekiel J. Principles for allocation of scarce medical interventions. **The Lancet**, v. 373, Jan. 2009. Disponível em: <https://philpapers.org/archive/PERPFA-2.pdf>. Acesso em: 08 out. 2025.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; LANNES, Yuri Nathan da Costa; MIRANDA, Lorrayne Barbosa. Economia criativa: a aliança entre desenvolvimento econômico e a promoção de direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, v. 3, n. 56, 2019. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3571>. Acesso em: 07 jan. 2025.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. The economic theory of public enforcement of law. **Faculdade de Direito de Stanford**, Programa John M. Olin em Direito e Economia, Documento de Trabalho, n. 159, May, 1998. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=93709. Acesso em: 25 set. 2025.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POSNER, Richard A. **Análise econômica do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

POSNER, Richard A. The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication. **University of Chicago Law School**, n. 487, 1980. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2847&context=journal_articles&utm_source. Acesso em: 23 set. 2025.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**: little brown and company. [S. l.; s. n.], 1973. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/books/77/?utm_source. Acesso em: 23 set. 2025.

RACHLINSKI, Jeffrey J. Implicit bias in judicial decision making how it affects judgment and what judges can do about it. In: AMERICAN BAR ASSOCIATION, **Enhancing justice**. [S. l.; s. n.], 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2934295&utm_source. Acesso em: 07 out. 2025.

RAMALHO, Paula Afoncina Barros. **O controle judicial das escolhas orçamentárias como estratégia de efetivação de políticas públicas concretizadoras de direitos sociais prestacionais**. 2009. 111 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2009. Disponível em: <https://www.repositorio.ufal.br/jspui/handle/riufal/776>. Acesso em: 30 mar. 2025.

RAWLS, John. The idea of an overlapping consensus. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 7, n. 1, p. 1-25, 1987. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/764257>. Acesso em: 30 mar. 2025.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REGINATO, Orion Reginato; NOGUEIRA, Diego Avelino Milhomens; RODRIGUES, Carlos Ricardo. **Nova Gestão Pública e a Constituição de 1988: Eficiência, Inovação e Responsabilidade como imperativos jurídicos** (2025). Disponível em: <https://periodicos.newsciencepubl.com/editoraimpacto/article/view/6884>. Acesso em: 15 out. 2025.

RESURREIÇÃO, Lucas Marques Luz da. **A defensoria pública na concretização dos direitos sociais pela via do ativismo judicial**. 2012. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. Disponível em: <https://scaff.adv.br/site/wp-content/uploads/2020/08/A-defensoria-p%C3%A3o-BAblica-na-concretiza%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-sociais-pela-via-do-ativismo-judicial.pdf>. Acesso em: 05 out. 2025.

ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature ftf significance of economic science**. London: Martin's, 1945. Disponível em: https://mileskorak.com/wp-content/uploads/2020/02/robbins-essay-nature-significance-economic-science.pdf?utm_source. Acesso em: 05 out. 2025.

ROSA, André Luis Cateli; MESSIAS, Ewerton Ricardo. A validade da análise econômica do direito nas decisões judiciais: uma análise à luz do constructivismo lógico- semântico. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, v. 14, n. 2, p. 121-142, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://portalunifipmoc.emnuvens.com.br/rbej/issue/view/33/35>. Acesso em: 30 jul. 2024.

ROYAL Swedish Academy of Sciences. **Mechanism design theory**. 2007. Disponível em: https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/advanced-economicsciences2007.pdf?utm_source. Acesso em: 07 out. 2025.

RUSSO, Thiago; LEHFELD, Neide. Controle jurisdicional das políticas públicas que visam concretizar o direito à saúde. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 23, p. 313-331, jul. 2015/jan. 2016. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/628>. Acesso em 28 nov. 2025.

SÁ, Luís Filipe Vellozo Nogueira de; DETONI, Robert Luther Salviato. A Análise econômica do direito no controle externo das políticas públicas: um olhar pela fechadura. **Revista Controle**, v. 17, n. 1, p. 270-291, 2019. Disponível em: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/486>. Acesso em: 08 out. 2025.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. Colisão de direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 76, p. 115-138, jul./ set. 2011. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/colisao.direitos.fundamentais_1.pdf. Acesso em: 08 out. 2025.

SALAMA, Bruno Meyerh. **Estudos em direito & economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017. Disponível em:

<https://editoravirtualgratuita.com.br/wp-content/uploads/2017/07/obra-completa-estudos-em-direito-economia.pdf>. Acesso em: 29 set. 1025.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia. **Caderno Direito, GV**, v. 5, n. 2, mar. 2008. Disponível em:
<https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/07f643d0-9fbc-4fc6-b22d-428d8f6be89a/content>. Acesso em: 22 set. 2025.

SANFEY, Alan G. The neural basis of economic decision-making in the ultimatum game. **Science**, v. 300, p. 1754-1758, jun. 2003. Disponível em:
https://courses.cs.duke.edu/spring07/cps296.3/Sanfey_Ultimatumgame_2003sci.pdf. Acesso em: 07 out. 2025.

SANTANA, Paulo Victor Pinheiro de. **O princípio da eficiência como um direito difuso da cidadania**: controle judicial de políticas públicas que visem à concretização dos direitos sociais sob a análise econômica do direito. 2014. 186f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014. Disponível em:
https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/23430/1/2014_dis_pvpssantana.pdf. Acesso em: 30 jul. 2023.

SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: RT, 2021.

SARLET, Ingo E.; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. Reserva do Possível e Mínimo Existencial. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Gen Forense, 2009.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o direito de greve dos servidores públicos. **TRABAJO. Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales**, v. 34, 2017. Disponível em:
<https://www.uhu.es/publicaciones/ojs/index.php/trabajo/article/view/3334>. Acesso em: 17 out. 2025.

SCHUARTZ, Luís Fernando. Consequentialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, p. 130–158, 2008. Disponível em:
https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/41531?utm_source. Acesso em: 30 set. 2025.

SCHUARTZ, Luís Fernando. **Interdisciplinaridade e adjudicação**: caminhos e descaminhos da ciência no direito, 2009. Disponível em:
<https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/c8f2679a-4ce3-43fe-a807-92ad60aa3d0b/content>. Acesso em: 30 set. 2025.

SCITOVSKY, Tibor. A note on welfare propositions in economics. **Review of Economic Studies**, v. 9, n. 1, p. 77–88, 1941. Disponível em:
https://www.hujingbei.net/upload/2007_11/07110714376633.pdf. Acesso em: 30 set. 2025.

SCHWABE, Jurgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SEMINÁRIO direito, Economia e Desenvolvimento. Bruno Meyerhof Salama no seminário Direito, Economia e Desenvolvimento. [Brasília, DF]: Supremo Tribunal Federal, 2011. 1 vídeo (20 min. 42 seg.). Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=c2AaEOqPFfY>. Acesso em: 29 set. 2025.

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. 2004. Disponível em: https://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/4338/1/219%20.%20Steven_Shavell.pdf?utm_source. Acesso em: 25 set. 2025.

SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **The Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 52, p. 575- 612, June, 1997, Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/8917996/mod_resource/content/1/Shavell%20-%20The%20Fundamental%20Divergence%20between%20the%20Private%20and%20the%20social%20motive%20to%20use%20the%20legal%20system-1997.pdf. Acesso em: 25 set. 2025.

SHAVELL, Seven. **Liability for harm versus regulation of safety**. 1983 53 f. Program in Law and Economics, National Bureau Of Economic Research, Massachusetts Avenue Cambridge, 1983. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w1218/w1218.pdf?utm_source. Acesso em: 25 set. 2025.

SILVA, José Afonso. **Os princípios constitucionais fundamentais**. 1994. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/79072948.pdf?utm_source. Acesso em: 14 out. 2025.

SILVA, Júlio Cezar Bittencourt. O Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: fundamentos e perspectivas. **Revista Jurídica Uniandrade**, v. 1, n. 31, 2020. Disponível em: <https://revistahom.uniandrade.br/index.php/juridica/article/view/1739/1171>. Acesso em: 07 jan. 2025.

SILVEIRA, André Bueno. **Análise econômica do direito e teoria dos jogos**. Salvador: JusPodivm, 2023.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Igualdade e legitimidade: a atuação do Poder Judiciário na conformação de valores sociais: a concretização do direito à alimentação. Argumenta Journal Law, Jacarezinho, n. 20, p. 235-257, ago. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/469>. Acesso em: 08 nov. 2025.

STIGLER, George J. **The theory of economic regulation**. The Bell Journal of Economics and Management Science, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. Disponível em: <https://bfi.uchicago.edu/wp-content/uploads/2023/02/3003160.pdf>. Acesso em: 05 out. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. Limites do consequencialismo no direito: dos dilemas trolley ao coronavírus. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, p. 924-934, set./dez. 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/569/612>. Acesso em: 22 set. 2025.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A behavioral approach to law and economics. **Stanford Law Review**, v. 50, 1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles&utm_source. Acesso em: 07 out. 2025.

SUNSTEIN, Cass R. Sludge and ordeals. **Harvard public law**. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3288192&utm_source. Acesso em: 28 set. 2025.

SUNSTEIN, Cass R. Cost-benefit analysis and arbitrariness review. **Harvard Environmental Law Review**, v. 41, 2017. Disponível em: https://journals.law.harvard.edu/elr/wp-content/uploads/sites/79/2015/10/Sunstein.pdf?utm_source. Acesso em: 08 out. 2025.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Nudge**: improving decisions about health, wealth, and happiness. [S. l.: s. n.], 2008.

SUNSTEIN, Cass. Incommensurability and valuation in law. **Revista de Direito de Michigan**, v. 92, n. 4, 1994. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1289693>. Acesso em: 08 out. 2025.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. The cost of rights: why liberty depends on taxes. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999.

SZTAJN, Rachel. **A incompletude do contrato de sociedade**. São Paulo: [s. n.], 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Rachel-Sztajn/publication/270620477_A_incompletude_do_contrato_de_sociedade/links/653be592f7d021785f16129a/A-incompletude-do-contrato-de-sociedade.pdf?origin=publication_detail&_tp=eyJjb250ZXh0Ijp7ImZpcnN0UGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIiwicGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uRG93bmxxYWQiLCJwcmV2aW91c1BhZ2UiOiJwdWJsaWNhdGlvbiJ9fQ&__cf_chl_tk=FJFcyX8bfxQOu4Fy81B6nFAVZ8ablLvc_Y5odGSRHjs-1764589507-1.0.1.1-Bv6nqNqeAS52419crox2YD5GSEvZVawLMHu66yTP6Ss. Acesso em 16 nov. 2025.

SZTAJN, Rachel. Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 36, n. 111, p. 9-29, 1998. Disponível em: <https://rdm.org.br/wp-content/uploads/2024/09/7-27.-SZTAJN-Rachel.-Notas-de-analise-economica-Contratos-e-responsabilidade-civil.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2025.

TABAK, Benjamin Miranda. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 205, p. 321-340, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509955/001035857.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 nov. 2025.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang.

(orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. 5. ed. São Paulo: Foco, 2023.

TORMIN, Mateus Matos. **Entre Rawls e Dworkin**: em busca da concretização de dois importantes insights da teoria política liberal contemporânea. In: SEMINÁRIO DISCENTE DA PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA DA USP, 7., 2018. São Paulo. **Anais** [...]. São Paulo: USP, 2018. Disponível em: <https://sdpsc.fflch.usp.br/sites/sdpsc.fflch.usp.br/files/inline-files/2220-2922-1-PB.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2025.

TORRES, Héleno Taveira. **Direito constitucional financeiro**: teoria da constituição financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: orçamento na constituição. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

TUCKER, Albert. **The prisoners' dilemma story**. [S. l.: s. n.], 1950. Disponível em: https://www.hyperbolicity.com/journal/prisonerdilemma/?utm_source. Acesso em: 06 out. 2025.

VASCONCELLOS, MAS. **Economia**: micro e macro. São Paulo: Atlas, 2000.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Judicialização e direito à saúde no Brasil: uma trajetória de encontros e desencontros. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, Brasil, v. 57, n. 1, p. 1, 2023. DOI: 10.11606/s1518-8787.2023057004579. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rsp/article/view/208332>. Acesso em: 27 out. 2025.

WEI LIANG WANG, Daniel. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, dez. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/5ScHqNs657gS9gsNhYcmFbg/>. Acesso em: 07 jan. 2025.

WEINSTEIN, M. C.; STASON, W. B. Foundations of cost-effectiveness analysis for health and medical practices. **N Engl J Med.**, v. 296, n. 13, p. 716-21, Mar, 1977. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/402576/>. Acesso em: 08 out. 2025.

ZAMIR, Eyal; MEDINA, Barak. **Law, economics, and morality**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

APÊNDICES

APÊNDICE A - PROTOCOLO PRÁTICO ORIENTADOR



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TOCANINENSE
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PALMAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
CURSO DE MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E DIREITOS HUMANOS



ROMÁRIO DIVINO FARIA

Decisões judiciais com impacto orçamentário para efetivação de direitos fundamentais
 Baseado na Constituição, jurisprudência do STF (Tema 698, ADPF 347, Tema 6) e na
 Análise Econômica do Direito (AED)

7.1 Premissas estruturantes

- 1) Direitos fundamentais possuem força normativa e podem vincular a ação orçamentária do Estado e leis orçamentárias estão sujeitas a controle de constitucionalidade;
- 2) A intervenção judicial é legítima diante de omissão estatal qualificada ou deficiência grave na prestação do direito fundamental;
- 3) A decisão deve indicar finalidades e resultados e exigir um plano da Administração, evitando microgestão;
- 4) A Análise Econômica do Direito (AED) fornece instrumentos de proporcionalidade, custo-benefício, eficiência, equidade e análise de impactos para calibrar o remédio judicial.

7.2 Triagem de admissibilidade e delimitação do direito

Pergunta-chave: há direito fundamental claramente identificado e titularidade exigível?

Fundamento: CF/88, arts. 1º (dignidade), 5º, 6º, 196, 205; mínimo existencial como direito público subjetivo. Ônus de esclarecimento do autor sobre o bem da vida e o nexo com políticas/ações públicas.

Checklist mínimo: direito previsto; política pública pertinente; órgão responsável; população-alvo; riscos ao núcleo essencial.

7.3 Verificação de omissão estatal qualificada ou deficiência grave

Pergunta-chave: há inércia ou atuação manifestamente insuficiente que comprometa o mínimo existencial?

Fundamento STF: Tema 698 (RE 684.612) — admite intervenção judicial quando há ausência/deficiência grave de serviço voltado a direito fundamental; decisões devem apontar finalidades e exigir plano da Administração, em vez de impor providências casuísticas.

Base no trabalho: roteiro inicia pela verificação da omissão estatal qualificada.

7.4 Separação dos Poderes e modelo de remédios estruturais

Diretriz: evitar microgestão (por exemplo, contratar X servidores em hospital Y; definir insumos/quantidades específicas). Preferir ordens finalísticas com governança, metas, prazo e transparência.

Fundamento STF: Tema 698 – plano pela Administração (evitar interferência no mérito administrativo; exigir plano de ação) e ADPF 347 (estado de coisas inconstitucional) como base para remédios estruturais, quando há violação sistêmica, é possível abordagem de “estado de coisas inconstitucional, com remédios estruturais e coordenação interinstitucional.

7.5 Prova e instrução técnico-orçamentária mínima

Diretriz: decisão probatória e auditável: dados setoriais (epidemiológicos/educacionais, etc), execução orçamentária (LOA/LDO/PPA), restos a pagar, disponibilidade financeira, contratos, auditorias, limites da LRF.

Fundamento: controle judicial do orçamento para proteger o mínimo existencial e corrigir omissões; orçamento como lei com conteúdo material e sujeito a controle.

7.6 Prova e instrução técnico-orçamentária mínima

Diretriz: decisão probatória e auditável: dados setoriais, execução orçamentária (LOA/LDO/PPA), restos a pagar, disponibilidade financeira, contratos, auditorias e limites da LRF. Sempre que a controvérsia envolver matéria técnico-científica (por exemplo, custo-efetividade, evidência clínica ou impacto orçamentário), o magistrado deverá requisitar Nota Técnica ao NATJUS, podendo também ouvir comitês/órgãos técnicos setoriais, fixando prazo razoável e juntando os pareceres aos autos.

Fundamento: orçamento como lei com conteúdo material sujeita a controle para proteção do mínimo existencial e corrigir omissões. orçamento como lei e sujeito a controle.

7.7 Teste de proporcionalidade com métricas da AED

Diretriz: Aplicar adequação–necessidade–proporcionalidade estrita, usando evidências e cálculo de impactos (benefício social líquido, externalidades, risco moral, efeitos distributivos).

Fundamento: o trabalho adota proporcionalidade operacionalizada por métricas econômicas; eficiência (art. 37, da CF, caput) como critério constitucional e enfoque de AED.

Checklist AED: Adequação: a medida aumenta probabilidade de entrega do direito? Evidência empírica; Necessidade: há alternativa menos onerosa ao erário com igual eficácia?; Proporcionalidade Estrita: benefício líquido > custo fiscal e não agrava iniquidades (equidade distributiva).

7.8 Mínimo existencial x reserva do possível (ônus argumentativo do Estado)

Diretriz: a reserva do possível não pode anular o mínimo existencial; o ônus de demonstrar impossibilidade concreta (e não mera alegação genérica de escassez) é do ente público, com prova de prioridades e execução.

Fundamento: doutrina/jurisprudência nacionais afirmam a exigibilidade do mínimo existencial; reserva do possível tem contornos e limites. Jurisprudência do STF (exemplo, Tema 6 – RE 566.471, STF(critérios objetivos para fornecimento de prestações em direitos fundamentais) e decisões correlatas fixam critérios para fornecimento de prestações em direitos fundamentais (carência econômica, indispensabilidade, inexistência de substituto, etc.), reforçando a técnica de parâmetros objetivos.

7.9 Matriz de impactos fiscais e de governabilidade

Diretriz: Antes da ordem, mensurar: (i) custo anual e por beneficiário; (ii) fonte (dotação, crédito adicional, remanejamento permitido); (iii) impacto em políticas correlatas; (iv) riscos de execução; (v) caminho de sustentabilidade.

Fundamento: orçamento como instrumento vinculado a direitos e sustentabilidade; decisões casuísticas podem desorganizar políticas (alerta do STF no Tema 698).

Fundamento: orçamento como instrumento vinculado a direitos e sustentabilidade; decisões casuísticas podem desorganizar políticas (alerta do STF no Tema 698).

7.10 Remédio judicial (ordens de resultado)

Diretrizes:

1. Fixar finalidade (resultado mínimo mensurável atrelado ao direito).
2. Determinar que a Administração apresente PLANO (metas, etapas, cronograma, custo, fonte, responsáveis, indicadores, transparência).
3. Validar o plano em audiência pública/oitiva do MP/Defensoria/órgãos de controle.
4. Fixar marcos de acompanhamento e revisão periódica.

Fundamento STF: Tema 698 — decisões finalísticas com plano são preferíveis às ordens pontuais que invadem o mérito administrativo.

7.11 Escalonamento de tutelas de urgência e salvaguardas fiscais

Diretriz: quando houver risco grave ao núcleo essencial, conceder tutela proporcional e temporária, focada em grupos vulneráveis e medidas custo-efetivas; prever cláusulas de revisão.

Fundamento: proteção do mínimo existencial; proporcionalidade/AED (priorização e custo-efetividade).

7.12 Técnicas executivas e compliance institucional

Diretrizes: Ordem crescente de intervenção: (i) transparência e governança (comitê, auditoria, painel de monitoramento); (ii) astreintes moderadas e direcionadas a autoridades responsáveis; (iii) reprogramação orçamentária dentro das margens legais; (iv) sequestro/bloqueio como ultima ratio e fundamentação reforçada (impacto, alternativas recusadas, risco à vida/dignidade).

Fundamento: vinculação e efetividade das decisões judiciais; cautela contra desorganização de políticas.

7.13 Governança colaborativa e participação social

Diretriz: audiências públicas; participação de órgãos de controle; relatórios públicos; mecanismos de accountability.

Fundamento: remédios estruturais (ADPF 347) e capacidades institucionais diferenciadas.

7.14 Cláusulas de Sunset e revisão periódica

Diretriz: toda ordem com impacto orçamentário relevante deve ter prazo de reavaliação, com base em indicadores e dados de execução (permitindo recalibragem).

Fundamento: proporcionalidade dinâmica/AED; eficiência (CF, art. 37).

7.15 Fundamentação (estrutura sugerida para o dispositivo e motivação)

1. Identificação do direito e do núcleo essencial (CF e leis setoriais).
2. Quadro fático-probatório (omissão/deficiência, dados e peças orçamentárias).
3. Proporcionalidade + AED (adequação/necessidade/estrita; quadro de custos/benefícios; impactos distributivos).
4. Reserva do possível: exame crítico da prova estatal; prevalência do mínimo existencial quando demonstrada necessidade e viabilidade.
5. Separação dos Poderes / Tema 698: remédio finalístico + exigência de plano. Acompanhamento e execução: governança, metas, prazos, indicadores, revisões.

7.16 Quadro-Resumo Operacional para Despacho/Decisão

Etapa	Pergunta-chave	Ações do magistrado	Fundamento (síntese)
7.1	Direito claramente delimitado?	Identificar direito, titularidade e núcleo essencial; delimitar política e órgão responsável.	CF/88; mínimo existencial.
7.2	Há omissão ou deficiência grave?	Analizar prova de STF – Tema 698. inércia/insuficiência; constatar risco ao núcleo essencial.	
7.4	Há lastro técnico-científico orçamentário?	Requisitar LOA/LDO/PPA, execução, contratos, suporte técnico.	Controle de orçamento/constitucionalidade;

			auditorias, LRF; e acionar NATJUS/e- NatJus para Nota Técnica, podendo ouvir comitês/órgãos técnicos setoriais.
7.5	Medida adequada, necessária proporcional (AED)?	é Comparar alternativas; estimar custos/benefícios; avaliar impactos distributivos.	Proporcionalidade; art. 37 (eficiência).
7.6	Reserva possível comprovada?	do Exigir demonstração concreta (prioridades, disponibilidade, execução); rejeitar alegações genéricas.	Mínimo existencial; Tema 6 (saúde).
7.8	Qual remédio finalístico?	Fixar finalidade e exigir plano; validar em audiência; definir monitoramento.	Tema 698; remédios estruturais.
7.9	Há urgência extrema?	Conceder tutela temporária e proporcional; preferir medidas custo-efetivas; prever revisão.	Proteção do núcleo essencial.
7.10	Como executar e escalar?	Transparência/comitê; astreintes moderadas; reprogramação; sequestro como ultima ratio.	Efetividade; separação dos poderes.
7.12	Quando revisar/encerrar?	Estabelecer prazos de reavaliação (sunset) e	Proporcionalidade dinâmica.

indicadores para
recalibrar

Notas e Referências (síntese)

- [1] CF/88: arts. 1º (dignidade), 5º, 6º, 37 (eficiência), 196 e 205, entre outros.
- [2] STF – Tema 698 (RE 684.612): intervenção judicial condicionada à omissão/deficiência grave; ordens finalísticas com exigência de plano.
- [3] STF – ADPF 347: estado de coisas constitucional e remédios estruturais.
- [4] STF – Tema 6 (RE 566.471): parâmetros objetivos para prestações de saúde, com ônus argumentativo qualificado do Estado.
- [5] Controle de constitucionalidade do orçamento: possibilidade de controle de LOA/LDO/PPA; orçamento como instrumento de concretização de direitos.
- [6] AED: uso de análise de custo-benefício, eficiência, equidade e impactos (benefício social líquido, externalidades, risco moral).
- [7] Apoio técnico: NATJUS/e-NatJus – solicitar Nota Técnica quando houver matéria de natureza técnico-científica.

APÊNDICE B - FONTES PRIMÁRIAS (JURISPRUDÊNCIA)



UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA TOCANINENSE
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PALMAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
CURSO DE MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E DIREITOS HUMANOS



ROMÁRIO DIVINO FARIA

1) STF — ADPF 347 (Plenário) — ADPF 347/DF

Relatoria: Rel. Min. Marco Aurélio; Red. p/ Acórdão Min. Luís Roberto Barroso |

Julgamento: 04 de outubro de 2023

Link:

https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/1ADPF347InformaosociedadeV2_6out23_17h55.pdf

2) STF — ADPF 54 (Plenário) — ADPF 54/DF

Relatoria: Rel. Min. Marco Aurélio | Julgamento: 11 e 12 de abril de 2012

Link: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiaStf/anexo/adpf54.pdf?utm_source

3) STF — ADI 6.357 (Medida Cautelar) — ADI 6.357/DF (MC)

Relatoria: Rel. Min. Alexandre de Moraes | Julgamento: 13 de maio de 2020

Link: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>

4) STF — RE 566.471 – Tema 6 (RG) — RE 566.471/RN (Tema 6)

Relatoria: Rel. Min. Marco Aurélio | Julgamento: 20 de setembro de 2024

Link:

https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566.471_tema6_infosociedade_LCFSP.pdf?utm_source

5) STF — RE 855.178 – Tema 793 (RG) — RE 855.178/SE (Tema 793)

Relatoria: Rel. Min. Luiz Fux; Red. p/ Acórdão Min. Edson Fachin | Julgamento: 06 de março de 2015

Link:

https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?classeProcesso=RE&incidente=4678356&numeroProcesso=855178&numeroTema=793&utm_source

6) STF — RE 607.582 – Tema 289 (RG) — RE 607.582/RS (Tema 289)

Relatoria: Rel. Min. Luiz Fux (rel. originária Min. Ellen Gracie)

Link:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3819070&numeroProcesso=607582&classeProcesso=RE&numeroTema=289>

7) STF — ADI 4.049 (Medida Cautelar) — ADI 4.049/DF (MC)

Relatoria: Rel. Min. Ayres Britto

Link:

<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adi:2008-11-05;4049-3710208>

8) STF — ADPF 45 (Medida Liminar) — ADPF 45/DF (ML)

Relatoria: Rel. Min. Celso de Mello

Link:

<https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&numProcesso=45>

9) STF — RE 684.612 – Tema 698 (RG) — RE 684.612/RJ (Tema 698)

Relatoria: Rel. Min. Cármem Lúcia; Red. p/ Acórdão Min. Luís Roberto Barroso | Julgamento: 03 de julho de 2023

Link:

https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?classeProcesso=RE&incidente=4237089&numeroProcesso=684612&numeroTema=698&utm_source

10) STJ — REsp 1.657.156/RJ (Repetitivo) – Tema 106/STJ — REsp 1.657.156/RJ (Tema 106/STJ)

Relatoria: Rel. Min. Benedito Gonçalves | Julgamento: 04 de maio de 2018

Link:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106

11) STJ — REsp 1.634.851/RJ — REsp 1.634.851/RJ

Relatoria: Rel. Min. Nancy Andrighi

Link:

<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=69980557&tipo=51&nreg=201502262739&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180215&formato=PDF&salvar=false>