

EFICIÊNCIA, ECONOMICIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO E POSSÍVEL

Tiago Bitencourt De David*

Sumário: Introdução; 1. Considerações iniciais acerca da distinção entre economicidade e eficiência; 2. Os conceitos de eficiência no Direito; 3. O conceito de eficiência de Richard Posner em *Economic Analysis of Law* e sua incorporação ao Direito; 4. A conformidade constitucional dos diversos conceitos de eficiência e a opção conforme a otimização da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais; 5. Os deveres fundamentais e a efetivação do direito à saúde por meio da eficiência.

Resumo: O presente artigo busca desenvolver as noções jurídicas de eficiência e economicidade a partir de uma visão de otimização da efetividade dos direitos fundamentais. Para tanto, coteja-se posicionamentos tradicionais na doutrina jurídica nacional e internacional em face de contribuições decorrentes da opinião de Richard Posner, pensador estadunidense precursor do movimento *Law and Economics*. Ao final, aplicam-se os princípios de eficiência e economicidade ao direito fundamental à saúde e fecha-se o texto mostrando que a Constituição Federal institui não apenas direitos, mas também deveres, dentre eles o de eficiência e o de economicidade.

Abstract: The current article explores the legal notions of efficiency and economy, departing from the concept of optimization of fundamental rights' effectiveness. Therefore, it seeks traditional perspectives of international and national legal doctrine, taking into consideration the work of Richard Posner, American thinker who was a predecessor of the Law and Economics movement. Finally, efficiency and economy principals are applied to the

* Advogado. Mestre em Direito (PUCRS). Pós-graduado pela Universidad Castilla-La Mancha, Toledo, Espanha. Professor no curso de Especialização em Processo Civil da UNIJUÍ. Ex-Professor da Faculdade Dom Alberto. Pesquisador junto à Universidad Castilla-La Mancha, sob a supervisão da Profa. Dr. Ana Carretero García, membro do Grupo de Estudos em Direitos Fundamentais (GEDEF/PUCRS/CNPQ), sob a coordenação dos Prof. Pós-Dr. Ingo W. Sarlet e Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro, membro do Prismas (PUCRS/CNPQ), sob a coordenação do Prof. Dr. Ricardo Aronne. Palestrante da Escola Superior da Advocacia (ESA/OAB-RS) e de cursos preparatórios para carreiras jurídicas.

fundamental right to health, and it is demonstrated how Federal Constitution not only defines the rights, but also the obligations, among them efficiency and economy.

Palavras-chave: Eficiência. Economicidade. Law and Economics. Direito à saúde. Deveres fundamentais.

Introdução

A expressão eficiência foi utilizada pelo poder constituinte derivado reformador quando da edição da Emenda Constitucional n. 19 de 4-6-98 ao agregar mais um princípio àqueles já expressamente previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal e que servem para direcionar de forma cogente¹ a Administração Pública. Seguiu-se, a partir de então, várias repetições do princípio da eficiência em sede infraconstitucional, tal como pode ser depreendido do art. 2º da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei Federal n. 9.784/99) e do Decreto Presidencial n. 3.555 de 8-8-2000, onde no art. 3º fica determinada a necessidade de que a contratação do Poder Público atenda tanto à eficiência quanto à economicidade.

Diferentemente do que ocorreu com a eficiência, a economicidade sempre foi exigida pela Constituição de 1988, encontrando-se prevista no art. 72 como um dos fatores a serem analisados pelo Tribunal de Contas da União quando auxiliar o Congresso Nacional na fiscalização contábil e financeira. Assim, a distinção constitucional e legal entre eficiência e economicidade impõe a distinção conceitual entre as noções, de modo a operacionalizá-las de forma a otimizar a força normativa do sistema jurídico, especialmente no que tange à eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.²

1 Considerações iniciais acerca da distinção entre economicidade e eficiência

A doutrina majoritária, mesmo sem confrontar os conceitos de eficiência e economicidade, atribui ao primeiro uma função mais ampla, de modo a sopesar os custos e resultados sociais da ação estatal, ao passo que o segundo atuaria como uma prescrição de que o Estado gaste o mínimo possível para

¹ Como pontifica Canotilho, a Constituição em um Estado de Direito prescreve como o governo deve atuar para que este não se afaste da ordem instituída pelo sistema jurídico (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.440 e 1.441).

² FREITAS, Juarez. **Discrecionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 69.

fazer um determinado investimento.³ No entanto, a sinergia existente entre eficiência e economicidade revela-se evidente quando observa-se que, por exemplo, a exigência de licitação ao exigir a economicidade para a contratação de obras ou serviços acaba por promover a eficiência administrativa.

Juarez Freitas⁴ aponta traço comum à eficiência e à economicidade, a saber, a relação com a terceira fase da aplicação da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito). Na visão do doutrinador,⁵ a ideia de custos e benefícios comum à ambos princípios (eficiência e economicidade) é correlata à ponderação feita em sede de aplicação da proporcionalidade, sendo ineficiente e nada econômica a medida que gerar mais perdas do que ganhos.

Coloca-se necessária a distinção entre eficiência e economicidade, tomando-se a primeira noção como mais ampla, de forma a visar os resultados sociais, enquanto a segunda almeja reduzir o gasto público ao mínimo necessário à boa consecução das atividades estatais. Nesse sentido, adota-se a correta lição de Gustavo Binjenbojm⁶ que assim leciona:

O princípio da economicidade, inobstante sua autonomia no texto constitucional, é abrangido pela ideia de eficiência. A economicidade corresponde a uma análise de otimização de custos para os melhores benefícios. A economicidade é, assim, uma das dimensões da eficiência.

[...] a eficiência administrativa encerra um vetor para a ação administrativa, devendo ser entendida como a busca da *otimização* da gestão com vistas à consecução dos melhores resultados com os menores custos possíveis.

Assim, o presente estudo adere à doutrina majoritária ao defender que ambos conceitos se diferem e que a economicidade possui um viés mais restrito que a eficiência, bem como é princípio que apenas indiretamente busca a otimização dos resultados sociais. Também cabe aduzir que se entende no presente estudo que a economicidade determina que se invista o mínimo possível para a realização de determinada contratação, sem, no entanto, haver um sopesamento, ou seja, não há propriamente uma ponderação. A economicidade seria correlata, portanto, ao segundo nível da proporcionalidade, a saber, da menor onerosidade. De outro lado, a eficiência

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 74, 75 e 687; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84, 85 e 752; MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ, volume I, n. 2, maio de 2001, p. 11.

⁴ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 69 e **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 74 e 75.

⁵ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 68.

⁶ BINENBOJIM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 346.

– esta sim relacionada à ponderação própria da terceira fase da aplicação da proporcionalidade – determina um juízo a respeito de ganhos e perdas tendo em vista o bem-estar da sociedade.

Passa-se, então, à análise dos conceitos de eficiência, tal qual definidos pela doutrina jurídica publicista para, posteriormente, analisar a noção sob viés econômico.

2 Os conceitos de eficiência no Direito

É sabido que eficácia é a aptidão de produzir efeitos jurídicos, enquanto efetividade/eficácia social é a medida da concretização da eficácia jurídica, de modo a esta última revelar a ocorrência dos efeitos jurídicos na realidade, ou seja, em face da vida das pessoas. Visto isso, cabe ter presente que as ideias de eficiência e economicidade não se confundem com eficácia ou efetividade, de modo a serem quatro conceitos diversos, mas interligados, desde que analisado o Direito enquanto sistema. Da mesma opinião parece comungar Juarez Freitas.⁷

Como já referido, a Constituição e a legislação administrativa já consagraram a necessidade de atuação eficiente e econômica da Administração Pública, de modo a caber à doutrina e à jurisprudência delimitar as noções de forma a melhor sua operacionalização. Assim, passa-se à análise do que a doutrina jurídica entende por eficiência.

Segundo Juarez Freitas,⁸ a eficiência determina a tomada, por parte do administrador da coisa pública, da decisão mais adequada economicamente aos fins buscados. Conforme o doutrinador a inauguração de novas escolas em lugar de antigas que foram abandonadas, bem como o sucateamento de hospitais e a inauguração de novos configuram atos contrários à eficiência, cuja definição do autor é a que segue:

[...] tal princípio constitucional está a vedar, terminantemente, todo e qualquer desperdício de recursos públicos ou aquelas escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor.⁹

Para o autor,¹⁰ há estreita conexão entre eficiência e proporcionalidade, relação esta que será examinada com mais vagar adiante.

⁷ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 68 e 69.

⁸ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 73 e 74.

⁹ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 75.

Na mesma linha de pensamento encontra-se Marcelo Harger¹¹ que coloca a eficiência como um dever de escolha ótima dentre as várias opções disponíveis. Assim, conforme o doutrinador, não é dado ao administrador atuar de forma arbitrária, pois a força normativa da eficiência enquanto princípio constitucional impõe a decisão no sentido da melhor solução possível.

José Santos Carvalho Filho¹² assevera que “Eficiência é, pois, antônimo de morosidade, lentidão, desídia.” O mesmo autor aduz ainda que a eficiência “há de consistir na adoção de mecanismos mais céleres e mais convincentes para que a Administração possa alcançar efetivamente o fim perseguido por meio de todo o procedimento adotado.” Ao relacionar eficiência com a necessidade de adequação dos meios utilizados pelo Poder Público para que sejam atingidos os objetivos do Estado e da sociedade o doutrinador colocou a noção em tela próxima à de efetividade e o fez de modo acertado, pois uma Administração eficiente tende à maior efetividade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³ sustenta que a eficiência apresenta duas faces. De um lado, deve ser considerado em face da atuação do agente público, esperando-se do mesmo a melhor atuação possível. De outro lado, relaciona-se à Administração Pública que deve alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. Portanto, observa-se que, mais uma vez, a eficiência está ligada à efetividade do sistema jurídico.

Impressionante é o tratamento do princípio da eficiência conferido por Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁴ cuja íntegra segue citada:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burlam o texto.

Digno de nota é o fato de que José dos Santos Carvalho Filho¹⁵ também assevera que a inclusão da eficiência como princípio norteador da Administração Pública foi, antes de qualquer coisa, uma súplica daqueles que anseiam por uma gestão adequada da coisa pública.

¹⁰ FREITAS, Juares. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 68 e 69 e, do mesmo autor, **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 74.

¹¹ HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 138-142.

¹² CARVALHO FILHO, José Santos. **Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei 9.784 de 29/1/1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 60.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 75.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 75.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José Santos. **Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei 9.784 de 29/1/1999**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 59

Para Alexandre de Moraes¹⁶ o princípio da eficiência prescreve, dentre outras medidas, a desburocratização e a melhora na qualidade dos serviços públicos como forma de efetivar o bem comum. Interessante o apontamento feito pelo autor¹⁷ no sentido de que a Emenda Constitucional n. 19 veio a estabelecer a obrigatoriedade da União, Estados e Distrito Federal instituírem escolas de governo para a formação e aperfeiçoamento dos servidores públicos (art. 39, §2º), bem como a citada reforma também determinou a necessidade de lei disciplinando as formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta, especialmente no que tange às reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral (art. 37, §3º).

Como muito bem ensina Uadi Lammêgo Bulos,¹⁸ a positividade constitucional da eficiência preconiza sua aplicação imediata. Isso implica no dever de eficiência independer de disciplina infraconstitucional e sua exigência pelos cidadãos e instituições poder ser feita desde já quando se defrontarem com a malversação dos recursos públicos ou com a burocracia desnecessária tão presente no país. Assim a diretriz da eficiência – aqui entendida como verdadeira norma da espécie princípio e não mera política ou conselho – permite que se exija judicialmente a adequada prestação de serviços públicos – em sentido amplo, incluídos aqui os direitos sociais e difusos –, bem como amplia o manancial normativo do qual deve valer-se o Judiciário para efetivar os direitos fundamentais.¹⁹

Na Itália, Giuseppe de Vergottini²⁰ discorre sobre o princípio constitucional do bom andamento (*buon andamento*²¹) da Administração Pública que ele sintetiza na atuação eficaz e imparcial (*efficace e imparziale*) do Estado. No mesmo sentido, Federico del Giudice²² assevera que o dever em questão exige uma atuação diligente e efetiva do governo, sendo íntima sua relação com a noção de economicidade na realização do programa constitucional. Note-se que o sentido atribuído à noção de *buon andamento* na Itália é similar à estabelecida por Juarez Freitas²³ em relação ao direito fundamental à boa administração pública.

¹⁶ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 109-113.

¹⁷ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 109-113.

¹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 644.

¹⁹ Aqui houve uma aproximação das ideias do autor com as expostas magistralmente por: BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 646.

²⁰ VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto Costituzionale**. 3ª ed. Padova: Cedam, 2001, p. 556.

²¹ Veja-se o art. 97 da Constituição italiana: “I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.”

²² GIUDICE, Federico del. **La Costituzione Esplicata**. 7 ed. Napoli: Simone, 2008, p. 230.

²³ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 69.

Em Portugal a situação é similar, prescrevendo a Constituição de 1976 (arts. 266 e 267) que a Administração atue de forma proporcional, evite a burocratização desnecessária e racionalize a utilização dos recursos. No entanto, não há no Título IX – que disciplina a Administração Pública – qualquer menção ao princípio e dever de eficiência, embora exista tal prescrição de forma específica em relação ao direito à saúde (art. 64, 3, b).

Segundo Uadi Lammêgo Bulos,²⁴ no direito constitucional comparado a expressa menção à eficiência pode ser encontrada nas Constituições da Espanha (art. 103), da República das Filipinas (art. IX, b, seção 3) e da República do Suriname (art. 122). Lembra ainda o doutrinador²⁵ que no direito brasileiro anterior à Carta de 1988 já havia referência à eficiência no Decreto-lei 200/67, bem como outras posteriores, em sede legislação infraconstitucional, mas, a nosso sentir, com diminuta repercussão jurídica.

Em face das lições doutrinárias examinadas pôde ser compreendido que, tradicionalmente, a eficiência está ligada à adequação dos meios em relação aos fins, bem como prescreve a escolha da opção que trata mais benefícios e menores custos, de modo a limitar o espectro de condutas a serem tomadas pelo administrador público mesmo na ausência de vinculação expressa declinada por alguma regra jurídica. Portanto, é corrente a referência, seja de forma expressa ou tácita, à ligação entre eficiência e proporcionalidade. Também é ponto comum entre as lições colacionadas a noção de que a maior eficiência da gestão leva à maior efetividade dos direitos fundamentais e isso é muito relevante na medida em que, na Constituição atual e à luz da contemporânea ideia de Estado Constitucional, avultam em importância os direitos sociais (positivos ou de 2ª geração/dimensão).

No entanto, a análise dos autores trazidos à lume encontra-se arraigada ao direito administrativo e bastante distante da gênese do conceito, a saber, a Economia. Portanto, mostra-se necessária a pesquisa de como o Direito pode absorver e/ou deixar de lado a matriz original do conceito em seu campo próprio de pesquisa. Assim, cumpre adiante passar à uma análise transdisciplinar que revele em que termos a eficiência econômica pode ser (re)pensada pelos operadores do Direito em um mundo complexo, ou seja, onde as áreas do conhecimentos influenciam-se de forma recíproca e onde não é mais lícito ao jurista atuar em um universo particular alheio da realidade.

²⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 644.

²⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 644.

3 O conceito de eficiência de Richard Posner em *Economic Analysis of Law* e sua incorporação ao Direito

A relação entre Direito e Economia é antiga, embora ainda exista uma profunda resistência por parte dos juristas do sistema romano-germânico em aceitar a conexão entre as disciplinas.²⁶ John Locke já justificava a existência da propriedade à luz da maior produção obtida a partir dessa desde que adequadamente garantida pelo Estado. Segundo Locke a propriedade somada ao trabalho alcança um enorme valor a ser atribuído pelo comércio.²⁷ Daí a necessidade de assegurar aos homens a tranquilidade necessária para que usem a terra para produzir e para que se apropriem dos seus frutos que, por sua vez, serão objeto de troca e, conseqüentemente, permitirá o acesso à bens de melhor qualidade e em maior quantidade do que se não houvesse a propriedade privada onde os grupos sociais seriam nômades e a violência seria comum.

Como bem coloca Luciano Benetti Timm,²⁸ faz-se imprescindível uma releitura do Direito Constitucional à luz da Análise Econômica do Direito, sob o pena de inefetividade dos próprios direitos fundamentais. Com acerto, Timm²⁹ aduz que a eficiência não é apenas um valor para os economistas, mas que é um dever do Estado, bem como é noção de caráter imperativo que determina a correta utilização dos recursos públicos. No entanto, importa no presente estudo averiguar o conceito de eficiência utilizado por parte da *Law and Economics* – mais especificamente Richard Posner –, mas antes, será abordado, de forma sintética, o histórico desse movimento.

A Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) ocupa-se da maximização de bem-estar na sociedade por meio da alocação racional de recursos conforme as preferências individuais. A Análise Econômica do

²⁶ No mesmo sentido, atribuindo resistência à diversos fatores, dentre eles: a) dificuldade dos operadores do Direito com as ciências exatas; b) maus cursos de Economia oferecidos dentro das faculdades de Direito; c) más experiências dos operadores do Direito com planos econômicos fracassados, veja-se: TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover os direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Organizadores). **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre, 2008, p. 58.

²⁷ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. In: A Ideia de Platão a Rawls. MAFFETTONE, Sebastião; VECA, Salvatore (Orgs.) São Paulo: Marins Fontes, 2005, p. 142 ss.

²⁸ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover os direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Organizadores). **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55-68.

²⁹ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover os direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Organizadores). **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre, 2008, Livraria do Advogado, p. 56-59.

Direito pode ser dividida nas correntes positivista e normativista, sendo a primeira responsável pela descrição dos fenômenos sociais à luz da influência da Economia e das normas jurídicas, enquanto a segunda busca aperfeiçoar as instituições jurídicas com vistas à melhor alocação de recursos. A fundação da Análise Econômica do Direito ocorreu com a publicação da obra *Economic Analysis of Law* de Richard Posner.³⁰

Há um certo tempo – cerca de uma década –, autores como Oliver Williamson vêm sustentando que o diálogo entre Direito e Economia é inócuo caso sejam desconsideradas as Instituições e Organizações. Assim, haveria um tripé a sustentar uma nova linha de pensamento dentro da *Law and Economics*.³¹ Oliver Williamson ocupa-se não apenas da alocação dos recursos em um ambiente onde as trocas são realizadas livremente, ou seja, sem custos de transação, mas usa o Teorema de Coase sobre a alocação de bens para mostrar que os custos exigem uma perspectiva que leve em consideração a importância dos instrumentos jurídicos na diminuição dos custos para que determinado bem chegue até quem mais lhe valoriza. No entanto, a questão central continua sendo a eficiência econômica, tal como já vinha sendo o foco das atenções dos estudiosos antecedentes. Por isso, faz-se necessária a pesquisa acerca do conceito de eficiência na tradição da *Law and Economics* e na Economia de um modo geral.

O conceito de eficiência econômica, mesmo para os economistas, é variável, reconhecem os partidários da *Law and Economics*.³² Pode-se dizer, em um primeiro momento, que há eficiência se: a) não se pode gerar a mesma quantidade de produção com um custo menor, ou; b) não se pode aumentar a produção com o mesmo custo.³³ Eis um conceito de eficiência econômica que se limita à capacidade de colocar bens à disposição dos homens e não mensura as preferências individuais dos mesmos e, assim, descarta de que o preço baixo ao consumidor final e a maximização dos lucros não são os únicos objetivos sociais desejáveis. Como assinalou Daniel Goldberg,³⁴ trata-se de uma concepção que não está relacionada à alocação dos bens, mas apenas à sua produção.

³⁰ STAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005, p. 74-77.

³¹ ZYLBERSTAJN, Décio. *Análise Econômica do Direito e das Organizações*. In: **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005, p. 16 ss.

³² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 25.

³³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 25.

³⁴ GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e Política Antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 99.

De outro lado, há dois outros conceitos de eficiência que, por sua vez, dizem respeito à alocação de bens ao seu uso mais valioso, medido pela disposição das pessoas em obtê-los.³⁵ O primeiro denominado de ‘eficiência de Pareto’ (nome do criador da noção) se refere à satisfação individual de cada pessoa afetada pelas escolhas, de modo a avançar em relação à definição anterior. Ser economicamente eficiente sob este prisma é estar em situação onde a mudança na situação em geral piora a posição particular de alguém, ou seja, o conceito de eficiência de Pareto admite uma melhora da situação em geral até que sobrevenha uma desvantagem em relação à qualquer dos envolvidos.³⁶ Segundo Cooter e Ulen,³⁷ esse critério de eficiência possui “claras desvantagens como um guia para as políticas públicas”.

Apesar de Pareto ter formulado uma definição mais ambiciosa do que aquela vinculada estritamente à produtividade sua aceitação pelos economistas, sobreveio a formulação de um terceiro conceito denominado ‘Kaldor-Hicks’ ou ‘melhora de Pareto’. O conceito de eficiência formulado por Kaldor e Hicks baseia-se na predominância dos ganhos sobre as perdas, mesmo que alguém termine em situação menos favorável do que estava antes. Assim, não se exige que haja a efetiva compensação daqueles que foram prejudicados, bastando que tenha havido ganho suficiente para fazê-lo. Trata-se, portanto, da lógica de custo-benefício como entendida comumente.³⁸

Daniel Goldberg³⁹ ao discorrer sobre a utilização do conceito de eficiência de Kaldor-Hicks em detrimento daquele formulado por Pareto, faz uma afirmação importante, a saber, que em “quase qualquer política pública ou programa concebível há ganhadores e perdedores.” Para tornar mais clara sua afirmação o doutrinador exemplifica com o exemplo da política pública pela redução do tabagismo onde o aumento da tributação beneficia o Estado e a sociedade, vez que o sistema de saúde pública poderá atender outros doentes que não aqueles que ficaram enfermos em razão do consumo de cigarros, porém os fumantes são prejudicados pela ação governamental, pois pagarão mais caro pelo que antes era mais barato.

Como bem asseverou Daniel Goldberg,⁴⁰ o mais grave equívoco que vem sendo cometido ao analisar-se a ideia de eficiência econômica é afirmar que se

³⁵ GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e Política Antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 98.

³⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 26.

³⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 66.

³⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 66.

³⁹ GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e Política Antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 40.

⁴⁰ GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e Política Antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 32.

trata de um conceito moralmente vazio. Conforme o autor,⁴¹ as escolas que buscam na eficiência o fundamento último das políticas públicas buscam na tradição filosófica da maximização do bem-estar a única justificativa possível para sua formulação.

Segundo Daniel Goldberg,⁴² a utilização do critério de Kaldor-Hicks aumentou a possibilidade de utilização do conceito de eficiência pelo Direito. Porém, reconhece o mesmo autor que para tornar o conceito de eficiência algo instrumental, a *Law and Economics* retirou-lhe o substrato moral. Daí serem procedentes as críticas formuladas por Ronald Dworkin, aliás, como reconhecido pelo próprio Daniel Goldberg.⁴³

Quando Luciano Benetti Timm⁴⁴ abordou a eficiência no direito público, ele assim definiu sua posição:

Numa perspectiva de Direito e Economia, os recursos orçamentários obtidos por meio da tributação são escassos e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas. Por essa razão, o emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente a fim de que possa atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso.

Assim, o ponto central na aplicação da Análise Econômica do Direito em relação às políticas públicas é delimitar um conceito de eficiência adequado à Constituição Federal e comprometido com o bem-estar e não com a criação de riquezas, ao contrário do que deve ocorrer no âmbito privatista. Conforme será demonstrado quando do estudo da posição de Richard Posner, a ideia de eficiência econômica atrelada à Teoria da Negociação pode levar à gravíssimas consequências sociais, quando utilizada fora de seu contexto próprio, a saber, o Mercado.

Como referido por Robert Cooter e Thomas Ulen,⁴⁵ a Teoria da Negociação se vale da Teoria dos Jogos para afirmar que o bem-estar é maximizado quando alguém vende por mais algo que estima menos e quando alguém adquire por menos o que entende valer mais. Essa ideia de circulação de bens e criação de riquezas operacionaliza um conceito de eficiência que justifica o capitalismo em razão do acréscimo de bem-estar oriundo das relações comerciais, porém, é inoperante e nocivo quando se trata de políticas

⁴¹ GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e Política Antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 32.

⁴² GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e Política Antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 42.

⁴³ GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e Política Antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 42, nota de rodapé n. 34.

⁴⁴ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover os direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Organizadores). **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre, 2008, p. 56 e 57.

⁴⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 105 ss.

públicas e de alocação de recursos por meio de escolhas feitas pelo Estado na busca da satisfação da comunidade política, conforme será demonstrado adiante.

Como assumiu o próprio fundador da *Law and Economics*, nem sempre quem mais precisa de determinado bem pode pagar o preço que alguém, cujo anseio é menor, está em condições de adimplir. Veja-se a passagem onde Richard Posner⁴⁶ deixa clara sua posição:

A poor family has a child who will be a dwarf if he does not get some of extract, but the family cannot afford the price and could not even if it could borrow against the child's future earnings as a person of normal height, because the present value of those earnings net of consumption is less than the price of extract. A rich family has a child who will grow to normal height, but the extract will add a few inches more, and his parents decide to buy it for him. In the sense of value used in this book, the pituitary extract is more valuable to the rich than to the poor family, because value is measured by willingness to pay; but the extract would confer greater happiness in the hands of the poor family than in the hands of the rich one.

Tendo em vista não o movimento da *Law and Economics* como um todo e nem determinada escola, mas apenas a definição de eficiência de Richard Posner na obra examinada, pode ser dito que se revela inviável sustentar, à luz da Constituição brasileira, a alocação dos recursos a quem pague mais por eles, independentemente da necessidade de outrem e da impossibilidade econômica de custear a aquisição. O problema do pressuposto metodológico de Posner fica muito evidente quando se pensa na alocação de medicamentos, de modo a exigir, de um lado, a atenção à necessidade, enquanto prescrição constitucional de proteção da dignidade humana e, de outro, a intervenção estatal por meio de políticas públicas, vez que o Mercado é incapaz de, satisfatoriamente, aumentar o bem-estar dos indivíduos. Assim, Imagine-se que o medicamento enquanto bem é escasso, ou seja, há menos quantidade do que pessoas que anseiam por obtê-lo. No entanto, se o medicamento estiver disponível no mercado para ser adquirido mediante a compra, sua alocação será feita àquele que mais puder pagar por ele, mesmo que exista uma pessoa que necessite mais do bem e que não pode comprar o fármaco. Aí fica visível que a ideia de estimativa do bem não acompanha, ou seja, não é diretamente

⁴⁶ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 6 ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 10. Tradução livre: “Uma família pobre tem uma criança que se tornará um anão, caso não tome determinado remédio, mas a família não pode pagar pelo mesmo, de modo que a criança não alcançará a altura normal. Uma família rica possui um filho com altura normal que, caso tome o remédio, alcançará alguns centímetros a mais, de modo a levar seus parentes a adquirir o fármaco. Conforme o conceito de valor utilizado na presente obra, o remédio é mais valioso para a família rica do que para a pobre porque o valor é medido em razão do quanto é pago por ele, porém, o fármaco conferiria maior felicidade à família pobre do que a rica.”

proporcional ao preço o qual a pessoa pode pagar, inclusive porque é sabido que cada unidade financeira (real, dólar, euro) vale menos para o proprietário quanto mais dele tiver. Assim, é natural que os ricos gastem mais mesmo precisando menos dos bens do que os pobres que necessitam em maior medida das mesmas coisas. Tudo isso ocorre porque a ideia de eficiência, tal como posta por Richard Posner naquela obra, está assentada sobre uma lógica onde os indivíduos possuem a mesma quantidade de dinheiro, bem como o quanto o conceito de eficiência proposto por Richard Posner ignora a necessidade e acentua o suposto mérito daqueles que possuem maior poder aquisitivo, ou seja, é excludente e discrimina os pobres.

O problema da utilização do conceito de eficiência de Posner no Direito é o privilégio da visão elitista que pressupõe que quem pode pagar mais valoriza mais. Por trás da posição de Posner está a ideologia weberiana de meritocracia-capitalista própria do Mercado e isso não serve ao direito público, embora seja a noção adequada quando se trabalha com o direito civil.

Da mesma visão compartilha Ronald Dworkin,⁴⁷ destacando a impossibilidade de assentar-se uma Teoria da Justiça tão-somente sobre a riqueza que, se for um valor, deve sê-lo dentre tantos outros, de forma a sustentar uma Ética pluralista. Mesmo que se admita uma Ética pluralista, faz-se necessário ter uma definição de eficiência que se harmonize com os demais elementos do sistema jurídico, especialmente aquelas previsões de envergadura constitucional.

Nessa mesma linha encontra-se a crítica de Amartya Sen aos fundamentos da Economia contemporânea, onde a racionalidade é entendida tão-somente enquanto autointeresse. O Nobel de Economia sustenta a impossibilidade de desvincular-se a Ética da Economia, vez que ambas deitam raízes na Política, como já anunciava Aristóteles há quase 2.500 anos atrás. A busca pura e simples da eficiência econômica é duramente criticada por Amartya Sen,⁴⁸ sendo elucidativa a seguinte passagem:

Essa “concepção da realização social relacionada à ética” não pode deter a avaliação em algum ponto arbitrário como “satisfazer a eficiência”. A avaliação tem de ser mais inteiramente ética e adotar uma visão mais abrangente do “bem”. Esse é um aspecto de certa importância novamente no contexto da economia moderna, especialmente a moderna economia do bem-estar.

Assim, observa-se que a realização egoísta dos interesses pode afastar-se do bem comum, ou seja, da ideia de maximização do bem-estar exigida pela

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2 ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 351-398.

⁴⁸ SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 20.

visão social do conceito de eficiência. Quando uma pessoa com alto poder aquisitivo busca medicamentos gratuitos junto ao Estado ela é racional no sentido de alcançar o seus interesses, mas ninguém conseguiria afirmar que a alocação para ela é uma medida que atende à otimização dos recursos, ou seja, faz-se necessária a atuação do Estado na questão não só no sentido da prestação, mas no sentido da entrega socialmente eficiente dos medicamentos.

Observa-se que a Constituição brasileira ao prestigiar a liberdade, a livre iniciativa e a propriedade, acabou por aceitar que a eficiência econômica é um valor constitucional a concorrer com os demais. Da mesma forma que a ulterior posituação da eficiência dentre os princípios norteadores da Administração Pública também estreitou os laços entre o Direito e a Economia. Não obstante isso, a aplicação da eficiência é diverso quando se trata do âmbito público e do privado. Como bem apontou Flávio Galdino,⁴⁹ a eficiência perpassa todo o Direito por meio da necessária busca da efetividade dos direitos fundamentais:

A eficiência promove a releitura da administração pública, passando a funcionar como parâmetro de legitimação do Estado de Direito – para ser realmente legítimo, um Estado e a sua respectiva agenda administrativa devem ostentar padrões de eficiência.

É preciso construir o significado e a aplicabilidade desse novo princípio constitucional, o qual, para falar a verdade, não é imposto unicamente ao administrador público, mas de um modo geral a todo o sistema jurídico e a seus operadores.

Ao posicionar-se pela maior amplitude de um princípio tradicionalmente tratado como próprio do direito administrativo, o doutrinador aproxima-se da *Law and Economics* e ao mesmo tempo insere o problema dos custos dos direitos dentro da teoria dos direitos fundamentais perpassando, inclusive, o direito privado. Note-se, ainda, que o autor não sustenta uma visão radical a respeito da busca de eficiência econômica, de modo a defender que a mesma seja almejada concomitantemente com os demais valores constitucionais:

E muito apropriadamente, sustenta-se que a eficiência do sistema jurídico – aqui englobada também a eficiência da administração pública – há de ser conjugada a valores e ocupada de questões éticas e sociais, notadamente de caráter (re)distributivo da riqueza produzida no país (conforme delineada no item 12.3).⁵⁰

Logo, mesmo um doutrinador que se coloca como representante da *Law and Economics*, afasta-se daquelas considerações iniciais de Richard Posner quando este lançara as primeiras linhas acerca da Análise Econômica do

⁴⁹ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 260.

⁵⁰ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 260.

Direito. Flávio Galdino admite a redistribuição de riquezas e, assim, revela ser idealizador de uma sociedade mais igualitária em seu viés substantivo próprio à segunda geração/dimensão de direitos fundamentais.

Acerca da relação entre eficiência e direitos fundamentais, veja-se o posicionamento de Flávio Galdino:⁵¹

Em conclusão, a eficiência não é inimiga dos direitos fundamentais. Ao contrário de ser uma forma de substituir critérios de justiça por critérios puramente financeiros, a eficiência – adequadamente construída – é um poderoso instrumento de transformação social e proteção dos valores democrático (*sic*) e dos direitos fundamentais.

Mesmo que o autor assevere com veemência a relação entre eficiência e direitos fundamentais, há alguns obstáculos a serem superados pela perspectiva da *Law and Economics*, sob pena da mesma ser absolutamente rejeitada, dentre os quais se destacam ser determinista e utilitarista. O determinismo foi reconhecido por Flávio Galdino⁵² e o utilitarismo foi assumido por Richard Posner.⁵³

Embora sem adentrar nas questões propriamente econômicas, Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁴ fez corretamente a relação entre moralidade, eficiência, escassez e efetividade dos direitos sociais nas palavras que seguem:

Parece-nos oportuno apontar aqui (mesmo sem condições de desenvolver o ponto) que os princípios da moralidade e da eficiência, que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais.

Em posicionamento semelhante e relacionado especialmente com a exigibilidade judicial do direito à saúde, Cláudio Pereira de Souza Neto⁵⁵ admite a interpretação consequencialista da *Law and Economics* como uma contribuição importante à efetividade do direito social, conforme a passagem que segue:

⁵¹ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 267.

⁵² GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 265.

⁵³ POSNER, Richard. *Wealth Maximization and Tort Law: a Philosophical Inquiry*. In: OWEN, David G. (Org.), et al. **Philosophical Foundations on Tort Law**. New York/London: Oxford University Press, 1995, p. 106.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 381.

⁵⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 532 e 533.

A contradição entre a distribuição de medicamentos (saúde curativa) e a construção de rede de distribuição de água potável (saúde preventiva) não é necessária. O Estado pode realizá-las simultaneamente. É possível ainda propor outras contradições mais expressivas. Em regra, distribuir medicamentos ou construir creches tende a ser mais importante que custear shows de música, propaganda governamental ou obras faraônicas. Inclusive, se a Administração já costuma investir significativamente em políticas sociais, a presunção de legitimidade de suas opções deve ser reforçada, demandando controle jurisdicional mais flexível. Por outro lado, se a Administração pretere esse tipo de investimento, o controle jurisdicional deve ser mais rigoroso.

Além disso, o argumento econômico, quando utilizado para negar efetividade a direitos sociais, tende a incorrer em utilitarismo incompatível com a dignidade da pessoa humana. Não é possível permitir a morte de pacientes se o Estado dispõe de recursos para evitá-la. Os juízos consequencialistas só são compatíveis com a ordem constitucional quando servem para orientar o Judiciário na escolha de uma das possibilidades interpretativas a que se abre o texto constitucional, dentre as que se harmonizam com a dignidade humana. Se determinado texto normativo comporta várias interpretações compatíveis com o princípio, o magistrado deve optar pela que produza melhores consequências práticas. A análise econômica pode oferecer contribuição relevante para o aperfeiçoamento da concretização dos direitos sociais, mas sempre subsidiária à interpretação do texto constitucional e à argumentação moral-prática.

O problema do posicionamento de Cláudio Pereira de Souza Neto é que ele adota o ‘princípio do resgate’, consistente na ideia de que todos os recursos devem ser aplicados na saúde independentemente de outros juízos e que foi amplamente criticado por Dworkin em “A Virtude Soberana”.⁵⁶ Assim, o autor acaba por, na prática, ignorar o problema da escassez e dos custos dos direitos, especialmente no que diz respeito à aplicação de vultosas quantias em tratamentos duvidosos. Dessa forma, abandona a arena da colisão de direitos fundamentais e acaba sobrepondo o direito à saúde aos demais.

Acerca, especificamente, da admissão da eficiência como valor a ser perseguido, vale lembrar a advertência de Mario Júlio de Almeida Costa:⁵⁷

Em rápida síntese, sublinhe-se que uma coisa é admitir a eficiência como condição da justiça das soluções e coisa diversa é pretender que a simples eficiência substitua a justiça como padrão único da ordem jurídica. Ao fim e ao cabo, está em causa uma absolutização inaceitável de meros critérios pragmáticos, típicos das orientações utilitaristas, com desterro do sentido humano do direito.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a Teoria e a Prática da Igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 431-449.

⁵⁷ COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 119.

De outra sorte, Ronald Dworkin⁵⁸ foi incisivo ao negar a condição de valor à eficiência econômica. Aduziu o jusfilósofo norte-americano somente ser possível a afirmação que o Direito busca a eficiência se a mesma for atrelada à algo moralmente legítimo que conduza à felicidade. No sentido de que a eficiência não possui conteúdo próprio, também é o posicionamento de Humberto Ávila⁵⁹ que sustenta tratar-se de ‘metanorma’, da espécie por ele denominada ‘postulado normativo aplicativo’. Em suma: a riqueza deve estar ligada à maximização do bem-estar, de modo a ser adotado um conceito de eficiência social.

4 A conformidade constitucional dos diversos conceitos de eficiência e a opção conforme a otimização da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais

Após ter sido examinado como a doutrina juspublicista e a Análise Econômica do Direito lidam com a ideia de eficiência, cumpre examinar a adequação constitucional das lições colacionadas e testar sua compatibilidade axiológica dentro do sistema jurídico brasileiro. Algumas premissas nucleares precisam ser estabelecidas para o enfrentamento do tema.

A primeira ideia que deve ficar clara é a de que o Direito é sistema de valores, princípios e regras jurídicas.⁶⁰ Tais elementos de caráter axiológico e deontológico devem relacionar-se de forma a constituírem-se em uma ordem e uma união,⁶¹ cujas conexões devem ser feitas pela doutrina e pela jurisprudência.

A segunda premissa a ser colocada é a necessidade de compromisso com a força normativa da Constituição, tal qual explicitou Konrad Hesse.⁶² Comungando da mesma preocupação, José Joaquim Gomes Canotilho⁶³ afirma a necessidade de conferir à Constituição, por meio da interpretação, a máxima efetividade dos direitos fundamentais, bem como da imperativa compreensão da unidade da Lei Maior, de modo a entendê-la na globalidade de suas prescrições que devem ser harmonizadas quando colidentes.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 351-398.

⁵⁹ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 430-437. Parece seguir o entendimento de que a eficiência é um postulado: PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 70.

⁶⁰ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 54 ss.

⁶¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 22, *passim*.

⁶² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3^a ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.148 e 1.149.

Por fim, a última noção fundamental é a de que, como bem sustenta Flávio Galdino,⁶⁴ os custos não são algo externo ao Direito. É certo que a medida da possibilidade de efetivação dos direitos influi no âmbito do próprio direito subjetivo – conceito que, aliás, merece ser repensado.

É por todos sabido que ocorreu uma verdadeira Revolução Copernicana destinada a colocar a Constituição no centro dos sistemas jurídicos ocidentais.⁶⁵ Assim, além de ser o ápice da pirâmide dos diplomas legislativos, a Lei Fundamental passou a constituir-se no centro do sistema jurídico e a constitucionalização de todos os ramos do Direito tornou-se uma premissa metodológica inarredável. Desse modo, a compreensão do direito à saúde começa pela interpretação de como a Constituição prevê a assistência preventiva, curativa e promocional da vida de cada ser humano e como isso pode ser realizado com maior eficiência e efetividade. Para tanto, cumpre definir qual o conceito de eficiência é desejável dentro da ordem jurídica brasileira e qual a força normativa do conceito.

A eficiência econômica não pode ficar circunscrita ao direito administrativo como se a sua positivação no art. 37 da CF/88 acabasse com a discussão dos custos e da alocação de recursos nas demais áreas do Direito. A doutrina administrativista cuidou com maior vagar da eficiência porque topologicamente na CF/88 parece ser tema mais próximo da gestão da coisa pública, mas isso não quer dizer que eficiência seja aquilo que os administrativistas digam que é e nem que esteja distante de outras searas do conhecimento jurídico. Isso posto, deve entender-se como a eficiência funciona no mercado e quando o bem em questão passa para a alocação do Estado.

A eficiência econômica não está restrita ao campo da Economia e sua inserção no Direito transcende o direito administrativo. A sua positivação no art. 37 da Constituição deixa transparecer sua condição de princípio jurídico, entendido este como norma que ordena realizações,⁶⁶ no caso em tela, a maximização de bem estar. A natureza de princípio identifica de plano sua dimensão de peso ou importância, de forma a identificar-se uma tensão mútua e a consequente restrição entre eficiência e demais princípios jurídicos.⁶⁷ Portanto, a eficiência é um dentre vários objetivos a serem buscados pelo

⁶⁴ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 127-143 e 233 ss.

⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 128.

⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid. Centro de estudios constitucionales, 1997, p. 86.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 39-43.

Estado e pela Sociedade, de modo a afastar a obstinação inconsistente com que a *Law and Economics* eleva-a a único valor a ser defendido pelo sistema jurídico. Assim, fica evidente que a própria CF/88 afasta o ‘funcionalismo economicista’, de modo a colocar limites à majoração da eficiência econômica ao colocar outros objetivos igualmente elevados em choque com a mesma como se demonstrará adiante.

O conceito de eficiência admitido pelo Direito é o de Kaldor-Hicks, pois mesmo que a situação de determinadas pessoas piore, a obtenção de maior bem-estar por outras admite a compensação e, assim, alcança-se a proporcionalidade em sentido estrito na medida em que os ganhos superem as perdas. Porém, a lógica do custo-benefício não pode ser vista de forma a apenas maximizar o bem-estar sem tutelar o mínimo existencial, de modo a ser exigência constitucional a proibição de excesso, de inoperância, bem como a tutela da dignidade humana enquanto valor-fonte a impedir a utilização de qualquer ser humano como meio e não como o fim de toda ação do Estado e de outros homens. Dessa forma, afasta-se a visão utilitarista e afirma-se um Direito ‘promocional’ comprometido com o bem de todos e com a proteção do mínimo existencial.

Existe um aspecto muito problemático na apropriação do conceito de eficiência que, de certa forma, já foi abordado antes, a saber, a eficiência deve servir à otimização de recursos e de bem-estar e não como mera busca de riquezas como se essa fosse um fim em si mesma. A ideia de que quem tem mais dinheiro para adquirir um determinado bem o merece mais e a de que quando alguém está disposto a pagar mais isso significa que estime mais a coisa, ou seja, dê mais valor à ela, não resiste à força normativa da Constituição, bem como observa-se que tal noção é própria do direito privado, vez que submissa à Teoria da Negociação. Isso porque a Constituição deixa claro o respeito devido a cada ser humano tão-somente em razão de sua dignidade intrínseca e isso representa que se de um lado o sistema econômico capitalista centra-se na ideia de merecimento, de outro a proteção devida à cada pessoa sem alusão à seu poder aquisitivo representa um respeito às necessidades de cada um, de modo a complementarem-se a lógica do Mercado e a do Estado Constitucional entendido como promotor da liberdade, da igualdade (formal e material) e da fraternidade, consoante a evolução histórica dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido advogado no presente estudo é a posição de Emerson Gabardo. Para o autor,⁶⁸ faz-se imperativo não apenas o crescimento, mas também o desenvolvimento econômico, de modo a agregar os fatores sociais

⁶⁸ GABARDO, Emerson. **Legitimidade e Eficiência do Estado: Uma Análise das Estruturas Simbólicas do Direito Político**. Barueri: Manole, 2003, p. 122.

aos indicadores financeiros e, assim, acompanhar a melhora do padrão de vida da sociedade. Conforme o doutrinador (aí reside o ponto de grande convergência entre as proposta deste e daquele trabalho) é necessário pensar em um outro conceito de eficiência. Nas palavras de Emerson Gabardo:⁶⁹

[...] a eficiência do aparelho do Estado só poderá ser averiguada tendo como parâmetro esse fundamento, o que exclui de plano a perspectiva da eficiência liberal, que além de ser internamente falha é externamente ineficiente, à medida que desconsidera os fatores sociais na instituição dos critérios de avaliação do sistema econômico.

Porém, a compreensão da eficiência enquanto princípio otimizador do bem-estar não elimina a existência de escolhas trágicas por parte da Administração Pública. Quando o medicamento encontra-se à venda no Mercado ele está ao alcance de quem puder pagar seu preço e não de quem precisar mais e sua alocação tende ao aumento de riquezas e não otimiza o bem-estar da Sociedade como um todo. Portanto, a intervenção do Estado faz-se necessária para que seja disponibilizado o remédio a quem dele mais precisar, de forma a ocorrer uma alocação melhor do que aquela que seria realizada pela iniciativa privada. Entretanto, o Estado deverá escolher quem vai receber a providência e essa é uma escolha trágica, pois haverá um número maior de necessitados do que o de recursos.

Como observa Ronald Dworkin,⁷⁰ há muito tempo políticos e a comunidade médica sustentam o que foi denominado ‘princípio do resgate’. A ideia central do argumento é no sentido de que devem ser realizados todos os gastos necessários para atender às necessidades de saúde das pessoas e de que a falta de dinheiro não deve ser óbice para a realização de qualquer tratamento médico.

Ronald Dworkin,⁷¹ acertadamente, assevera a impossibilidade de alocação de todos os recursos em determinado sentido na medida em que nem o Estado e nem os indivíduos gastariam todos seus recursos apenas cuidando de sua saúde, pois devem cuidar de sua educação, segurança, lazer, etc. Portanto, pensar que a saúde é a única dimensão da vida a ser tutelada é negar importância à outros aspectos relevantes da existência humana e, dessa forma, não se constituiu em único objeto de preocupação do Estado e das pessoas.

A Constituição Federal coloca a saúde como um dentre tantos direitos fundamentais e sua efetivação não pode solapar os demais. A otimização da

⁶⁹ GABARDO, Emerson. **Legitimidade e Eficiência do Estado: Uma Análise das Estruturas Simbólicas do Direito Político**. Barueri: Manole, 2003, p. 122.

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 434.

⁷¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 434 e 435.

efetividade dos direitos fundamentais deve ser realizada mediante escolhas que aloquem os recursos da melhor forma, ou seja, de forma a agregar o maior bem-estar possível, em todas as áreas e mesmo assim, ainda haverá insuficiência de recursos, pois a escassez é a regra e a abundância, a exceção.

A eficiência no mercado é realizada pela diminuição dos custos de transação, de modo a permitir com que os bens sejam alocados a quem mais os estime. De outro lado, cabe ao Estado intervir quando o Mercado seja incapaz de fazer a alocação eficiente ou a maximização de bem-estar exigida pela igualdade de oportunidades própria da 2ª geração/dimensão de direitos fundamentais enseje a intervenção estatal. A livre iniciativa é a regra, enquanto a intervenção do Estado deve ser subsidiária.

O Mercado não consegue alocar de forma eficiente os recursos quando houver: falta de mobilidade (os agentes econômicos não agem tão rápido quanto deveriam), falta de transparência (assimetria de informações quando das contratações), concentração econômica (falta de um número competitivo de agentes econômicos e/ou concatenação das condutas para burlar a concorrência), externalidades (falta de incorporação no preço de danos e benefícios ocasionados à sociedade quando do consumo e da produção) e falta de incentivos para a valorização dos bens coletivos/públicos.⁷²

Nas hipóteses acima o Mercado não consegue dar uma solução satisfatória e o Estado acaba por adotar diversas medidas, tais como: regular a produção, instituir uma maior proteção jurídica a determinados contratantes e assumir a propriedade dos bens cuja fruição seja comum e por isso cobra impostos que se constituem em espécie tributária sem contraprestação direta ou vinculação de receita, ao contrário das taxas, contribuições sociais e de melhoria.

Porém quando o Estado assume a responsabilidade sobre a alocação de bens de forma direta a eficiência passa a ser um imperativo de gestão da coisa pública onde alguns necessitados ficarão com um melhor e outros com um pior grau de assistência. Como bem colocou Gustavo Amaral,⁷³ a essencialidade do bem para a satisfação da necessidade e o seu custo são os fatores mais relevantes na tomada de decisão. Em sentido semelhante, Luís Roberto Barroso⁷⁴ aduz que a indispensabilidade para a manutenção da vida é um fator extremamente relevante para a concessão da medida pleiteada quando se tratar do direito fundamental à saúde.

⁷² NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 141-167.

⁷³ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 215.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 901 e 902.

Até então, tudo quanto foi dito em relação à eficiência se aproxima em muito da noção de economicidade, exceto quanto à verificação dos resultados sociais, eis que própria do primeiro princípio e estranha ao segundo. No entanto, a Análise Econômica do Direito permite ver-se na eficiência uma dimensão que extrapola a gestão dos recursos públicos, a saber, a regulação das condutas das pessoas de forma a efetivar os direitos fundamentais, independentemente de investimentos estatais. Passa-se, assim, a expor melhor essa visão da eficiência.

Como explicou Daniel Goldberg, quando se obriga o fumante a pagar pesada tributação em decorrência do seu vício, se está a imputar um custo à ele que se pensa inferior aos benefícios sociais decorrentes do abandono/diminuição do vício, bem como das despesas médico-hospitalares e previdenciárias originadas pelo tabaco. No exemplo do autor o Estado não gasta, mas regula a situação de forma a gerar resultados sociais e isso está prescrito pelo princípio da eficiência disposto no art. 37 da Constituição Federal.

Quando Cooter e Ullen discorrem sobre a troca de domicílio de determinada sociedade empresarial e mostrando que um Município perde e outro ganha em termos de arrecadação, postos de trabalho, etc. se está a revelar que há custos sociais e que qualquer política pública responsável deve otimizar os resultados sociais decorrentes dessa mudança. Tudo sem se falar em investimento público propriamente dito.

A quebra de patentes em termos de medicamentos foi autorizada sempre que o bem-estar dos enfermos foi maior do que a sociedade perdeu com um suposto desestímulo à criação de novos fármacos. Por isso é aconselhável a quebra da patente quando o remédio estiver sendo comercializado há certo tempo e o custo monetário for elevado para os pacientes, sob pena do desestímulo à indústria redundar em inefetividade do próprio direito fundamental à saúde. Veja-se que tudo isso sem envolver gastos públicos.

5 Os deveres fundamentais e a efetivação do direito à saúde por meio da eficiência

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho,⁷⁵ os deveres fundamentais, tal como os direitos, estabelecem relações entre indivíduo e comunidade. Como bem coloca o doutrinador lusitano, inexistente simetria entre direitos e deveres fundamentais, vez que há deveres autônomos, em contraposição aos deveres conexos, bem como seu descumprimento não implica na perda da titularidade de direitos. Assim, não se pode entender que à cada direito corresponda um dever ou vice-versa.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 491-493.

Na Constituição portuguesa de 1976 há menção expressa aos deveres fundamentais no título da parte I denominada “Direitos e deveres fundamentais” e, logo em seguida, no art. 12, 1, prescreve-se a universalidade dos direitos e deveres, conforme a seguinte disposição: “Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.” Adiante (art. 12, 1) coloca-se em situação igual as pessoas físicas e jurídicas quanto à titularidade de direitos e deveres.

Como já referido, há deveres fundamentais conexos e autônomos. Os deveres conexos representam uma face necessária dos direitos fundamentais, sendo sua correlação intrínseca ao exercício dos mesmos. Canotilho⁷⁶ cita como exemplos de deveres conexos o de educar os filhos, o de promoção da saúde e de tutela do ambiente. De outro lado, os deveres autônomos, embora contribuam à efetividade dos direitos fundamentais, não possuem com estes ligação direta, ou seja, não representam uma dimensão dos mesmos, sendo exemplos o dever de pagar impostos e o de prestação de serviço militar, conforme Canotilho.⁷⁷

Conforme José Casalta Nabais,⁷⁸ em tese de doutorado cujo tema foi o dever fundamental de pagar impostos, existe um imbricamento entre direitos e deveres fundamentais, na medida em que a concretização dos primeiros depende do cumprimento dos segundos, gerando assim, aquilo que denominou “conexão funcional”. No caso do direito à saúde dos cidadãos existem os deveres dos demais no sentido de pagarem tributos e do Estado de administrar os recursos da forma mais eficiente possível.⁷⁹

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 493.

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 493.

⁷⁸ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 117-120.

⁷⁹ A realidade, ou melhor, as possibilidades fáticas, não podem ser ignoradas pelos operadores do Direito e, por isso, impõe-se o estudo crítico do tema, inclusive para evitar uma incorporação equivocada da experiência constitucional de outros países. Sobre o risco de absorção equivocada do direito constitucional estrangeiro, veja-se: KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Fabris, 2002, especialmente as páginas 56 e 57. Sobre a decisão que consagrou a noção de ‘reserva do possível’, assim dissemos em outro trabalho: “Caso numerus clausus (1977): numerus clausus foi a denominação conferida à política alemã da década de 60 onde ficou limitada a quantidade de vagas para cursos universitários com grande demanda³. Ao analisar pedido de vaga pelos estudantes que não a obtiveram administrativamente decidiu-se que o direito à escolha e exercício de uma profissão fica limitado à ‘reserva do possível’, conforme as possibilidades fáticas apreendidas em um dado contexto e conforme aquilo que seja razoável esperar da atuação de determinado Estado⁴. Assim, o direito à educação universitária possui caráter *prima facie*.” (DAVID, Tiago Bitencourt De. **Decisões judiciais paradigmáticas do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e da Suprema Corte dos Estados Unidos**.

Conforme Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins,⁸⁰ apesar da Constituição Federal ter intitulado o capítulo I do título II de “deveres individuais e coletivos”, não foi estabelecido expressamente um rol de deveres. Mas isso não quer dizer que não existam deveres fundamentais explícitos e muito menos pode significar que não hajam deveres previstos na Constituição, conforme os mesmos doutrinadores.⁸¹ No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet⁸² assevera a necessidade de interpretação da Constituição Federal de forma a conferir-lhe a máxima efetividade dos direitos na medida do cumprimento dos deveres fundamentais, bem como por meio destes, atender-se à necessária participação ativa dos cidadãos na vida pública para a construção de uma sociedade melhor.

Há na Constituição Federal deveres tanto por parte do Estado quanto dos particulares. Os cidadãos, por exemplo, ficam submetidos aos deveres de prestação de serviço militar obrigatório, de votar – mesmo que possam anulá-lo –, bem como a educação é dever da família, além de sê-lo também do Estado.

A oponibilidade de direitos fundamentais entre particulares (*Drittwirkung*) deve ser afirmada como necessária manifestação da aplicabilidade imediata dos deveres fundamentais.⁸³ Complementando tudo que foi bem exposto por Canotilho, caberia ainda aduzir que, mesmo em casos de aplicabilidade mediata, o núcleo de cada dever fundamental possui o condão de irradiar uma eficácia mínima, tal qual uma norma da espécie regra, tal como já aduzido acerca do cerne dos direitos fundamentais, na esteira de Robert Alexy e Ana Paula de Barcellos, bem como daqueles que defendem a mesma ideia à luz da proibição de excesso e/ou de proteção deficiente (Ingo Wolfgang Sarlet, Humberto Ávila, Juarez Freitas, Lenio Streck, etc.).

In: www.tex.pro.br – http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00_decisoes_judiciais.php). Para mais informações, veja-se: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 425; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 287.

⁸⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 76.

⁸¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 76.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 240.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 495 e 496.

Quanto aos deveres do Estado, cabe aduzir que a efetivação dos direitos fundamentais – de qualquer geração/dimensão – implica na obrigação jurídica da tomada de medidas tendentes a realizá-los.⁸⁴ É nesse âmbito que está inserido o princípio da eficiência.

A eficiência como dever do Estado implica na obrigação jurídica de promover o maior bem-estar possível com determinada quantidade de recursos. Um critério estabelecido para conferir maior efetividade aos direitos sociais elaborado por Cláudio Pereira de Souza Neto⁸⁵ consiste em atribuir “prioridade para a solução mais econômica” e está vazado nos seguintes termos:

Se há duas soluções técnicas adequadas para o mesmo problema, o magistrado deve optar pela que demande menor gasto de recursos públicos.

Certo é que a questão da escassez de recursos impõe-se como um relevante vetor na exigibilidade judicial dos direitos sociais, de modo a problematizar sua exequibilidade. Sobre o ponto, veja-se a lição de Cláudio Pereira de Souza Neto:⁸⁶

Deve-se ponderar se a decisão judicial seria exequível se a providência fosse universalizada. O governo não tem recursos para construir casas para todos os cidadãos brasileiros que não possuem moradia adequada, apesar de o custo de uma casa ser insignificante se comparado ao orçamento público.

A importância das consequências do reconhecimento de determinada pretensão já era investigada por Karl Larenz⁸⁷ quando este aduzia que não se pode esperar de um juiz prudente que ‘aplique o Direito mesmo que o mundo pereça’, sendo a seguir transcrita passagem onde desenvolve seu posicionamento:

Al Tribunal Constitucional incumbe una responsabilidad política respecto al mantenimiento del orden jurídico-estatal y su capacidad funcional. No puede proceder según la máxima: Fiat justicia, pereat res publica. Ningún juez constitucional procederá así prácticamente. Aquí la consideración de las consecuencias es, por tanto, totalmente irrenunciable, y en este punto tiene razón Kriele. Ciertamente las consecuencias (más lejanas) tampoco son siempre abarcables con la mirada por un Tribunal Constitucional,

⁸⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 76.

⁸⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 542.

⁸⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 526 e 527.

⁸⁷ LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia de Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 504 e 505.

a pesar de que éste dispone ciertamente de posibilidades mucho más amplias que un simple juez civil de conseguir una imagen de aquéllas. Pero esto tiene que ser tenido en cuenta. Por lo que se refiere a la evaluación de las consecuencias esperables, esta evaluación sólo puede estar orientada a la Idea del “bien común”, especialmente al mantenimiento y perfeccionamiento de la capacidad funcional del Estado de Derecho. En este sentido es una evaluación política, para habiendo de exigirse de cada juez constitucional que se libere, en cuanto sea posible, de su orientación política subjetiva, de simpatía con determinados grupos políticos o de antipatía contra otros, y procure una resolución imparcial, “racional”.

Cabe ainda aduzir que o mesmo dever de eficiência não existe somente quando o Estado aplica seus recursos, mas também quando atua por meio de, por exemplo, incentivos fiscais, determinado seguimento produtivo, de modo a possibilitar que determinadas atividades econômicas sejam desempenhadas nos locais onde o resultado social seja melhor, tal como, por exemplo, gerando mais empregos. Outra medida exigida pela noção de eficiência aqui defendida é a quebra de patentes de medicamentos quando não tiver sido verificada melhora sensível no desempenho do produto e a necessidade social for significativa.

A defesa e a proteção do direito à saúde na Constituição portuguesa encontra-se prevista no art. 64, 1, tendo sido vazada nos seguintes termos: “Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.” Conforme Canotilho e Vital Moreira, podem ser depreendidos do dispositivo diversos deveres, tanto positivos quanto negativos, dentre os quais cabe destacar: o de executar a vacinação (fazer) e de não fumar em lugares públicos (não fazer). Note-se que se trata de deveres oponíveis tanto ao Estado quanto aos particulares.

Mesmo sem utilizar a expressão dever, há a prescrição da eficiência na gestão dos recursos destinados à saúde na alínea “b” do art. 64, 3, da Constituição lusitana de 1976. Segundo Canotilho e Vital Moreira,⁸⁸ a menção à eficiência remete ao princípio da economicidade a exigir a otimização dos recursos públicos utilizados na política de acesso à saúde em Portugal. Portanto, há, de um lado, o dever de Estado e particulares tutelarem a saúde e, de outro, o dever da Administração de gerir de forma eficiente os recursos públicos quando da implementação da política sanitária.

No Brasil, o mesmo pode ser dito, vez que – mesmo sem a menção expressa ao dever por parte de todos, inclusive dos particulares, de respeito à saúde – depreende-se dos arts 6º e 196 da Constituição uma pretensão

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa: anotada**. Vol. 1. Coimbra/ São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2007, p. 830.

jurídica tanto em face do Estado quanto dos demais cidadãos. Na mesma linha, o dever de eficiência deriva do princípio constitucional instituído no *caput* do art. 37 da Constituição Federal que exige a administração racional dos recursos provenientes da sociedade em posse do Estado que deve utilizá-los para construir uma sociedade solidária onde a tutela da dignidade humana possui prioridade.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid. Centro de estudios constitucionales, 1997.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José Santos. **Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei 9.784 de 29/1/1999**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- DAVID, Tiago Bitencourt De. **Decisões judiciais paradigmáticas do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e da Suprema Corte dos Estados Unidos**. *In*: www.tex.pro.br – http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00_decisoas_judiciais.php
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a Teoria e a Prática da Igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- _____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **Uma Questão de Princípio**. 2 ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GABARDO, Emerson. **Legitimidade e Eficiência do Estado: Uma Análise das Estruturas Simbólicas do Direito Político**. Barueri: Manole, 2003.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e Política Antitruste**. São Paulo: Singular, 2006.
- GIUDICE, Federico del. **La Costituzione Esplicata**. 7 ed. Napoli: Simone, 2008.
- HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. In: A Ideia de Platão a Rawls. MAFFETONE, Sebastião; VECA, Salvatore (Orgs.) São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ, volume I, n. 2, maio de 2001.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- LARENZ, Karl. **Metodologia de la Ciencia de Derecho**. Barcelona: Ariel, 2001.
- PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 6 ed. New York: Aspen Publishers, 2003.
- _____. Wealth Maximization and Tort Law: a Philosophical Inquiry. In: OWEN, David G. (Org.), et al. **Philosophical Foundations on Tort Law**. New York/London: Oxford University Press, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- STAJN, Rachel. Law and Economics. In: **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005.
- TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover os direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Organizadores). **Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível**. Porto Alegre, 2008.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto Costituzionale**. 3ª ed. Padova: Cedam, 2001.
- ZYLBERSTAJN, Décio. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005.