

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO**

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA CRISTINA ZAINAGHI

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Lorena de Melo Freitas; Maria Cristina Zainaghi– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-556-

0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração.
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade Federal do Maranhão -
UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
[www.portais.ufma.br/PortalUfma/
index.jsf](http://www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf)

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Este conteúdo resulta de artigos apresentados no XXVI Congresso Nacional do Conpedi São Luís – MA realizado em São Luiz, Maranhão, nos dias 15 a 17 de novembro de 2017, no Grupo de Trabalho denominado de TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO I, tema proposto em 2014.2 pela então Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, hoje coordenadora deste grupo.

Assim foram apresentados e debatidos 9 artigos sobre temas variados com relevância ao ativismo judicial, bem como temas autorais sobre ideias de Luhmann e Austin.

No primeiro artigo A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E OS CASOS DIFÍCEIS, as autoras trataram de discorrer sobre a história das inúmeras teorias que se propuseram a estabelecer parâmetros para a atuação do magistrado frente aos casos difíceis, considerando as diferentes maneiras de se aplicar e entender o Direito.

Na sequência os autores no artigo ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DO USO MEDICINAL DO CANABIDIOL NO BRASIL, buscaram a reflexão do ativismo judicial e a judicialização da saúde no Brasil, especificamente, a utilização medicinal do Canabidiol no Brasil na perspectiva da Análise Econômica do Direito.

O artigo seguinte ATIVISMO JUDICIAL: UMA LEGITIMIDADE NECESSÁRIA OU UMA NECESSIDADE LEGÍTIMA?, a autora buscou analisar a legitimidade do ativismo pautado em um Estado de Direito pautado na teoria da separação dos poderes.

A luz da separação dos poderes a autora de O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS INTERFERÊNCIAS NO PODER LEGISLATIVO avaliou o ativismo da Corte Suprema. Ao final, constata-se que as ingerências do STF no âmbito dos demais poderes estão calcadas no objetivo precípua de proteção da ordem constitucional.

O ativismo pautou o artigo A CRISE DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O “MIDIATISMO” DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DOS RISCOS DEMOCRÁTICOS DE UM “SUPERPODER”, onde os autores buscaram indagar sobre a

legitimidade e a eficácia do ativismo judicial no Brasil e a influência do poder da mídia nas decisões da Suprema Corte.

No artigo A REVISÃO JUDICIAL REALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DOS ELEMENTOS MÍNIMOS NECESSÁRIOS PARA FUNDAMENTAR A DECISÃO JUDICIAL ESTABELECIDOS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015, o autor buscou analisar a revisão judicial realizada pelo Supremo Tribunal Federal do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil 2015.

Mudando um pouco o grupo debateu sobre PRECONCEITO E DECISÃO JUDICIAL - UMA INVESTIGAÇÃO HERMENÊUTICA SOBRE A POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS, onde os autores buscaram analisar a política de combate às drogas no Brasil a partir de uma abordagem hermenêutica.

Mudamos um pouco os debates quando tratamos do realismo jurídico no artigo INDICADORES SOCIAIS COMO COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA: UMA LEITURA A PARTIR DE NIKLAS LUHMANN, onde se busca a relação dos indicadores sociais e a teoria dos sistemas sociais.

E finalizando vimos OS PROBLEMAS DA COERÇÃO E DO SOBERANO NO IMPERATIVISMO DE JOHN AUSTIN: UMA ANÁLISE COM BASE NAS CRÍTICAS FEITAS POR HERBERT HART, onde o autor busca demonstrar que o imperativismo de John Austin é uma teoria que deve ser rejeitada.

Esta apresentação conclui assim uma breve síntese dos artigos ao tempo que convida o leitor a desfrutar dos textos e reflexões que eles podem provocar.

Boa leitura!

Profa. Dra. Lorena de Melo Freitas - PNPd/UNIPÊ

Profa. Dra. Maria Cristina Zainaghi - UNINOVE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DO USO MEDICINAL DO CANABIDIOL NO BRASIL

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: JUDICIAL ACTIVISM AND THE JUDICIALIZATION OF THE MEDICINAL USE OF CANABIDIOL IN BRAZIL

**Ellen do Socorro de Lima Barbosa
Bernardo Mendonça Nobrega**

Resumo

O objetivo do presente artigo refletir o Ativismo Judicial e a judicialização da saúde no Brasil, especificamente, a utilização medicinal do Canabidiol no Brasil na perspectiva da Análise Econômica do Direito. Este trabalho de pesquisa, realizou-se pelo método hipotético-dedutivo, utilizando-se de fontes bibliográfica e documental, objetiva a análise do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, com o intuito de verificar as possibilidades e os limites de sua prática a judicialização para o uso medicinal do Canabidiol no Brasil na perspectiva da Análise Econômica do Direito.

Palavras-chave: Teoria do direito, Ativismo judicial, Judicialização da saúde, Canadibiol, Análise econômica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this article is to reflect Judicial Activism and a judicialization of health in Brazil, specifically a medicinal use of Canabidiol in Brazil in the perspective of Economic Analysis of Law. This research work was carried out by the hypothetical-deductive method, using bibliographical and documentary sources, aiming at the analysis of judicial activism in the Federal Supreme Court, with the purpose of verifying possibilities and limits of its practice the judicialization for the use Of Canabidiol in Brazil from the perspective of the Economic Analysis of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of law, Judicial activism, Judicialization of health, Canadibiol, Economic analysis of law

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da Análise Econômica do Direito ou “*Law and Economics*”, preconizada pelo pensamento de Richard Posner entre outros autores. De uma maneira geral, é possível verificar que é um tema com grandes controvérsias, que vem despertando discussões entre seus defensores e os que a repudiam com veemência, porém, deve-se ressaltar que a Análise Econômica do Direito é área emergente do direito, ao abordar a Economia aplicada ao Direito, possibilitando que as questões jurídicas alcancem uma maior efetividade, maximização de riqueza e a mais eficiente alocação dos recursos escassos.

Ressalte-se que o pensamento de Posner busca demonstrar que os problemas da sociedade não podem ser resolvidos com base exclusivamente no direito, mas a partir de ferramentas encontradas em outras esferas de estudo.

Filho (2007, p. 5), afirma que “[...] a Análise Econômica do Direito, está centrada em três alicerces: na maximização racional da própria satisfação pessoal; as normas legais são preços; e o direito deve ser avaliado sob a perspectiva da eficiência.”

Não se pode negar que à vida é o bem mais valioso e importante de todo e qualquer ser humano. Dessa maneira, torna-se necessário que todo cidadão tenha acesso irrestrito à saúde, como um dos maiores preceitos para que o mesmo possa usufruir de uma melhor qualidade de vida.

A Constituição Federal traz no caput do seu art. 5º, garante a todos os brasileiros e estrangeiros, sem distinção de qualquer natureza, à inviolabilidade do direito à vida, sendo este direito primário, garantindo-se a essência dos demais direitos e princípios constitucionais. De outra banda, a Constituição consagra, no seu art.1º, inc. III, à dignidade da pessoa humana como princípio basilar e, como fundamento do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988).

Porém, verifica-se que ficou só no papel esses direitos, já, que a realidade das atividades no âmbito da saúde pública é completamente diferente, quando se analisa os princípios basilares da universalidade, integralidade e igualdade pautados na Constituição Federal de 1988. No entanto, uma realidade discrepante pode ser observada quando se analisa o papel que o Estado assumiu na prestação de auxílio à saúde, pois, o cidadão vem provocando o judiciário para ter seus direitos respeitados.

Sobre essa questão cita-se o entendimento de Ribas (2013), ao afirmar que uma vez positivados os direitos fundamentais, caberá o todos os poderes – Executivo, Legislativo e

Judiciário – efetivar, a princípio, o mínimo existencial, dentro de suas respectivas funções, para que os preceitos constitucionais tenham eficácia prática e concreta.

Por outro lado, ocorre, entretanto, que, devido à negligência por parte do Executivo, do Legislativo e, por vezes, da própria Administração Pública, a intervenção do Poder Judiciário em matérias fora de sua competência tem sido de extrema relevância para assegurar a aplicação dos direitos fundamentais. A essa atuação do Judiciário ao fazer cumprir o que está disposto na Constituição Federal que se dá o nome de Ativismo Judicial.

Nessa perspectiva, utilizou-se a interpretação da judicialização da saúde no Brasil, especificamente, a utilização medicinal do Canabidiol no Brasil.

Dessa maneira, o objetivo do presente artigo refletir o Ativismo Judicial e a judicialização da saúde no Brasil, especificamente, a utilização medicinal do Canabidiol no Brasil na perspectiva da Análise Econômica do Direito.

Para consecução do objetivo geral foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: a) Caracterizar o que é Análise Econômica do Direito; b) abordar a judicialização da saúde no Brasil; c) Analisar a judicialização para o uso medicinal do Canabidiol no Brasil na perspectiva da Análise Econômica do Direito.

A justificativa da escolha do tema se dá pelo aspecto interdisciplinar da Análise Econômica do Direito e pelo entendimento que a falta de eficiência legislativa no Brasil é uma das grandes razões do ativismo judicial, evento este que impele o Judiciário a dar uma resposta às demandas das pessoas, que, por sua vez, têm o seu direito burlado, principalmente, em se tratando das questões da saúde.

Ressalte-se que o foco central da pesquisa é a Análise Econômica do Direito, sendo que a adoção do Ativismo Judicial relacionado com o uso medicinal do Canabidiol no Brasil foi uma forma de explicitar um tema tão recorrente no Brasil.

Este trabalho de pesquisa, realizou-se pelo método hipotético-dedutivo, utilizando-se de fontes bibliográfica e documental, objetiva a análise do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, com o intuito de verificar as possibilidades e os limites de sua prática a judicialização para o uso medicinal do Canabidiol no Brasil na perspectiva da Análise Econômica do Direito.

1 BREVES NOÇÕES SOBRE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Ribeiro (2014), ensina que a *Law and Economics* foi inserida no estudo do Direito no final da década de sessenta do século XX por sua racionalidade econômica, (apesar de sua

concepção ter se iniciado ainda no século XVII, com Jeremy Bentham e Adam Smith), apresentando assim grande capacidade metodológica para a análise jurídica, propiciando um método seguro de avaliação das diversas situações, evitando a volatilidade da política e da aleatoriedade na escolha de critérios de justiça.

No mesmo, sentido, Roemer (1994), afirma que o ponto histórico demarcado como de intersecção inicial entre Direito e Economia, considerado como gênese do movimento, que mais tarde seria denominado *Law and Economics*, remonta ao século XVIII e se subdivide em dois ramos principais. O primeiro estaria ligado aos estudos de Adam Smith, que abordava sobre os efeitos econômicos da legislação mercantilista. O segundo ramo estaria ligado ao trabalho de Jeremy Bentham, de geração posterior a de Smith, que fazia referência à análise econômica das leis que regulavam o comportamento de atividades de mercado, tais como delitos, acidentes, responsabilidade civil, matrimônio, contaminação e processos jurídicos e políticos, entre outras.

No entender de Posner (2014), a Economia é um instrumento que permite uma avaliação crítica do Direito, pois que ela fornece o rigor analítico necessário para o estudo e para a implementação do corpo de princípios, regras e normas que constituem o sistema jurídico. Continuando sua abordagem Posner, a Análise Econômica do Direito pode estudada sob dois aspectos, o positivo ou descritivo ou o aspecto normativo ou prescritivo.

Há também de se citar os ensinamentos sobre Rubin (2013) ao abordar a questão da *Law and Economics*:

[...] Law and economics,” also known as the economic analysis of law, differs from other forms of legal analysis in two main ways. First, the theoretical analysis focuses on efficiency. In simple terms, a legal situation is said to be efficient if a right is given to the party who would be willing to pay the most for it. There are two distinct theories of legal efficiency, and law and economics scholars support arguments based on both. The positive theory of legal efficiency states that the common law (judge-made law, the main body of law in England and its former colonies, including the United States) is efficient, while the normative theory is that the law should be efficient. It is important that the two theories remain separate. Most economists accept both.¹

¹ Tradução livre: [...] também conhecido como a análise econômica da lei, difere de outras formas de análise jurídica de duas maneiras principais. Primeiro, a análise teórica centra-se na eficiência. Em termos simples, uma situação legal é dita ser eficiente se um direito for dado à parte que estaria disposta a pagar o máximo por isso. Existem duas teorias distintas de eficiência legal, e os estudiosos de direito e economia avaliam argumentos baseados em ambos. A teoria positiva da eficiência legal afirma que o direito comum (lei feita pelos juízes, o principal corpo jurídico da Inglaterra e suas antigas colônias, incluindo os Estados Unidos) é eficiente, enquanto a teoria normativa é que a lei deve ser eficiente. É importante que as duas teorias permaneçam separadas. A maioria dos economistas aceita ambos.

Análise Econômica do Direito, para a *Law and Economics*, está centrada em três alicerces: na maximização racional da própria satisfação pessoal; as normas legais são preços; e o direito deve ser avaliado sob a perspectiva da eficiência (FILHO, 2007, p: 05).

Para Benacchio (2012), a Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics* é uma forma de compreender o pensamento jurídico por meio da aplicação da teoria econômica para o exame da formação, estrutura e impacto econômico causado pelo Direito, aplicado sob o enfoque da eficiência econômica.

Nessa perspectiva Mercurio e Medema (1999, p. 13) assinalam como traço marcante do surgimento do *Law and Economics* a substituição do conceito de justiça pelo conceito neoclássico de eficiência:

Against the idea that law can be understood only through the use of traditional legal doctrinal concepts base on justice and fairness, economics counters that such understanding can be augmented (supplanted?) by economic concepts, including the criteria of economic efficiency. As such, the Economics in Law and Economics is a body of literature comprised primarily of the concepts within neoclassical microeconomics and welfare economics²

Diante deste contexto, pode-se dizer que a Análise Econômica do Direito, tem como premissa a busca em compreender a compreensão dos fenômenos sociais, ou seja, busca auxiliar de forma mais segura na tomada de decisões jurídicas. Por isso, pode-se dizer que a Análise Econômica do Direito busca realizar o exame da adequação de determinada norma jurídica, com base nas consequências, ou os impactos que a aplicação da mesma poderá ter na sociedade, como por exemplo, o recorrente ativismo judicial que vem ocorrendo com frequência na judicialização da saúde no Brasil, como será visto na próxima seção.

2 O ATIVISMO JUDICIAL

O Ativismo Judicial, segundo Barroso (2009, p. 3) foi iniciado nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte Norte Americana decidiu pela segregação racial, isso na metade do século XX. Uma medida que para os norte americanos, na época, levaram para a suprema corte a situação dos negros espalhados pelo país. Logo, pode-se dizer que segundo, Barroso (2009, p. 7), o Ativismo Judicial surgiu com a Suprema Corte americana quando da decisão de segregação racial.

² Tradução livre: Contra a ideia de que a lei só pode ser entendida através do uso de conceitos doutrinários legais tradicionais baseados na justiça e na justiça, a economia reconhece que essa compreensão pode ser aumentada (suplantada?) Por conceitos econômicos, incluindo os critérios de eficiência econômica. Como tal, a Economia em Direito e Economia é um conjunto de literatura composta principalmente por conceitos de microeconomia neoclássica e economia do bem-estar

Por outro lado, Tassinari et al. (2013), o ativismo judicial, apesar de ainda não possuir esse nome, surgiu em 1803, nos Estados Unidos da América, onde iniciou as primeiras reflexões sobre o tema, no caso sobre o empossamento de William Marbury como juiz de paz.

Entretanto Dias (2016), ensina que a primeira vez que se falou no termo ativismo judicial foi em 1947, também nos Estados Unidos da América, pelo historiador e político do partido democrata Arthur Schlesinger Jr., em um artigo direcionado a comentar as linhas de atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos na época do *New Deal*.

Outra importante contribuição sobre a origem do Ativismo judicial é dada por Gomes (2009)

O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos

Como se pode perceber o Ativismo Judicial vem de longas datas e sempre esteve associado às questões sociais e aos anseios da coletividade.

Quanto a questão conceitual do Ativismo judicial, verifica-se vários entendimentos na doutrina pátria e o que se percebe é que não há consenso ou unanimidade na questão do conceito do referido instituto, haja vista que há entendimento diversos sobre o significado, como por exemplo nas palavras de Barroso (2009, p. 3)

A ideia do 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 da 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 inconstitucionalidade 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

Outro importante conceito sobre o assunto é encontrado Gomes (2009, p. 13), segundo o qual o ativismo judicial retrata, em realidade,

[...] uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz ‘cria’ uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem nos tratados, nem na Constituição

Para Reverbél (2010, p. 74) o Ativismo Judicial é quando:

O juiz transpassa o campo do direito e ingressa na seara política. Assim resolve problemas políticos por critérios jurídicos. Isto se dá, dentre outras razões, pelo desprestígio da lei, ineficiência da política, dificuldade da própria administração, malversação dos recursos públicos (...). Quando se confunde o campo jurídico com o campo político, a consequência é fatal: o julgador acaba fazendo uma má política, por meios jurídicos. (...) O ativismo, assim, na busca de uma solução mágica, na extração de um princípio que fundamente a decisão (razoável ou não), acaba por afrontar a separação dos poderes.

Da mesma forma, Valle (2009, p. 19) ao dar sua contribuição conceitual de Ativismo Judicial, ensina o seguinte:

O problema na identificação do ativismo judicial, reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis. O problema está no caráter sempre controverso de se delimitar o que são casos difíceis.

Diante destes conceitos, pode-se dizer que o Ativismo Judicial é a conduta do judiciário estabelecer um julgamento para alcançar resultado de interesse da coletividade ao aplicar diretamente o que preconiza a Constituição Federal, porém, esta atuação é uma afronta clara ao princípio da separação dos poderes, na medida em que, nessa hipótese, o Poder Judiciário invalida escolhas políticas dos outros Poderes, embora não se possa negar, de maneira absoluta, os benefícios experimentados pela sociedade com o comportamento proativo do Judiciário, diante das omissões danosas perpetradas pelos Poderes Legislativo e Executivo no que atine à concretização dos direitos fundamentais.

Um exemplo clássico de Ativismo Judicial à luz da jurisprudência no STF, trata da questão sobre a interrupção da gestação no caso de anencefalia, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações.
FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

No julgado supracitado demonstrou a grande necessidade do posicionamento do Supremo Tribunal Federal declarando inconstitucional com eficácia erga omnes e efeito vinculante, a interpretação dos dispositivos do Código Penal como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Quando o referido Habeas Corpus foi à plenário para julgamento pelos Ministros, havia-se perdido o objeto jurídico do pedido, uma vez que o parto da gestante ocorrera dias antes e o feto anencefálico sobreviveu durante apenas sete minutos.

Então, na visão do Judiciário, há legitimidade de sua atuação nos casos de omissão flagrante do legislador em concretizar um direito fundamental que exija prestação de natureza procedimental (fixação de regras próprias para seu exercício), ou que se refira à prestação de natureza material diante da existência de densidade normativa suficiente no enunciado da norma constitucional.

Quanto ao ativismo judicial, percebe-se que o tratamento de políticas públicas pelo Judiciário é, conforme delimitado em seu próprio conceito, uma de suas formas de expressão. Destarte, em todos os precedentes citados, houve ativismo judicial, o qual foi perpetrado no entender desse estudo com legitimidade, em face da flagrância da omissão inconstitucional. Assim, os canais judiciais funcionam como um canal supletivo e suplementar aos políticos, com possibilidade de alargar as respostas sem impregnar excessivamente a máquina política (FERRARESE, 2010, p. 1).

Dessa maneira, entende-se que esse direito é programático pois o legislativo tem que planejar os direitos em conformidade com os recursos disponíveis, então, pode-se dizer que trata-se de um direito programático para um momento posterior a ser atingido pela sociedade, por outro lado, o STF determina que o município de Santo André tenha que oferecer creches para as crianças na decisão supracitada, aqui não se discute uma determinação do bem, porém, é possível afirmar que quem deveria decidir se este direito é superior ao direito do saneamento básico, por exemplo, ou a saúde deveria ser a população por meio dos seus representantes e não o STF.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DO USO MEDICINAL DO CANABIDIOL NO BRASIL NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Há de se ressaltar outra percepção que se pode abstrair dos conceitos anteriores é o fato de que os magistrados, por meio do Ativismo Judicial, acabam desenvolvendo a atividade de criação do direito. Nesse caso, pode-se afirmar que os juízes extrapolam os limites da atividade interpretativa para realizar uma atividade criativa do direito, ou seja, exercem função típica do legislador.

A discussão ganha maior relevância quando se trata da judicialização da Saúde que está positivada na Constituição Federal de 1988 um direito fundamental, no rol dos direitos sociais. Enquanto tal, estes direitos necessitam da utilização de meios eficientes bem como da alocação de recursos materiais para a sua eficácia e para executar com presteza a vontade do legislador constituinte.

À título de ilustração apresenta-se o acórdão nº 2017.00743034-66 do Agravo de Instrumento nº 0005942-90.2016.8.14.0000, julgado pela 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, pela Desembargadora Ezilda Pastana Mutran, em 23 de fevereiro de 2017:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITADA A UNANIMIDADE. NO MÉRITO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. GARANTIA CONSTITUCIONAL CONSOLIDADA NO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS.

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.

Recurso conhecido, mas desprovido à unanimidade.

É possível perceber na justificativa do voto da Desembargadora Ezilda Pastana Mutran, o posicionamento de que o direito à saúde decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, porém, a relatora deixa claro que questões financeiras não podem suprimir o direito do cidadão preconizado pela Constituição, como pode ser visto no fragmento abaixo:

[...] O direito à saúde decorre do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, Constituição Federal), daí porque se o Executivo não cumpre o dever que a Carta Magna lhe impõe, é evidente que o Poder Judiciário deverá intervir a fim de resguardar o direito à vida, sem que isso possa abalar o princípio da separação de poderes, visto que a omissão verificada tem um indisfarçável traço de ilegalidade, malferindo, sobretudo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade [...] Imperioso destacar que não há que se falar em limitação financeira, tal como aduziu a Municipalidade, eis que eventuais limitações ou dificuldades financeiras não podem servir de pretexto para negar os direitos constitucionais à saúde e à vida, não

havendo que se cogitar, desse modo, da incidência do princípio da reserva do possível, dada a prevalência do direito em questão.

O posicionamento da magistrada remete aos ensinamentos de Posner (2009, p.16), ao defender que “a maximização e a eficiência, com a diferença de que não mais os considera único fundamento do direito, mas mais um instrumento a ser utilizado pelo direito e pela tomada de decisões a respeito de políticas públicas.” Continuando sua abordagem Posner (2009), traz a afirmação que o direito só é perspectivo quando promove a maximização das relações econômicas, sendo a maximização da riqueza (*welath maximization*), deve orientar a atuação dos magistrados.

Nesta perspectiva, cita-se o entendimento de Sustain Caus e Holmes (1999, p. 24), ao explanarem sobre a questão do custo dos direitos afirmam que;

Although the cosdiness of rights should be a truism, it sounds instead like a paradox, an offense to polite manners, or perhaps even a threat to the preservation of rights. To ascertain that a right has costs is to confess that we have to give something up in order to acquire or secure it.³

Ressalte-se também o entendimento de Alvarez (2014), ao afirmar que a análise econômica do direito caracteriza-se pela aplicação da teoria econômica na explicação do direito, tendo início nos trabalhos de Ronald Coase, ao analisar o problema de custo social ou efeitos externos produzidos pelas atividades econômicas com críticas ao papel intervencionista do Estado e ênfase na inconsistência da econômica do bem estar.

É nesse sentido que se mostra a importância da Análise Econômica do Direito relacionada com a judicialização da saúde, haja vista que é público e notório as questões em que o Poder Judiciário toma decisões políticas relativas ao Direito Fundamental à saúde. De modo que, as deficiências na execução dos compromissos públicos assumidos esbarram em questões como inefetividade das políticas adotadas, insuficiência de recursos, insatisfações que chegam ao Judiciário em forma de demandas, como exemplo ilustrativo, a liberação do uso medicinal do Canabidiol no Brasil, como mostra a decisão a seguir;

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DETERMINOU O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO PELO ESTADO (CANABIDIOL). DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. NECESSIDADE DA PACIENTE DEMONSTRADA NO CASO. PRAZO SUFICIENTE PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO. VALOR DAS ASTREINTES RAZOÁVEL. DESNECESSIDADE DE OFERECIMENTO DE CAUÇÃO PARA A CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR. RECURSO IMPROVIDO. 1. A saúde é direito de todos e dever do Estado, que deverá assegurar a sua fruição igualitária por

³ Tradução livre: Embora o custo dos direitos deva ser um truísmo , soa, em vez como um paradoxo, uma ofensa à maneiras polidas , ou talvez mesmo uma ameaça à preservação de direitos. Para verificar que o direito tem custos é confessar que temos de dar alguma coisa, a fim de adquirir ou prendê-lo.

meio da instituição de ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, com o consequente fornecimento dos medicamentos necessários para tanto.

2. Admite-se excepcionalmente o deferimento de medida antecipatória satisfativa na hipótese em que se pretende a garantia do direito à saúde e/ou da vida, sendo desnecessário o oferecimento de caução.

3. A astreinte não se configura excessiva quando o destinatário não descumpra a ordem judicial que a fixou, além de não ter sido arbitrada em valor desproporcional e/ou irrazoável.

4. O direito fundamental à saúde, até mesmo por possuir uma conexão íntima e direta com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), deve prevalecer sobre os interesses financeiros da Fazenda Pública em dispor de um prazo maior para se adequar às decisões judiciais que visam efetivar tal direito.

5. Recurso improvido. Tribunal de Justiça - BA. Agravo de instrumento nº 0024989-36.2015.8.05.0000; Relator: Maurício Kertzman Szporer; Órgão julgador: Segunda Câmara Cível; Publicado em: 19/03/2016

Importante ressaltar que esse julgado deferiu o acesso ao Canabidiol com base na doutrina do mínimo existencial, colocando o direito à saúde como obrigação do Estado. Essa decisão afastou a alegação de ilegitimidade feita pelo Estado vez que a competência relativa à distribuição de medicamentos é concorrente.

Trazendo o julgado anterior na perspectiva da Análise Econômica do Direito, cite-se o pragmatismo jurídico de Posner que considera a eficiência não seria critério único e suficiente para os problemas postos no direito. A maximização da riqueza teria que ser encarada sob o ponto de vista mais amplo, em que o Direito é um instrumento para a realização de fins sociais. Posner defende também que o Direito recebe influências da racionalização econômica, uma vez que o Direito se desenvolve paralelamente à evolução social.

No mesmo sentido Aragão (2009), afirmam que a eficiência é, para os economistas, um conceito intimamente relacionado à questão da maximização da riqueza, a qual está sempre ligada a uma análise de custos e benefícios. No entanto, a eficiência não deve ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico.

Imperioso acrescentar que contexto dessa liberação é garantir uma qualidade de vida digna ao paciente, ao mesmo tempo em que afasta a insegurança ou o receio de que a medicação não seja eficaz para os fins a que se destina, até porque a sua indicação é por profissional de medicina legalmente habilitado, conhecedor das agruras do enfermo, procurando amenizá-las em casos extremos, como pode ser visto no acórdão de Nº 70073256653, julgado em 23 de abril de 2017, pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja a Relatora foi a DES.^a Liselena Schifino Robles Ribeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (HEMP OIL - CANABIDIOL). NECESSIDADE DO MEDICAMENTO COMPROVADA

ATRAVÉS DO LAUDO MÉDICO JUNTADO AOS AUTOS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE AUTORIZA O FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO. Demonstrada, nos autos, através de laudo médico, a necessidade e a adequação do medicamento para o tratamento da enfermidade apresentada pelo menor, deve ser mantida a sentença.
NEGARAM PROVIMENTO.

A justificativa do voto da magistrada a DES.^a Liselena Schifino Robles Ribeiro, pode-se vislumbrar os ensinamentos elencados por Posner, onde, percebe-se que o Direito recebe influências da racionalização econômica, uma vez que o Direito se desenvolve paralelamente à evolução social:

[...] Não há, pois, como negar o direito à saúde postulado, consequência lógica do direito fundamental à vida, que é de responsabilidade das três esferas governamentais, que devem, de forma comum e concorrente, promover políticas públicas nessa área. [...] No mesmo sentido, a eventual “escassez de recursos públicos” não tem o condão de liberar o Estado (gênero) do dever insculpido no artigo 196 da Constituição Federal — o de garantir acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, sem fazer qualquer distinção entre os entes públicos — constituindo a alegação indesculpável sonegação desses direitos, vez que busca “socializar” os recorrentes desatendimentos, esgrimindo falacioso “privilégio” àqueles cidadãos que, para vê-los atendidos, têm de se valer da jurisdição.

A referida decisão remete à reflexão de Atanasova & Rinkova (2017)

[...] the proves the importance of the transaction costs and yet that when they are particularly high, they may block the maintenance of negotiations for the conclusion of a transactions. Only judicial authorities may determine which form of exchange can be assumed if the parties are unable to agree without the intervention of a third party and so they affect the efficiency of the allocation of resources. In this way is determined the importance of the legal system.⁴

Sobre essa questão, Salama (2008) ensina que: “Posner postula que o significado das coisas seja social, e não imanente, e que as realizações humanas devam ser apreciadas relativamente às circunstâncias e avaliadas também por suas consequências”.

Entende-se aqui que a judicialização por um lado prestigia o Poder Judiciário com discussões que são vitais para o país, mas por outro atesta a falência na resolução dos conflitos nas esferas que lhe são próprias. O Judiciário é sobrecarregado com inúmeras demandas e acaba por se tornar moroso devido à excessiva litigiosidade.

Mostra-se aqui a importância de se mostrar o entendimento de Rodrigues (2007, p. 35), ao afirmar que a Análise Econômica do Direito aproxima Economia e Direito ao perceber e assumir o fato da ação de um indivíduo implicar em custos e ou benefícios a outro e, nessa

⁴ Tradução Livre: Isso prova a importância dos custos de transação e, no entanto, quando eles são particularmente altos, eles podem bloquear a manutenção das negociações para a conclusão de transações. Somente as autoridades judiciais podem determinar qual forma de troca pode ser assumida se as partes não puderem concordar sem a intervenção de um terceiro e, portanto, elas afetam a eficiência da alocação de recursos. Desta forma, é determinada a importância do sistema legal.

visão, elege o enquadramento jurídico que melhor alinharia os comportamentos individuais com o interesse da sociedade.

Não é nada agradável saber que é necessário judicializar a saúde para fazer acontecer o que é direito básico do cidadão. Uma maneira do Estado intervir na liberdade dos agentes econômicos é empregando o Direito da Concorrência, que tem por objetivo regular a economia e a prevenção de dano social, o qual pode derivar do exercício de poder de mercado pelas empresas que o detêm. (MANKIW, 2013)

Porquanto pode-se dizer que a análise econômica do direito permite que os efeitos das normas legais serem determinados, a abordagem é útil na examinação e comparação de regras no que diz respeito à sua conveniência social.

CONCLUSÃO

Ao finalizar o presente artigo foi possível concluir que a latente omissão do poder Legislativo e poder Executivo no atendimento às demandas relacionadas com Direitos e Garantias Fundamentais, na atualidade, acabam por favorecer o Ativismo Judicial no Brasil, pois, percebe-se que na medida em que o Judiciário é provocado não pode haver omissão nas decisões dos litígios que lhe são legitimamente propostos.

Quanto ao surgimento da Análise Econômica do Direito, pode-se afirmar que o mesmo deriva da necessidade de substituir, ou ao menos, aperfeiçoar uma metodologia de apreciar os acontecimentos que não mais corresponde aos anseios, às necessidades de um mundo extremamente dinâmico, mutante, multifacetado, plural e em constante e acelerada transformação. Dessa maneira, pode-se dizer que a judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos.

A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte.

No caso da judicialização da saúde, mais precisamente, do uso do fornecimento de medicamento de alto custo pelo estado (canabidiol), como direito fundamental à saúde, percebe-se que a atuação do judiciário é necessária ante a ineficácia do Estado atender essas demandas, o que acabada, forçando a o ativismo judicial.

Portanto, é preciso dizer Análise Econômica do Direito, cuja metodologia contribui decisivamente para a compreensão dos fenômenos sociais, assim como auxilia de forma mais segura na tomada de decisões jurídicas, ou seja, pode-se dizer que a Análise Econômica do Direito se presta a realizar o exame da adequação de determinada norma jurídica, com base nas consequências, ou os impactos que a aplicação da mesma poderá ter na sociedade, como por exemplo a questão da saúde.

REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 29, 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. **Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- ATANASOVA, Irina; RINKOVA, Stanka. Economic Analysis of Law Practical Dimensions in Transforming Economies.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art.20090130-01.pdf> Acesso em 21 mai. 2017.
- BENACCHIO, M. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012.
- BRASIL, Constituição. **Constituição Federal Brasileira** de 1988.
- DIAS, Lucas Albuquerque. **Ativismo judicial: aspectos históricos e conceituais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.56462&seo=1>>. Acesso em: 29 maio 2017.
- GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>.> Acesso em 13 mai. 2017
- MANKIW, N. Gregory. Defending the one percent. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 27, n. 3, p. 21-34, 2013.
- MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law** – From Posner to Post-Modernism. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- POSNER, Richard. **Para Além do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e estado de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/40977/ativismo_judicial_estado.pdf?sequence=1>. Acesso em 10 jul. 2017.

RIBEIRO, Ana Carolina Prado. A análise econômica do direito e sua aplicação (law & economics). In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 131, dez 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15586&revista_caderno=27>. Acesso em jun 2017.

ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução de José Luis Pérez Hernández. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

RUBIN, P.H., 2013. Law and Economics. The Concise Encyclopedia of Economics. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Enc/LawandEconomics.html>>. Acesso em 17 jun. 2017

SALAMA, Bruno Mayerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** Cadernos Direito GV. São Paulo, estudo 22, v. 5, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/interna.aspx>>. Acesso em 13 jun. 2017.

SUNSTEIN, Causs and HOLMES, Stephen. **The cost of rights**. Why liberty depends on taxes. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TASSINARI, Clarissa et al. **Estudos sobre (neo)constitucionalismo**. São Leopoldo: Oikos, 2013

VALLE, Vanice Regina Lirio do (org.) **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009