

A ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA NO PROCESSO DE TOMADA DAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA OBRA DE RICARDO L. LORENZETTI

Thaís G. Pascoaloto Venturi¹

Sumário: 1. O processo de tomada de decisões; 1.1 A insuficiência do método dedutivo; 1.2 O método argumentativo; 1.3 As cláusulas gerais; 2. Verificação dos fundamentos das decisões judiciais; 3. Breves delineamentos acerca da Análise Econômica do Direito; 4. Estudo de caso - o paradigma consequencialista na tomada das decisões judiciais: aplicabilidade e limites no controle jurisdicional das políticas públicas. 5. Referências.



1. O PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES

A pluralidade de critérios e concepções pessoais das quais o intérprete lança mão no momento da aplicação ou concretização do Direito revela uma notória indeterminação do

¹ Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil na Universidade Positivo e na Universidade Tuiuti do Paraná. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito Civil na UNICURITIBA. Estágio de doutoramento - pesquisadora Capes - na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. Membro do Virada de Copérnico grupo interinstitucional de pesquisa e estudo de Direito Civil. Membro do Conselho Editorial da Revista Cadernos da Escola de Direito da UNIBRASIL. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR. Advogada. thaïsgpv@uol.com.br

processo de tomada de decisões judiciais.

Por um lado, preconiza-se com cada vez maior frequência a necessidade de se desatrelar da literalidade do conjunto normativo, sugerindo-se que se ultrapassem os parâmetros eleitos literalmente pelo legislador com o objetivo de se desvendar, com o necessário dinamismo temporal, espacial e valorativo, o sentido e o alcance do Direito positivado. Em contrapartida, a aplicação do Direito baseada exclusiva ou precipuamente em uma análise principiológica certamente abre a oportunidade para decisões judiciais fundadas em alto grau de subjetividade, resumindo-se, assim, muitas vezes, a concretização do Direito por via da assunção de valores essencialmente pessoais do julgador.²

O método formalista está diretamente ligado a uma regra ou a um princípio que será aplicado pelo juiz para fundamentar a sua decisão, mas, que na maior parte dos casos, se demonstra insuficiente para a resolução do caso concreto.

Afastando-se de uma postura formalista, seria possível admitir que as mudanças são permanentes e que o juiz não tem como se dissociar da realidade social em que opera. Assim, o ordenamento jurídico não seria pleno e as lacunas deveriam ser preenchidas por meio de critérios próprios.³

Mas como então definir e delimitar o alcance dos referidos critérios?

Seria possível sustentar que ao aplicador do Direito incumbe não apenas o papel de integração do sistema por meio das cláusulas abertas, mas, sobretudo, a responsabilidade indissociável de auferir o impacto geral e especial que suas decisões podem produzir não apenas para o caso concreto, mas, também, para toda a sociedade. A partir dessas perspectivas, sustenta LORENZETTI a existência de uma

² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 170.

“Babel jurídica, na qual os conflitos não têm uma linguagem comum para sua resolução, e em que os debates se parecem com uma guerra de posições irredutíveis entre grupos que pensam que a única saída é ganhar ou perder”⁴.

O intérprete para o caso concreto passou a desempenhar um papel cada vez mais relevante. Ao juiz é reconhecido um papel de verdadeiro protagonista, na formação criativa da jurisprudência, fundado e fundamentando a própria doutrina.⁵

A partir dessas perspectivas, parece imprescindível verificar como uma análise verdadeiramente consequencialista das decisões judiciais pode contribuir não apenas para a revelação dos critérios utilizados pelos magistrados, mas, sobretudo, para a efetividade, razoabilidade e constitucionalidade da resposta jurisdicional aos conflitos concretos, delimitando-se as bases axiomáticas do raciocínio jurídico por meio de um processo de identificação de fontes e normas fundamentais.⁶

1.1 A INSUFICIÊNCIA DO MÉTODO DEDUTIVO

Comumente, o processo de justificação das decisões judiciais se dá por meio do método dedutivo. Inicialmente, identifica-se a norma a partir de um conjunto de premissas jurídicas válidas das quais se extrai um enunciado normativo geral. Em seguida, delimita-se o suporte fático que deverá ter sentido jurídico⁷ e, por fim, faz-se o juízo de qualificação,

⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p.33.

⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p.43.

⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p.44.

⁷ De acordo com Fernando NORONHA fatos antijurídicos “são os fatos que se colocam em contradição com o ordenamento, afetando negativamente quaisquer situações que eram juridicamente tuteladas. (...) A antijuridicidade, quer diga respeito a um fato humano, quer a um fato natural, é dado de natureza objetiva:

passando o juiz a analisar o suporte fático e sua correspondência com o elemento normativo solucionando a questão mediante dedução.⁸

Ocorre que, em que pese representar a fórmula mais tradicional de embasamento das decisões judiciais, o método puramente dedutivo demonstra-se insuficiente em razão da natural abertura e complexidade do sistema que, portanto, revela-se permeado de incoerências, tais como: i) a ambiguidade da norma, deixando o intérprete diante de uma zona de penumbra em que necessariamente deverá optar entre as várias alternativas de interpretação⁹; ii) a existência de cláusulas abertas que não se referem a nenhum elemento fático específico, dificultando a aplicação do método dedutivo; iii) a questão da justeza da lei, na medida em que um dos pressupostos da justiça formal é a neutralidade moral, isto é, ainda que a lei seja formalmente válida, mas materialmente

existe quando o fato (ação, omissão, fato natural) ofende direitos alheios de modo contrário ao ordenamento jurídico”. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, v. 1, 2 ed. re. e atual, São Paulo: Saraiva, 2007. p. 469.

⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 171.

⁹ Nesse sentido, de acordo com Maria Cândida do Amaral KROETZ e Thaís G. Pascoaloto VENTURI, a problemática em torno do Superior Tribunal de Justiça ao contornar o óbice da Súmula 7 (“a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”) quando se propõe a controlar o valor das indenizações por danos extrapatrimoniais fixados nas instâncias ordinárias, sem que com isso reexamine matéria fática e extrapole sua competência recursal. Assim, “estando assente o fato de que para o cabimento de recurso especial é indispensável a violação ao direito federal que constitua uma questão de direito, porque apenas as questões de direito estão sujeitas ao controle do STJ, torna-se indispensável delimitar o conteúdo entre questão de fato e questão de direito. (...) No entanto, a questão da adequação do valor das indenizações por danos extrapatrimoniais pelo STJ parece configurar tipicamente uma questão mista porque implica o exame do substrato fático para conformá-lo a um conceito jurídico muito fluido que é o valor da justa compensação para aquela hipótese em concreto”. O papel do Superior Tribunal de Justiça na revisão das indenizações por danos extrapatrimoniais. In: *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Eroulth Cortiano Junior, Jussara Maria Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin e Paulo Nalin (coord.) – Curitiba: Juruá, 2008, p. 71 e ss.

injusta, ela deveria ser aplicada.

Evidentemente que tais referidas incoerências e imperfeições técnicas não autorizam o magistrado a simplesmente afastar-se da aplicação da lei, mas, sim, afastar sua interpretação literal.¹⁰

1.2 O MÉTODO ARGUMENTATIVO

Em muitas situações, em razão da complexidade do caso, a tarefa do aplicador do Direito não pode restringir-se à subsunção do fato à norma, na medida em que se torna imprescindível um raciocínio argumentativo.

A teoria da argumentação, nessa medida, pode ser explicada a partir da tópica jurídica em que os argumentos são formulados a partir de princípios gerais e da jurisprudência que apresenta certo consenso nas soluções dos casos, mas sem a pretensão de que o consenso chegue a ser uma forma de legitimação das decisões judiciais.¹¹

A teoria da argumentação jurídica pode, ainda, estar vinculada ao discurso, em que se busca a adesão do auditório por meio de uma argumentação destinada a um setor específico (auditório particular) e uma argumentação destinada a um público universal (auditório universal), baseada em argumentos generalizantes.¹²

Os argumentos generalizáveis demonstram-se eficazes na medida em que se torna possível convencer a todos da legitimidade das razões utilizadas pelo operador do Direito, pois “é um modelo que permite que o juiz desenvolva as razões para uma decisão particular e as controle com referência na sua

¹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 175-176.

¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 176-177.

¹² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 176-177.

capacidade para convencer o auditório universal”¹³.

Para LORENZETTI, a adoção de uma posição intermediária entre o método dedutivo e o argumentativo seria o mais adequado, visto que prescindir de um deles redundaria no indevido e indesejado aumento do nível de incerteza das decisões judiciais.¹⁴

1.3 AS CLÁUSULAS GERAIS

Merece especial destaque a temática referente às cláusulas gerais, na medida em que passam a permitir ao intérprete uma necessária flexibilidade para encontrar a solução mais adequada para o caso em análise, admitindo-se mais de uma interpretação para determinada regra de conduta.

As cláusulas gerais, dentre outros efeitos, propiciam um intercâmbio entre os vários sistemas sociais existentes, permitindo a interpenetração do Direito com outros sistemas sociais.¹⁵

As discussões acerca da interpretação, aplicação e alcance das cláusulas gerais permeiam não apenas o direito privado contemporâneo, mas o ordenamento jurídico como um todo.

Como orienta TEPEDINO,

O legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e

¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p.177.

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 178.

¹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 173-174.

parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas.¹⁶

A concreção das cláusulas gerais é um dos grandes desafios a serem enfrentados pelos magistrados, aos quais incumbe prioritariamente a tarefa de lhes conferir “sentido e significado”. Caberá ao magistrado levar em conta a generalidade da norma e, concomitantemente, individualizá-la com base nas plurais circunstâncias envolvidas no caso concreto.¹⁷

Ressalta-se, nesse passo, que não se trata apenas de uma multiplicidade de decisões possíveis a partir da interpretação do magistrado, como destaca MIRAGEM: “A atuação do juiz não se dá como mero ato de autoridade, mas a argumentação e convencimento quanto ao conteúdo e intensidade da sua intervenção na relação jurídica das partes”¹⁸.

O comprometimento da segurança jurídica, derivado do alto grau de incerteza e de liberdade conferidas ao intérprete e aplicador do Direito, é uma das principais críticas formuladas contra a adoção e aplicação das cláusulas gerais. A prerrogativa de dar significados aos elementos do caso concreto, em contraposição ao tradicional método dedutivo, traria insegurança jurídica ao sistema em razão de uma “suposta imprevisibilidade”¹⁹.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002, in: Gustavo Tepedino (Org.), *A parte geral do novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 18-19.

¹⁷ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais, in Claudia Lima Marques (coord.), *A nova crise do contrato – Estudos sobre a nova teoria contratual*, São Paulo: RT, 2007, p. 187.

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais, cit., p. 188.

¹⁹ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização

Rebatendo referida crítica, pode-se sustentar que o dever de fundamentação por parte dos magistrados, aliado à própria forma de ser do sistema recursal (que sujeita as decisões à eventual revisão pelas instâncias superiores), representariam um modo de controle da utilização das cláusulas gerais.

Como explica MIRAGEM,

A leitura do princípio da segurança jurídica, supostamente comprometido na visão dos críticos da utilização das cláusulas gerais, não pode ser feita apenas em vista da ideia de previsibilidade do resultado de aplicação da lei. Sem desconsiderar a importância de que a atuação do juiz seja previsível (e o será também por intermédio do sistema de recursos, dos esforços da doutrina, da formação de entendimentos uniformes), há também de se considerar como incorporado ao princípio da confiança, que a decisão judicial efetiva (uma decisão justa) e que não permita resguarda-se em aspectos jurídico-formais ou mesmo na malícia de quem viola o direito alheio, a existência de decisões que, a par de não dar razão a quem, por regras de experiência de vida se reconhece ter razão, compromete a confiança no sistema, na efetividade da lei e do Poder Judiciário.²⁰

As cláusulas normativas gerais propiciam a todo o sistema (e, prioritariamente, ao juiz) a possibilidade de um abrandamento ou da necessária flexibilização do método dedutivo-formalista, ao conferir ao intérprete a chance de amoldar e justificar legitimamente o seu julgamento com base nas inerências do caso concreto.

A partir disso, o questionamento passa a ser acerca dos

das cláusulas gerais, cit., p. 192.

²⁰ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais, cit., p. 193.

efeitos das cláusulas gerais, especificamente no que tange ao seu alcance e eficácia, não no sentido de generalização de sua aplicação, mas, sim, na medida em que isoladamente o magistrado passa a ter a prerrogativa de utilizá-la para a obtenção de uma decisão justa.

Nesse sentido, para auferir o grau de vinculação que os julgamentos guardariam com o sistema normativo, poder-se-ia pensar em dois desdobramentos: primeiramente, na responsabilidade do magistrado ao julgar, já que este possuiu ao seu dispor determinadas cláusulas abertas; em segundo lugar, na avaliação do(s) impacto(s) da decisão não apenas entre as partes, mas para além delas.

2. Verificação dos fundamentos das decisões judiciais

Na verificação dos fundamentos e da legitimidade da decisão judicial, sustenta LORENZETTI a necessidade da análise da sua *consistência* (que implicaria um “olhar para trás”), de sua *coerência* (consubstanciado em um “olhar para cima”) e de suas *consequências* (pautado em um “olhar para frente”).²¹

A primeira verificação, a respeito da consistência do julgamento, estaria baseada essencialmente na aplicação das regras jurídicas, com vistas a proporcionar igualdade aos casos análogos e segurança jurídica ao trazer estabilidade ao Direito. Para LORENZETTI, em última análise, a consistência estaria pautada nos “precedentes judiciais que estabeleceram regras jurídicas para os casos com elementos de fato similares”.²²

Assim, os precedentes proporcionariam às partes a crença de igualdade perante a lei, na medida em que para os casos semelhantes a solução deveria ser a mesma, isto é, o sistema

²¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 160-161.

²² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 161.

seria previsível nessas hipóteses. Ressalta-se que se o intérprete operador optar pelo afastamento do respectivo precedente, caberia a ele o ônus de “argumentação justificativa de mudança”. Caso contrário, correria o risco de sua sentença ser considerada arbitrária.²³

A segunda verificação, a respeito da coerência das decisões, preocupar-se-ia com a harmonização das regras, buscando uma maior satisfação possível, na medida em que há uma pluralidade de fontes na atualidade, sendo as regras gerais que estabelecem os padrões de coerência ao sistema jurídico.

Para LORENZETTI “deve ser realizado um ‘diálogo das fontes’, o que implica numa árdua tarefa do interprete que tem de ‘harmonizar’ as leis, os costumes, a Constituição, os tratados”.²⁴

É importante destacar a dificuldade em se realizar essa interpretação harmônica em determinado caso concreto, buscando não apenas as ferramentas existentes, mas as apropriadas para um juízo de ponderação efetivo.

Por fim, a terceira verificação necessária diz respeito ao *paradigma consequencialista* propriamente dito.²⁵

A análise consequencialista tem por escopo as consequências jurídicas ou econômico-sociais que uma determinada decisão pode produzir no futuro. “É dizer que deve ser estudado claramente o tipo de regra de conduta que se está criando pela decisão, e como será observado pelos cidadãos no futuro”.²⁶

Trata-se, em resumo, de uma análise ao mesmo tempo particular e geral a respeito dos efeitos produzidos (efetiva ou

²³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 164.

²⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 211.

²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 160-161.

²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 186.

potencialmente) por uma determinada decisão, com eventual repercussão sobre toda a sociedade, ainda que de forma mediata, e não apenas em relação às partes envolvidas no caso. Sendo assim “a decisão adotada é um incentivo para as futuras condutas das partes não envolvidas no pleito”.²⁷

Com efeito, a análise consequencialista exerce uma nítida função de controle quanto à justeza e o impacto econômico-social provocado por determinada decisão.

Nesse contexto, torna-se necessário o exame de alguns fundamentos da análise econômica do direito, como instrumental teórico apto ao estudo da análise consequencialista das decisões judiciais.

3. BREVES DELINEAMENTOS ACERCA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A análise econômica dos institutos jurídicos leva em conta, fundamentalmente, a ideia segundo a qual os sujeitos podem ser estimulados ou desestimulados, por meio das normas jurídicas, a praticarem condutas que sejam socialmente desejáveis ou indesejáveis, respectivamente.

De igual forma, os efeitos de uma decisão judicial podem servir como incentivos ou desincentivos para a regência da conduta humana.²⁸

Assim, tomando como pressuposto as relações de causalidade, a metodologia econômica passa a avaliar o impacto social produzido por uma determinada norma jurídica ou decisão judicial em um contexto geral, mas sem desconsiderar eventos externos que possam influenciar na situação fático-normativa.

²⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 162.

²⁸ ARAÚJO, Fernando. *Análise econômica do direito: programa e guia de estudo*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 22 e ss. E, ainda, acerca do tema, a obra do referido autor: *Teoria Econômica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2007.

A partir dessa análise torna-se possível avaliar a efetividade da referida norma ou decisão, com o intuito de orientar não somente a dogmática jurídica, mas também a fixação de critérios para uma política legislativa eficiente.²⁹

Nada obstante, se um dos pressupostos essenciais sobre os quais se funda a Análise Econômica do Direito liga-se ao princípio da eficiência, não se podem desconsiderar outros pressupostos, que envolvem a própria racionalidade econômica, sob pena de enquadrar o tema a um reducionismo teórico.

Do mesmo modo, não se pretende enquadrar as relações jurídicas a uma análise puramente econômica, com o intuito de filtrar as normas jurídicas ou as decisões judiciais mediante um critério puramente de eficiência, tornando-se imprescindível delimitar-se até que ponto será possível sustentar um raciocínio jurídico embasado em um instrumental teórico da economia, uma vez que a prestação jurisdicional é fundamentada em inúmeros outros valores.

Nesse sentido, torna-se necessário apresentar algumas “distorções hermenêuticas” utilizadas para criticar essa escola, tais como: a) *a interpretação liberal*: “identificar a análise econômica com a interpretação liberal da economia, que sustenta que o direito tem uma importância menor, de facilitação e não regulatória; que a desregulação é necessária a fim de se superar a rigidez, e que só o mercado tem aptidão para atribuir bens e direitos”; b) *a interpretação absurda*: “a ideia de que a análise econômica é sinônima da diminuição dos custos”; c) *a interpretação interessada e a propagandística*: “as simplificações dogmáticas não são boas nem sérias, e descuidam da complexidade que expõe a aplicação de modelos em realidades distintas”; d) *a interpretação messiânica*: “deve-se lograr a justiça e combater o mercado, sem dizer como seria

²⁹ ARAÚJO, Fernando. *Análise econômica do direito: programa e guia de estudo*, cit., p. 31-34.

alcançado este propósito. A afirmação de objetivos com despreocupação do estudo dos meios para alcançá-los nos leva a um direito declarativo, sem aplicação real, com grandes prejuízos para os “débeis” do mundo social”.³⁰

Não obstante os fundamentos da Análise Econômica do Direito constituírem um instrumental teórico capaz de implementar o estudo das consequências, não se pode desconsiderar a imposição de limites³¹ para a aplicabilidade da referida teoria, tais como: a delimitação da teoria da escolha racional que deverá ser complementada, visto que “os homens podem atuar com menos previsão do que aquela que o modelo do homem racional considera. É isso justamente o que mostra o modelo de Coase: o vazio de racionalidade do mundo real”.³² Assim, a racionalidade da ação humana não seria um axioma inquestionável.³³

Um segundo aspecto limitativo dos fundamentos da

³⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p.187-189.

³¹ Acerca das críticas formuladas à Análise Econômica do Direito, consultar Fernando ARAÚJO. *Análise econômica do direito: programa e guia de estudo*, cit., p. 27-31.

³² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 206.

³³ Com precisão Fernando ARAÚJO esclarece que a Análise Econômica do Direito tem como corolário a teoria comportamentalista (Behavioral theory) centrada na Teoria da Escolha Racional baseada “na convicção de que a conduta humana tende para a maximização racional dos fins”. Adverte o autor acerca de uma concepção nominalista da referida teoria que exclui as atitudes solidárias e altruístas, mas, em contrapartida, explica: “A Análise Econômica do Direito, convocada pelas necessidades de adensamento referencial, tem evoluído na incorporação (sem hesitações, refira-se) das referências do psicologismo, nomeadamente da racionalidade limitada e da necessidade de heurística (a necessidade de explicitação dos processos através dos quais a informação em bruto é distribuída e classificada), dadas as implicações cognitivas de factores como a complexidade e a ambiguidade, compaginando afinal as suas próprias teses com a crescente constatação empírica (mormente experimental) dos vieses cognitivos e dos erros sistêmicos.” Afirma, ainda, acerca da “pressão no sentido de se reverem conceitos basilares como o de <<razoabilidade>> ou de <<diligência>> com fundas implicações em áreas como a da responsabilidade civil ou a do direito processual (...)”, *Análise econômica do direito: programa e guia de estudo*, cit., p. 23-27.

análise econômica refere-se à despreocupação com a ação coletiva, em que determinadas regras que são pertinentes a ação individual são incompatíveis com uma concepção coletiva.³⁴

Diante de um panorama descrito por LORENZETTI como a “era da desordem”, caracterizada pela abertura do sistema, por uma pluralidade de fontes, pelo número crescente de conceitos indeterminados que redundam em uma variedade de critérios de julgamentos, o papel do intérprete passa ser o de “reconstruir o direito do caso mediante um processo de seleção de leis, costumes, ordenanças, normas constitucionais, princípios, valores”.³⁵

A preocupação com o processo de tomada de decisões e com a efetividade das respostas jurisdicionais torna premente a busca por novos paradigmas que se prestem a fundamentar idoneamente e dar novos contornos aos institutos jurídicos, ainda que essa busca por novas formas de tutela nas relações privadas venha a se valer de elementos que transcendem a órbita jurídica, mediante concepções metajurídicas.

4. ESTUDO DE CASO - O PARADIGMA CONSEQUENCIALISTA NA TOMADA DAS DECISÕES JUDICIAIS: APLICABILIDADE E LIMITES NO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Não é difícil perceber que toda decisão judicial envolve, em maior ou menor grau, a depender da espécie de conflito levado à resolução estatal, escolhas que afetam não apenas as partes formalmente envolvidas no conflito (se referente a direitos puramente individuais), mas, por vezes, parcela

³⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 204-298.

³⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 359.

expressiva da coletividade ou toda ela (hipótese comum às ações coletivas de tutela de direitos coletivos e difusos).

Assim, v.g., seja em sede de ação de cobrança de alugueres atrasados (com discussão sobre a penhorabilidade do bem de família do fiador), seja em ação civil pública pela qual se discuta a responsabilidade civil por poluição ambiental, as consequências sociais, econômicas e políticas das decisões certamente ou muito provavelmente transcenderão o interesse das partes formalmente presentes em juízo.

Em qualquer dessas hipóteses, a análise econômica do Direito ocupa função cada vez mais frequente e necessária, sobretudo no que diz respeito ao auxílio da tomada das decisões judiciais, sobretudo quando se considera a própria forma de ser das relações intersubjetivas da sociedade do século XXI, essencialmente interligadas, quando menos, por todos serem considerados real ou virtualmente “consumidores” de algo e, portanto, dependentes – direta ou indiretamente, mediata ou imediatamente -, do que se passa com a vida do outro.

Na verdade, é possível afirmar que a análise jurisdicional pautada e ponderada entre as contraditórias aspirações do *homem racional* cotejadas àquelas do *homem razoável*, por via dos diversos paradigmas descritos por Lorenzetti³⁶, não apenas é tolerada como foi inclusive incentivada, seja pelo legislador constitucional como pelo legislador infraconstitucional, na medida em que passou a, gradativamente, utilizar fórmulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados quando da previsão do exercício dos direitos.

De fato, e só para se ilustrar tal afirmação, o constituinte brasileiro de 1988 não se utilizou gratuitamente de referidas

³⁶ Conforme a análise de LORENZETTI, as decisões judiciais fundam-se em seis grandes paradigmas: o de acesso aos bens jurídicos primários, o protetivo, o coletivo, o consequencialista, o do Estado Constitucional e o ambiental, *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 227-353.

fórmulas para garantir o direito de propriedade³⁷ (“função social da propriedade” - art. 5º, XXIII e art. 170, III) e ao bem-estar social (“existência digna” e “bem estar e justiça social” - art. 170, *caput* e art. 193). Da mesma forma, o legislador responsável pela edição do Código Civil de 2002 não consagrou inutilmente a função social do contrato (art. 421), a boa-fé objetiva (arts. 113, 187 e 422), a onerosidade excessiva (art. 478) e os bons costumes (arts. 13, 122 e 187), por via de conceitos abertos.

Perceba-se que a perspectiva da qual parte o “novo legislador” deriva da queda da ilusão e da utopia da existência de um sistema jurídico absolutamente lógico e fechado, dentro do qual seria sempre possível previrem-se soluções gerais e ótimas, independentemente de uma análise empírica lastreada por valorações necessariamente dinâmicas a respeito da consagração e do exercício dos direitos.

Mais. Dentro de uma concepção pós-positivista e de Estado Constitucional Social Democrático de Direito (como pretende ser o brasileiro), parte-se da premissa de que não incumbe tão somente ao jurista a “revelação das palavras da lei”, mas, antes, “a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como conformação da lei”³⁸.

A partir de então, abre-se espaço para uma análise judicial que deve se pautar em parâmetros consequencialistas e, por seguimento, econômicos, no intuito de ponderar a melhor escolha decisória oportunizada por uma multiplicidade de

³⁷ Sobre o tema consultar Eroulths CORTIANO JUNIOR., *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

³⁸ Segundo Luiz Guilherme MARINONI, “essa transformação da ciência jurídica, ao dar ao jurista uma tarefa de construção – e não mais de simples revelação –, confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade”. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: RT, 2007, p. 46.

alternativas derivadas da abertura do sistema jurídico.

Dentre os inúmeros casos de aplicação do raciocínio econômico-consequencialista pelo Poder Judiciário, talvez os mais evidentes estejam relacionados com a chamada “judicialização das políticas públicas”, ou melhor, as possibilidades e os limites do controle jurisdicional a respeito da implementação e da asseguaração dos mais diversos direitos fundamentais essenciais.

A temática das políticas públicas (inerentes à saúde, segurança, educação e bem-estar social) constitui assunto extremamente relevante e complexo, de enorme repercussão, sobretudo no âmbito de ordenamentos jurídicos que, a exemplo do brasileiro, prevêm expressamente o dever de o Estado garantir, com eficiência, universalidade e igualdade, todas as condições para viabilizar um “mínimo existencial” aos cidadãos³⁹.

Precisamente em tal rico debate é possível identificar, com bastante clareza, os paradigmas que acabam permeando não só a discussão científica, mas, acima de tudo, o fundamento das próprias decisões judiciais.

Neste particular, o plenário do Supremo Tribunal Federal, instado a decidir pedidos de suspensão de eficácia de provimentos liminares⁴⁰ que ordenavam ao Poder Público as mais diversas prestações necessárias à preservação da vida e da saúde perseguidas em ações individuais e coletivas (tais como o fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas em UTIs e leitos

³⁹ Saliente-se, neste particular, que a Constituição Federal brasileira não apenas prevê expressamente a existência e o conteúdo dos direitos fundamentais individuais e sociais (artigos 5º e 6º, respectivamente), como determina que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e direta (art. 5º, §1º).

Acerca do assunto consultar a obra de Luiz Edson FACHIN. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴⁰ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*, 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

hospitais, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamentos médicos fora do domicílio, inclusive no exterior),⁴¹ teve a oportunidade de analisar, preliminarmente, justamente a própria viabilidade constitucional de o Poder Judiciário imiscuir-se no controle de políticas públicas envolvendo o sistema de saúde pública.

Objetivando o julgamento de tais casos, o Supremo Tribunal Federal promoveu, inclusive, audiência pública na qual foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, no intuito de se obter informações de toda ordem (sobretudo médicas, administrativas e econômico-financeiras).

Com base nos dados colhidos, a Suprema Corte nacional acabou ponderando a respeito das consequências globais da destinação de recursos públicos para beneficiar apenas os indivíduos autores das ações judiciais.⁴²

Nos casos avaliados, decidiu-se por manter a eficácia mandamental dos provimentos que ordenavam prestações por

⁴¹ Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nºs 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança nºs 2361, 2944, 3345 e 3355.

⁴² Destacam-se do voto do relator de referidos pedidos de suspensão, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, as seguintes passagens: “Se por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício da efetiva cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias (...). Nesse aspecto, não surpreende o fato de que a problemática dos direitos sociais tenha sido deslocada, em grande parte, para as teorias da justiça, as teorias da argumentação e as teorias econômicas do direito (...). Assim, a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso” (STA 175 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076, div. 29-04-2010, pub. 30.4.2010).

parte do Poder Público na área da saúde, uma vez não demonstrados suficientemente a “grave lesão à ordem, saúde, segurança ou economia pública”, justamente o fundamento da irresignação do Poder Público⁴³.

É possível observar, a partir dos fundamentos da decisão ora comentada, claramente o contraste entre os paradigmas protetivo e consequencialista, a demonstrar, a um só tempo, não só a relevância como também os limites da análise econômica do Direito.

De fato, a se tomar em consideração tão somente a racionalidade econômica, nenhum ou pouco sentido haveria no dispêndio de vultosos recursos econômicos para fazer frente às necessidades de proteção à saúde e à vida de um ou de poucos indivíduos, sobretudo em um contexto de presumida ou presumível escassez de recursos públicos a suscitar a aplicação da chamada “reserva do possível”.⁴⁴

Como analisa BARROSO em notável artigo sobre a judicialização de políticas públicas,

⁴³ Nesse sentido, esclarece Elton VENTURI: “O fundamento referente à grave lesão da ordem pública, dentre os expressamente mencionados, induz conceito profundamente indeterminado, motivo pelo qual, talvez, seja genérica e constantemente empregado nas pretensões de sustação de decisões contrárias ao Poder Público”. E, continua: “para a compreensão do significado, extensão e profundidade da expressão ordem pública: legitimamente, o que se busca tutelar o regime jurídico dos pedidos de suspensão é a chamada ordem pública administrativa, vale dizer, a ordinária prestação das essenciais atividades estatais constitucional e legalmente estabelecidas”. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*, cit., p.138-140.

⁴⁴ Conforme sintetiza Rogério Gesta LEAL, “No momento em que a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art.196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, não há como negar que tal dever é relacional e condicionado à garantia de acesso universal e igualitário (a todos) das ações consecutórias nesta direção. Isso significa, salvo melhor juízo, que qualquer política pública, ou ação preventiva e curativa, necessitam levar em conta a demanda global que envolve tais interesses, sob pena de atender uns e desatender muitos”, *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*, Brasília: ENFAM, 2010, p. 250.

No contexto da *análise econômica do direito*, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico de construção de redes de água potável.⁴⁵

Todavia, quando o Poder Judiciário se defronta com pedidos de controle da *execução* de políticas públicas de garantia de direitos subjetivos individuais fundamentais, referida racionalidade econômica, senão afastada, é evidentemente contrastada pela lógica da razoabilidade, a envolver necessária ponderação, caso a caso, por via da aplicação do critério de proporcionalidade.⁴⁶

Isto porque, como bem salienta LORENZETTI,

Não postulamos uma homologação das leis econômicas por parte do direito. O homem não tem só uma dimensão de largura, que é quantificável; também há uma dimensão de profundidade, que é irreduzível a fixações exatas; o campo do normativo é especialmente este último aspecto. O direito tem

⁴⁵ BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, in: *Revista Interesse Público*, nº 46, p. 31-62, 2007, acessível pelo endereço

eletrônico: <http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/profissionais/advogados/roberto> .

⁴⁶ O princípio da proporcionalidade, segundo Roberto ALEXY, envolve uma avaliação discricionária, por parte do interprete, que deve sopesar a adequação, a necessidade, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito dos interesses fundamentais em jogo, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 584-610.

E, ainda, como afirma LORENZETTI: “A análise econômica se apresenta ao direito como um sistema de incentivos a um homem que responde segunda a conquista do seu próprio interesse. Este tem base no condutivismo psicológico, que estuda profundamente esse aspecto da personalidade, mas há muitas outras motivações distintas do egoísmo, como o altruísmo, a solidariedade, que escapam desse esquema”, *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit. p. 205.

aspirações, postula um dever ser, e por isso se vale da lógica deôntica, que não é comum em outras ciências descritivas. Por essa razão, interagem os modelos do homem racional e do homem razoável, corrigindo-se mutuamente e expressando os âmbitos das leis baseadas no quantitativo e o direito.⁴⁷

Assim, se por um lado o *paradigma consequencialista* poderia implicar a negativa de atendimento a pleitos individuais, por suposto comprometimento do atendimento ao sistema geral de saúde pública, pois o seu núcleo estruturante é “a análise das consequências públicas das ações privadas”, o *paradigma protetivo*, ao contrário, impor a prestação da tutela individual, no intuito de garantir a proteção da pessoa que é seu princípio estruturante, priorizando os resultados imediatos, às custas, muitas vezes, da isonomia que se espera derivar da salvaguarda do interesse de todos em âmbito universal.⁴⁸



5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Fernando. *Análise Económica do Direito: programa e guia de estudo*. Coimbra: Almedina, 2008

_____. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra:

⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 206.

⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 251-305.

- Almedina, 2007.
- BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Revista Interesse Público*, nº 46, p. 31-62, 2007. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/profissionais/advogados/roberto>. Acessado em janeiro de 2012.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KROETZ, Maria Cândida do Amaral e VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O papel do Superior Tribunal de Justiça na revisão das indenizações por danos extrapatrimoniais. In: *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. Eroulths Cortiano Junior, Jussara Maria Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin e Paulo Nalin (coord.) – Curitiba: Juruá, 2008.
- LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2007.
- MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *A nova crise do contrato – Estudos sobre a nova teoria*

contratual. São Paulo: RT, 2007.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. V. 1. 2 ed. Re. E atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.