

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA III**

FLÁVIO LUÍS DE OLIVEIRA

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

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

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Flávio Luís de Oliveira, Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-353-5

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

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

A parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA propiciou a realização do XXV CONGRESSO DO CONPEDI, no período de 7 a 10 de dezembro de 2016, com o tema “Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito”.

No Grupo de Trabalho “PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III”, houve um intenso debate com a participação de pesquisadores de todo o Brasil, doutores/as, doutorandos/as, mestres/as e mestrandos/as e, inclusive, de um ilustre professor francês, coautor de artigo apresentado. Vale destacar também que as contribuições não se restringiram a processualistas, mas, participaram especialistas de outras temáticas, cujo recorte epistemológico dialogava com a temática central da efetividade da Justiça, em diversas dimensões.

Como coordenadores, tivemos o privilégio de conhecer diferentes pesquisas na temática do GT, tendo como ponto de convergência a profundidade com que os artigos foram elaborados e apresentados, além de viabilizar espaço para as intervenções que enriqueceram os blocos de debates entre participantes e autores/as.

Tratando do processo, da jurisdição e da efetividade da Justiça, os debates giraram em torno do novo Código de Processo Civil e de outras temáticas correlatas ao processo e à efetividade da Justiça, tais como: CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS; LIMITES TERRITORIAIS DA COISA JULGADA EM AÇÕES COLETIVAS; CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE E FORÇA VINCULANTE; COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: OS EFEITOS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE; OS PRECEDENTES VINCULANTES NAS TRADIÇÕES DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW; EFETIVIDADE DA PUBLICIDADE DAS DECISÕES EM PROCESSOS COLETIVOS POR MEIO DA ARQUITETURA DA INTERNET; MEIOS DE RACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS; APLICAÇÃO DIFERENCIADA DAS ASTREINTES NO DIREITO AMBIENTAL PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DA SUA PROTEÇÃO; PERSPECTIVA DO INSTITUTO DA EVICÇÃO; A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DECORRENTE DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE; AS FACES DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AS GARANTIAS E OS DIREITOS

CONSTITUCIONAIS; AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AOS INVESTIDORES NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS; A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DIANTE DA POSTURA DA FAZENDA PÚBLICA; FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS; AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS E OS REQUISITOS DE VALIDADE; A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO; A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA ANTECEDENTE; ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO NOVO INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA DE URGÊNCIA; ANÁLISE DOS DIREITOS SOCIAIS E A EFICIÊNCIA DA 'LAW AND ECONOMICS' DE RICHARD POSNER; AS IMPLICAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA; A ATUAÇÃO PEDAGÓGICA DO MAGISTRADO; e, A ASSISTEMATICIDADE NA APLICAÇÃO DO IRDR AO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.

As contribuições dos autores e autoras de cada um dos artigos incluídos nesta publicação do CONPEDI são relevantíssimas e terão impacto na produção científica em relação às temáticas desenvolvidas, diante da seriedade das pesquisas realizadas, com grande potencial de se tornarem referência para as pesquisas desenvolvidas e que tangenciam ou se vinculam ao tema do Grupo de Trabalho “Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça”.

Esta contribuição final do Grupo de Trabalho n. 36, revela o compromisso com a qualidade da produção científica de pesquisadores da Área do Direito, fortalecendo o Sistema Nacional de Pós-graduação.

Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira – ITE/Bauru

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – UNESP/Franca

**ANÁLISE DOS DIREITOS SOCIAIS ENTRE A (IN)EFICÁCIA E A EFICIÊNCIA
DA 'LAW AND ECONOMICS' DE RICHARD POSNER**

**ANÁLISIS DE LOS DERECHOS SOCIALES ENTRE LA (IN)EFICACIA Y LA
EFICIENCIA DE LA 'LAW AND ECONOMICS' DE RICHARD POSNER**

**Daniela Menengoti Ribeiro
Danilo Zanco Belmonte**

Resumo

O trabalho aborda a dimensão protetiva dos direitos sociais e a ineficácia da sua prestação material pelo Estado brasileiro, que se utiliza do preponderante argumento de que os custos de tais direitos superam os recursos orçamentária. Esta atuação estatal é nitidamente marcada pela eficiência econômica da Law and Economics, que defende a ideia de que os processos legais, mais do que assegurar direitos, devem produzir melhor alocação de recursos. Diante desta realidade, a eficácia dos direitos sociais prestacionais, se concretiza, na grande maioria das vezes, pela provocação do Estado.

Palavras-chave: Eficácia, Eficiência, Direito sociais, Análise econômica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

El trabajo aborda la dimensión de protección de los derechos sociales y la ineficacia de suministro de equipo por el gobierno brasileño, que utiliza el argumento líder que los costos de tales derechos son mayores que los recursos presupuestarios. Esta acción estatal está claramente marcada por la eficiencia económica de la Law and Economics, que apoya la idea de que el proceso legal, en lugar de garantizar los derechos, debe producir una mejor asignación de recursos. Ante esta realidad, la efectividad de los derechos sociales prestacionales, se realiza en la mayoría de los casos, por la provocación del Estado.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Eficacia, Eficiencia, Derechos sociales, Análisis económico del derecho

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu art. 6º, uma gama de direitos sociais – educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados –, advindo da expansão do estado do bem estar social. Tais direitos são caracterizados como fundamentais e se constituem em dever prestacional do Estado frente aos seus titulares.

Entretanto, a prestação dos direitos sociais por parte do Estado fica muito aquém da previsão constitucional, sendo certo que, em muitos casos, a sua implementação fica sub-rogada pela falta de destinação de recursos públicos, deixando uma grande parcela da população sem ter acesso a muitos destes direitos.

A prestação deficitária dos direitos sociais, aliada a uma grande massa populacional que necessita da implementação desses direitos, resulta em uma judicialização expressiva na sociedade brasileira, uma vez que o judiciário acaba por se apresentar como único meio de se obter benefícios sociais imprescindíveis à sobrevivência, tais como, atendimento médico-hospitalar, medicamentos, benefícios assistenciais dentre outros.

Entretanto, a judicialização dos direitos sociais acaba por gerar enorme polêmica no mundo jurídico, pois, se de um lado há quem defenda ferrenhamente o direito individual subjetivo de buscar no judiciário a concretização de direitos sociais, por outro, as condenações impondo tais prestações ao Estado acaba por inviabilizar um adequado planejamento de aplicação dos recursos públicos, além de privilegiar somente aqueles que acessam o judiciário, “furando a fila” das pessoas que aguardam os procedimentos administrativos.

Diante estes argumentos pergunta-se: o direito brasileiro está diante de uma ineficácia ou uma eficiência dos direitos sociais?

Para responder a esta indagação, realizar-se-á uma investigação pelo método de pesquisa dedutivo acerca dos direitos sociais, abordado conceitos e analisando o Estado enquanto sujeito passivo do dever da prestação positiva aos cidadãos titulares de tais direitos. Passar-se-á análise da eficiência com que tais direitos são prestados aos indivíduos e a sociedade, através da ideia de justiça utilitarista de Richard Posner, fazendo um paralelo com a realidade brasileira. Ressaltar-se-á a intensidade com que tais direitos são efetivados por meio de tutela jurisdicional e o ideal de justiça utilizado

nas decisões judiciais que determinam a implementação das prestações sociais ao Estado.

1 DOS DIREITOS SOCIAIS

Segundo Paulo Bonavides, os direitos sociais integram os direitos de segunda dimensão na teoria dos direitos fundamentais, refletindo o pilar da igualdade estabelecido na Revolução Francesa (2010, p. 564). Mas foi na Europa do século XVII que as massas trabalhadoras mais reivindicaram em favor da democracia e dos direitos sociais. Os movimentos revolucionários de 1848¹ e a *Comuna de Paris* de 1871² marcaram este período.

As principais fontes legais institucionalizadas de positivação dos direitos de segunda geração encontram respaldo na Constituição mexicana de 1917, na Constituição alemã de Weimar de 1919, na Constituição espanhola de 1931 e na Constituição brasileira de 1934. (WOLKMER, 2001, p. 9)

Na França, a Constituição de 1791 já previa a instituição do *secours publics* para criar crianças abandonadas, ajudar os pobres doentes e garantir trabalho aos inválidos, e a Constituição de 1848, afetada pela Revolução Industrial e pela condição operária, reconhecia os deveres sociais do Estado, embora não aplicasse uma proclamação dos direitos correlatos aos cidadãos, só consagrados nos textos constitucionais do século XX. (LAFER, 2009, p. 128)

¹ Dá-se o nome de Revoluções de 1848 à série de revoluções na Europa central e oriental (França, Estados Alemães, Áustria, Checoslováquia e Itália), que eclodiram em função de regimes governamentais autocráticos, de crises econômicas, da falta de representação política das classes médias e do nacionalismo das minorias. Na França, a revolta de fevereiro de 1848 foi responsável pela queda do “rei burguês” Luís Filipe d’Orleans, dando fim a Monarquia de Julho e instaurando a Segunda República Francesa.

² A *Commune de Paris* foi o primeiro governo operário da história, fundado em 1871 na capital francesa por ocasião da resistência popular ante a invasão alemã. O governo revolucionário foi formado por uma federação de representantes de bairro – a guarda nacional, milícia formada por cidadãos comuns. Entre as reformas introduzidas pela Comuna estão: a abolição do trabalho noturno; a legalização dos sindicatos; a abolição da pena de morte; a educação gratuita; o fim dos descontos salariais; e o internacionalismo, porque o fato de ser estrangeiro tornou-se irrelevante. Os integrantes da Comuna incluíam belgas, italianos, poloneses, húngaros etc. Em semanas, a recém-nomeada Comuna de Paris introduziu mais reformas do que todos os governos nos dois séculos anteriores.

Contemplados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³ e nos textos constitucionais dos Estados, os direitos sociais são considerados por alguns autores como fórmula fraca e vazia de efetividade:⁴

Histórica e teoricamente tem-se justificado a baixa efetividade dos direitos sociais afirmando-se que não existe a individualidade dos direitos humanos, pois na prática histórica e nos dispositivos legais, encontram-se diferentes níveis de direitos, sendo que os direitos humanos reconhecidos como direitos fundamentais nos textos constitucionais seriam unicamente os direitos civis e políticos. (BARRETO, 2010, p. 193)

Neste caso, o Estado, enquanto sujeito passivo, tem o dever da prestação positiva aos cidadãos titulares de tais direitos, em oposição ao que se reclamava quando da reivindicação dos direitos de primeira geração. Por tal razão, os direitos humanos de segunda geração são chamados de *liberdades positivas* ou seja, supõem a intervenção do Estado para concretizar-se.

Edward Hallett Carr observa, quando da Declaração de 1948, que

a) qualquer declaração de direitos que hoje em dia se considere de alguma validade, deve conter direitos sociais e econômicos, além de políticos; b) que nenhuma declaração de direitos que não contenha, também, uma declaração de obrigações correlatas pode ter um significado transcendental; c) em qualquer declaração de direitos e obrigações do indivíduo, dentro da sociedade, deve considerar-se, na etapa presente, como uma declaração de intenções ou como uma norma a que se deve aspirar, antes como um compromisso internacional obrigatório. (CARR, 2002, p. 25)

Os direitos sociais ou prestacionais contribuem na transição do constitucionalismo liberal – fundado na construção do individualismo, na inação do poder estatal e na propriedade privada – para o constitucionalismo social, uma vez que

³ Artigo 22. “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Acesso em: 20. ago. 2016)

⁴ No Brasil, “[o] constituinte ao listar os valores supremos do estado democrático de direito, considerou os direitos sociais como categoria jurídica essencial do regime que pretenderam estabelecer através da Constituição, e, portanto, pertencentes à mesma categoria hierárquica dos direitos civis e políticos [...] As dificuldades conceituais encontradas na leitura do texto constitucional originam-se, provavelmente, na falta de uma fundamentação lógico-racional para os direitos sociais, a fim de que possam ser integrados no núcleo normativo do estado democrático de direito, ao lado dos direitos civis e políticos, consagrados no estado liberal.” (BARRETO, 2010, p. 193).

determinam ou exigem do Estado, enquanto ente propiciador da liberdade humana, a efetiva garantia e eficácia do direito fundamental prestacional.

Segundo Vicente de Paula Barreto,

O direito do estado liberal concebido no contexto do contratualismo e centrado na propriedade, fechou-se no chamado império da lei e no formalismo jurídico abstrato, impedindo a consideração dos direitos sociais como direitos humanos. Os direitos sociais como direitos nascidos, precisamente, em virtude e como resposta à desigualdade social e econômica da sociedade liberal, constituem-se como núcleo normativo central do estado democrático de direito. (BARRETO, 2010, p. 195)

Na prática, os direitos de primeira dimensão⁵ almejam limitar os poderes do Estado, demarcando a fronteira entre este e a sociedade, enquanto os direitos de segunda geração exigem a ampliação dos poderes estatais.

No primeiro caso a iniciativa cabe aos indivíduos e o papel do Estado é de polícia administrativa por parte do Executivo, de controle pelo Judiciário das lesões individuais, tudo em conformidade com as leis elaboradas pelo Legislativo, nos termos e nos limites estabelecidos pela Constituição. No segundo caso o atendimento dos direitos depende do Estado, requerendo que o Direito desempenhe uma função de promoção dos indivíduos na sociedade através da ampliação dos serviços públicos. (LAFER, 2009, p. 129)

De acordo com Jean Salmon,

Trata-se de “direitos-reivindicação”, exigindo do Estado uma proteção econômica e social e meios econômicos para poder exercer as liberdades. De fato, desde a Revolução Francesa, alguns desses direitos foram proclamados com o mesmo título que os direitos ditos de primeira geração. Esses direitos foram os primeiros a ser consagrados no plano internacional, uma vez que a primeira organização internacional com mandato de proteção dos direitos fundamentais foi a Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919. Da mesma forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos deu-lhes um lugar. No entanto, apenas com o Pacto Universal (1966) relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que esses direitos foram pormenorizados e sistematizados com uma eficácia, de certa forma, relativa, que a globalização atual diminui ainda mais. (SALMON, 2001, p. 397, tradução livre)

⁵ Os direitos humanos de primeira geração são direitos civis e políticos, ou direitos do homem. Trata-se dos direitos individuais vinculados à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. São, pois, “direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos “negativos””. (WOLKMER, 2001, p. 7)

Na análise de Celso Lafer, os direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*⁶, são os direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade.

Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem, na sua coletividade. Daí a complementaridade [...] entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. (LAFER, 2003, p. 127)

Há, no entanto, quem proclame a inconsistência dos direitos sociais como direitos humanos, fundando seus argumentos na efetividade. Primeiro, em razão do caráter programático das normas – ou seja, dependentes de regulação infraconstitucional posterior, diferente dos direitos civis e políticos⁷ –, não possuindo, por essa razão, força de direitos públicos subjetivos. Em segundo lugar, na dependência de uma economia forte, onde as cifras de manutenção das prestações sociais possam ser superadas. Por fim, no argumento preponderante no projeto neoliberal contemporâneo acerca da *reserva do possível*⁸, baseada no fato de que os custos dos direitos sociais superam os recursos orçamentários.⁹

⁶ Estado de Bem-estar Social, também conhecido como Estado-Providência ou ainda *Welfare State* (termo em inglês) é a organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida social, política e econômica do país, em parceria com sindicatos e empresas privadas. Cabe, no entanto, ao Estado do Bem-estar Social garantir os serviços públicos e a proteção à população.

⁷ Segundo Barreto, “[a] grande maioria dos direitos sociais previstos na Carta de 1988 encontra-se aguardando regulamentação sendo mesmo considerada por doutrinadores e magistrados como não obrigando ao seu cumprimento, seja sob a forma de implementação de serviços públicos, seja na salvaguarda de direitos adquiridos, como os da previdência. O detalhamento constitucional dos direitos sociais passa a servir de mero adorno ao arranjo político que termina pôr preservar as desigualdades sociais que a própria Constituição pretende corrigir.” (2010, p. 199)

⁸ O princípio da *reserva do possível* ou da *reserva de consistência* é uma construção jurídica germânica originária de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão. Neste caso, ficou decidido pela Suprema Corte Alemã que, somente se pode exigir do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade. Os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, ou seja, justificaria a limitação do Estado em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais. Em contrapartida, o *mínimo existencial* (artigo 7º, IV, da Constituição Federal) seria o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como a saúde, a moradia e a educação fundamental. Ver a respeito em: LEAL, 2012, p. 439 e ss.

⁹ Neste contexto, ganha relevância o debate entre constitucionalistas brasileiros sobre o conceito do “mínimo existencial.” Inspirada na doutrina e na jurisprudência constitucional alemã, o “mínimo existencial” pretende atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público, que seria obrigado

1.2 A (IN)EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA VISÃO A PARTIR DIREITO BRASILEIRO

Ao se realizar uma análise sobre os direitos sociais elencados pela Constituição Brasileira de 1988, na moderna classificação de José Afonso da Silva, pode-se notar que tal categoria de direito possui espécies que possuem aplicabilidade imediata, uma vez que são consideradas normas constitucionais de aplicabilidade imediata.¹⁰

Contudo, “quer pela atual conjuntura socioeconômica brasileira, ou pelos inúmeros outros métodos de interpretação constitucional existentes, tal determinação, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, não é aplicada”, o que acaba por deixar um sem número de pessoas desguarnecidas das suas necessidades sociais mais elementares (SERVEGNINI; OLIVEIRA, 2011, p. 222).

Os tribunais brasileiros já manifestaram que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, das possibilidades orçamentárias do Estado.

Neste aspecto, concorda-se com Canotilho na sua tese de que há em países de significa desigualdade social e profundas demandas pela implementação de direitos sociais certa *introversão estatal da socialidade*, ou seja:

1. os direitos sociais implicam o dever de o Estado fornecer as prestações correlativas ao objeto destes direitos; 2. os direitos sociais postulam esquemas de unilateralidade, sendo que o Estado garante e paga determinadas prestações a alguns cidadãos; 3. os direitos sociais eliminam a reciprocidade, ou seja, o esquema de troca entre os cidadãos que pagam e os cidadãos que recebem, pois a mediação estatal dissolve na burocracia prestacional a visibilidade dos actores e a eventual reciprocidade da troca. (CANOTILHO, 2004, p.102)

a garantir uma existência mínima digna a todos os cidadãos. Em nenhum momento, pode-se, entretanto, determinar em que reside esse “mínimo existencial”, caindo-se, assim, no argumento do voluntarismo político, onde o mínimo para a vida humana fica a depender da vontade do governante.” (BARRETO, 2010, p. 205)

¹⁰ Segundo art. 5º § 1º da Constituição Federal, “[a]s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

No entanto, vale aqui a observação feita por de Mario Jori, de que não há uma lacuna normativa, mas a falta de estruturas materiais e organizacionais para a implementação destes direitos:

[...] o problema aqui não é só a falta de uma suficiente especificação legislativa ou a falta de norma que institua o tribunal competente, analisado corretamente a partir da teoria de Ferrajoli como a presença de uma lacuna jurídica, mas a falta de estruturas materiais e organizacionais que possam implementar o direito.¹¹ (JORI, 2008, p. 80, tradução livre)

A prestação negativa de direitos que possuem cunho obrigacional por parte do Estado, como no caso dos direitos sociais, acabam por acarretar a transferência da implementação das necessidades mais básicas para o poder judiciário, tendo em vista que, muitas vezes, se constitui na última e desesperada saída para aqueles que necessitam de uma prestação estatal.¹²

Nesse sentido, Silva e Gonçalves, pautando seus estudos sobre a efetivação do direito à saúde em Ingeborg Maus, afirmam que o ideário da comunidade jurídica pautado na eficácia plena das normas fundamentais “patrocinou uma busca desenfreada ao Poder Judiciário. Como sabe, após a derrocada das monarquias constitucionais, cuja sociedade depositava sua esperança na figura do Imperador, a Justiça assume o papel da figura de um pai”, o que induziu a implementação das pretensões sociais para os ombros do Poder Judiciário (2013, p. 567).

Cristina Queiroz sustenta que a garantia de uma proteção efetiva do direito jusfundamental não resulta criada a partir da legislação ou política pública aprovada, mas vem posta através da *atuação da legislação*, daqui advindo a noção de dever de proteção jurídico-constitucional. (QUEIROZ, 2006, p.70)

A reserva do possível, da ponderação necessária a ser efetuada pelos poderes públicos no tocante ao modo de garantir, com efetividade, esse direito *prima facie*, conduz, por parte dos poderes públicos, a um dever *prima facie*. (CANOTILHO, 2004, p. 66.)

¹¹ “[...] *qui il problema non è solamente la mancanza di una sufficiente specificazione legislativa o la mancanza della norma che istituisca il tribunale competente, visto correttamente dalla teoria di Ferrajoli come la presenza di una lacuna giuridica, ma la mancanza di strutture materiali e organizzative che possano implementare il diritto.*”

¹² A título de exemplo cita-se que: “[...] levantamento feito nos Estados mostra que 70% dos recursos destinados à compra de medicamentos são usados para atender ações judiciais [...] Os gastos da União em ações judiciais cresceram 797% em cinco anos – de 122,6 milhões em 2010 para 1,1 bilhão em 2015.” (FOLHA, **Custo da judicialização**. Acesso em: 20. ago. 2016)

Ingo Sarlet que a reserva do possível deve ser parametrizada por três variáveis, a saber: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos à efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão à distribuição das receitas e competências federativas (tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas); c) a proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade. (2007, p. 304)

Segundo Vicente de Paulo Barreto,

[...] esses argumentos somente serão superados se e quando situarmos os direitos sociais numa dimensão propriamente ética, o que lhes trará, assim como trouxe, historicamente, para os direitos civis e políticos, a qualidade de direitos humanos universais. (BARRETO, 2010, p. 197)

É preciso, no entanto, assim como no caso dos direitos civis e políticos, estabelecer uma fundamentação ética que justifique e legitime o investimento público na proteção da dignidade humana¹³. Uma vez que o argumento da escassez de recursos dos cofres públicos não pode permitir o esvaziamento de direitos fundamentais.

2 DA IDEIA DE JUSTIÇA UTILITARISTA

O utilitarismo nasceu em meio à desconstrução do pensamento dogmático reinante até o século XVI, particularmente com o filósofo Jeremy Bentham, no século XVIII, o qual veio influenciar alguns filósofos liberais em uma ideia de libertação e reconstrução dos valores sociais (BITTAR, 2010, p. 351-352).

Jeremy Bentham teria sido o primeiro a mencionar que a ordem jurídica poderia ser um instrumento para os governos darem início a reformas econômicas.

Bentham defendeu a filosofia de que, se existem razões especiais, o governo deve intervir. Por exemplo, ele acreditou que o Estado deveria monopolizar a questão do papel-moeda, economizando assim os juros sobre seu empréstimo. Ele também deveria fazer funcionar o

¹³ Nesse contexto, a dignidade humana pode ser compreendida como: “[...] relacional, e não uma propriedade. A dignidade é uma condição, um estado, e não um merecimento. A dignidade humana é apenas percebida como dever, e não como um privilégio. A dignidade humana pertence, portanto, ao projeto inacabado de nos tornarmos verdadeiramente humanos, de forma que sua tarefa seja ao mesmo tempo uma demanda e uma realização.” (SCHWEIDLER, 2001, p. 11)

seguro de vida e de anuidade e a taxa sobre a herança e os monopólios, e assim por diante. Onde os interesses das pessoas não são naturalmente harmoniosos, o Estado deveria estabelecer uma harmonia artificial de interesses que promovesse a maior felicidade de um grande número de pessoas. (BRUE, 2011, p. 125)

Para Bentham, não há direitos anteriores aos emanados pelos governos, nenhum direito que não seja editado pela lei, nem mesmo o direito natural. Assim, os problemas das Declarações consistem em confrontar direitos naturais e reais, em tomar como ficção a realidade, considerando que os direitos humanos não podem ser vencidos por decisão humana, o que lhe parece um postulado sem sentido.¹⁴

As opiniões de Bentham foram posteriormente sustentadas pelo filósofo e economista inglês John Stuart Mill (1808 – 1873)¹⁵, um dos pensadores liberais mais influentes do século XIX, para quem o direito poderia ser desenhado de forma a aumentar a eficiência nos negócios, promovendo em consequência o crescimento.

O tema central do pensamento de Bentham – defendido também por John Stuart Mill e James Mill – é o chamado utilitarismo ou princípio da felicidade maior.

Sua filosofia básica, o hedonismo, remonta aos gregos da Antiguidade. Essa idéia é a de que as pessoas perseguem as coisas que dão prazer e evitam as que provocam o sofrimento; todos os indivíduos procuram alcançar seu prazer total. O utilitarismo se sobrepôs ao hedonismo, a doutrina ética que dizia que a conduta deveria ser direcionada para promover a maior felicidade do maior número de pessoas. Assim, ao reconhecer uma função positiva para a sociedade, o utilitarismo moderou a perspectiva extremamente individualista do hedonismo. (BRUE, 2011, p. 123)

A filosofia utilitarista busca maximizar a felicidade humana, através do prazer humano e menos a dor. Assim, tudo o que traz felicidade ao ser humano é útil, da mesma forma que tudo o que não traz felicidade é inútil.

O utilitarismo, como uma doutrina ética defendida principalmente por Jeremy Bentham e John Stuart Mill, também exerceu influência na teoria da justiça de Richard Posner, que advoga por um sistema consequencialista e pragmático. Assim, orientado pela premissa da alocação de recursos escassos, o homem seria um maximizador de utilização racional.

¹⁴ “Ainsi, selon lui, les défauts des Déclarations consistent à confondre droits naturels et droits réels, à prendre des fictions pour des réalités, tout en considérant que les droits de l’homme ne peuvent pas être défaites par une décision humaine, ce qui lui apparaît comme un postulat vide de sens.” (KOLACINSKI, 2003, p. 27)

¹⁵ Seguindo o pensamento de Bentham, John Stuart Mill contou com a influência de seu pai, James Mill (1773-1836).

2.2 A EFICIÊNCIA DA TEORIA DE JUSTIÇA DE RICHARD POSNER E OS DIREITOS SOCIAIS

A inauguração da moderna Escola da Análise Econômica do Direito (AED) – em inglês *Law and Economics* (LaE) – também denominada de Escola de Chicago, dá-se em meados de 1961¹⁶ e consagra-se com a participação de Ronald Coase¹⁷, Guido Calabresi, Richard Allen Posner e Henry Manne¹⁸, no início dos anos 1970. O movimento “sugere a análise combinada de eficiência econômica e decisão jurídica, em recíproca interferência, emergindo como critério orientador para a tomada de decisão”. (GONÇALVES; STELZER, 2006, p. 45)

Dentre seus principais pensadores do movimento está Richard Allen Posner, que lança as bases do programa de pesquisas de *Law and Economics*, defendendo a ideia de que os processos legais, mais do que assegurar direitos, devem produzir melhor alocação de recursos.¹⁹

Partindo de sua obra de maior notoriedade, Richard Posner entende que a economia pode ser uma ferramenta eficaz para elucidar áreas do comportamento social que não são tradicionalmente por ela abordadas, veja:

Embora o objeto tradicional da economia seja o comportamento dos indivíduos e das organizações no contexto mercadológico, uma breve reflexão a respeito da ferramenta analítica básica do economista em seu estudo dos mercados nos sugere a possibilidade de usar a ciência econômica de um modo mais abrangente. Essa ferramenta é o pressuposto de que cada indivíduo maximize racionalmente a sua satisfação (2010, p. 3).

¹⁶ Neste ano, Ronald Coase e Guido Calabresi publicaram, respectivamente e de forma independente, os artigos *The problem of social cost* e *Some thoughts on risk distribution and the Law of Torts*, considerados o ponto de partida do movimento *Law and Economics*.

¹⁷ Coase foi o economista responsável por romper a visão neoclássica na economia e incluir as instituições jurídicas no debate econômico.

¹⁸ Henry Manne, ex-aluno e discípulo de Coase, fomentou um centro de pesquisa e formação de juristas com base nos estudos do *Law and Economics*, atraindo o apoio da Fundação John M. Olin – o que alavancou o movimento e possibilitou sua difusão em diversas universidades americanas. Dentre as principais faculdades de Direito com foco no movimento estão a *University of Chicago Law School*, cujo corpo docente inclui o juiz Richard Allen Posner, Ronald Coase e Gary Becker, e a *George Mason University School of Law*, com Vernon Smith e Gordon Tullock.

¹⁹ “É verdade que, em um mercado onde inexistam efeitos sobre terceiros, a proibição de transações reduziria a riqueza da sociedade e, ao mesmo tempo, reduziria a liberdade ou a autonomia. Logo, a meta da maximização da riqueza coincidiria com a da defesa da autonomia. Mas a pressuposição da inexistência de efeitos sobre terceiros é demasiada rígida e, quando se a abandona, surge um conflito entre consentimento e maximização da riqueza.” (POSNER, 2010, p. 107)

Nota-se que para Posner o indivíduo sempre agirá com racionalidade em suas escolhas, ainda que em situações não mercadológicas, asseverando que se trata de “um traço geral e dominante do comportamento social”, de tal forma que as ferramentas conceituais produzidas por economistas para explicar o comportamento diante de situações de mercado servirá para explicar o comportamento diante de outras situações (2010, p. 4).

Segundo David Kolacinski, a Análise Econômica do Direito enquadra-se numa abordagem que supõe dois objetivos:

Em primeiro lugar, formular modelos hipotéticos e comportamento “irrealista” a fim de obter previsões que por si só, de acordo com esses economistas, devem ser julgadas com a experiência. [...] Destina-se a fazer previsões sobre o comportamento humano e suas consequências em todas as situações da vida, com uma abordagem utilitarista/egoísta: o criminoso calcula os ganhos esperados do crime e os coloca ao lado do custo da pena em relação à probabilidade de ser pego; casais e famílias são formados para maximizar a utilidade de seus membros, reunidos por simples cálculo egoísta etc. Em seguida, busca encontrar as regras institucionais mais adequadas para maximizar a riqueza, isto é, aquelas que melhor promovem o livre exercício do mercado, a expressão completa do egoísmo individual.²⁰ (KOLACINSKI, 2003, p. 52, tradução livre)

Busca-se a eficiência econômica do direito, que é determinada em relação ao mercado supostamente preexistente e perfeito.

Na visão de Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer, Posner, propõe a lógica de eficiência, denominada Eficiência Econômico-Social (PEES), ensinando que:

[...] a riqueza, não sendo o único critério de escolha social, deve, no entanto, ser considerada, tanto quanto outros anseios sociais. Assim, socialmente, deve ser almejada a distributividade da riqueza e deve ser propiciada inclusão, dos desejos individuais de cunho não economicista, no cálculo econométrico de custo/benefício conforme utilização de metodologia adequada para a mensuração das variáveis; objetivando, por fim, a maximização do bem-estar das populações envolvidas. Desta forma, o processo de tomada de decisões deve

²⁰ “*Tout d’abord, formuler des modèles hypothétiques et “irréalistes” de comportements afin d’en tirer des prédictions qui seules, d’après ces économistes, doivent être jugées par rapport à l’expérience. [...] Elle a pour but de faire des prédictions sur les comportements humains et sur leurs conséquences dans toutes les situations de la vie, grâce à une approche utilitariste/égoïste : le criminel calcule les gains attendus de son crime et les met en regard du coût lié à la peine encourue, rapporté à la probabilité d’être pris ; les couples et les familles se forment pour maximiser l’utilité de leurs membres, réunis par simple calcul égoïste ; etc. Ensuite, il s’agit de trouver les règles institutionnelles les plus adéquates pour maximiser la richesse, c’est-à-dire celles qui favorisent au mieux le libre exercice du marché, la pleine expression de l’égoïsme individuel.*”

prosseguir *ad infinitum* até que o equilíbrio econômico-social seja estabelecido não mais no campo da utopia. Este é o desiderato da humanidade consciente sob a ótica jurídico-econômica, qual seja, o bem-estar mundial, o desenvolvimento global dos povos e a manutenção da raça humana sob condições de vida fraternas e, no mínimo, suficientes, inclusive, segundo internacionalização dos mercados e do capital, gerando-se a equalização, no nível de emprego mundial, nas condições de vida dos povos, na realização de fins sociais, etc. (GONÇALVES; STELZER, 2007)

Nas palavras de Rogério Gesta Leal, ainda na década de 1960 os juristas entendiam que as técnicas de mensuração quantitativa da realidade social propostas pela ciência econômica confundiam-se com os próprios conteúdos materiais desta realidade – e, por consequência, com seus direitos. Assim,

[...] não podendo a regulação normativa de comportamentos e condutas sociais pautadas por premissas deontológicas e axiológicas serem reduzidas a dimensões quantitativas e exatas, matematicamente solvidas por cálculos e juízos objetivos. Na verdade, não se tratava de forçar relações diretas entre análises quantitativas econômicas do tecido social e sua regulação normativa, mas viabilizar a interlocução entre pensamento econômico e pensamento jurídico – perspectiva que também vai alavancar a importância para o Direito da Economia Política. (LEAL, 2010, p. 20-21)

Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer afirmam que a Análise Econômica do Direito faz, hoje, questionar a racionalidade econômica do Direito:

[...] pois apresenta capacidade metodológica para a análise do fenômeno jurídico, propiciando-lhe via segura de avaliação das diversas situações, evitados os desconfortos da política e da aleatoriedade na escolha de critérios de justiça. Em última análise, ao se questionar a *LaE*, se está a fazê-lo em relação ao próprio conceito de Direito. (GONÇALVES; STELZER, 2006, p. 52)

Tais perspectivas “colocaram em xeque a fé modernista da autonomia ou fundamentalidade do direito, sem, contudo, renunciar de forma absoluta à possibilidade desta ciência contar com verdades jurídicas universais” (LEAL, 2010, p. 22). Com base em tais premissas, a melhor forma de se aplicar o direito seria a que maximiza o rendimento e o lucro, tendo na eficiência de mercado o critério normativo para avaliar o direito legítimo e o processo decisional jurídico efetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção dos direitos sociais envolvem interesses que ultrapassam a singularidade do indivíduo. Trata-se de direitos que, mesmo podendo ser exercido individualmente, deve ser compreendido em sua dimensão coletiva, e decorre de grandes esforços das políticas públicas, que por sua vez demandam a intervenção do Estado em um conjunto de medidas legislativas, administrativas e financeiras.

Diante da abordagem realizada, pode afirmar que não há, no Brasil, a eficácia plena dos direitos sociais. O cumprimento das normas fundamentais tem sido determinado pela intervenção do Poder Judiciário, que obriga ao Estado fazê-los. As avalanches de ações para a concretização as prestações sociais transferem para os ombros do judiciário o encargo de aplicar o texto constitucional. Tais situações criam, inevitavelmente, um descompasso ainda maior nas contas públicas.

Cumprir destacar que não se pretende afirmar que os deveres ou recurso do Estado são ilimitados. Ao mesmo tempo em que é legítima a demanda pela via judicial, há uma limitação do governo em atender a todos os pedidos. No entanto, o vago argumento da insuficiência dos cofres públicos, sem a devida demonstração, não permite o esvaziamento dos direitos dos cidadãos.

Essa atuação eficiente, sob a ótica utilitarista, não deve ser uma justificativa estatal já que os direitos sociais são cumprimentos quando decorrentes de demandas judiciais. Cabe, então, ao poder público organizar-se melhorando suas políticas, de forma a tornar eficaz – do latim *efficax*: produzir o resultado ou efeito esperado – os direitos sociais, visando o respeito à dignidade humana e o cumprimento das garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Eduardo. C. B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico**. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

CAMIN, Gustavo Vinícius; FACHIN, Zulmar. Teoria dos direitos fundamentais: primeiras reflexões. **Revista jurídica do Cesumar**: mestrado. Maringá, v. 15, n. 1. 2015. Disponível em: Acesso em: 17 Ago. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARR, Edward Hallett. A resposta de E. H Carr. In: GROCE, Benedetto; CARR, E.H.; ARON, Raymond. **Declarações de direitos**. Ed. atual. e rev. por EaD/CEE/MCT, 2. ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002, p. 21-25.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FOLHA, **Custo da judicialização**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1816469-decisao-do-stf-sobre-fornecimento-de-remedios-guiara-aco-es-pelo-pais.shtml>> Acesso em: 20. ago. 2016.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Law and Economics e o justo direito do comércio internacional. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **Teoria jurídica e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

_____. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. In: 11ª Conferência Internacional de Direito e Economia da ALACDE, 2007, Brasília, Brasil. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley), 2007.

JORI, Mario. Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali. In: FERRAJOLI, Luigi. **Diritti Fondamentali**: un dibattito teorico. Roma: Laterza, 2008.

KOLACINSKI, David. **Analyse économique des droits de l'homme**. Rennes, France: Presses Universitaires de Rennes. 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010.

_____. Ainda sobre a efetivação dos Direitos Fundamentais sociais em face do mínimo existencial: um debate inacabado. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier *et al.* (Org.) **Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América latina e na Europa**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012, p. 439-470.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em : <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 20. ago. 2016.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RUIZ, Ivan Aparecido; GOMES, Antonio Carlos. A judicialização da política como meio de acesso à uma ordem justa na defesa dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista jurídica do Cesumar**. Maringá, v. 14, n. 1. 2014. Disponível em: Acesso em: 12 Dez. 2015.

SALMON, Jean. **Dictionnaire de droit international public**. Bruxlles: Bruylant, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWEIDLER, Walter. **Das Unantastbare. Beiträge zur Philosophie der Menschenrechte**. Münster: LIT 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2001.