

# **III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO  
ECONÔMICO SUSTENTÁVEL II**

**EVERTON DAS NEVES GONÇALVES**

**MARCELO BENACCHIO**

**YURI NATHAN DA COSTA LANNES**

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. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

#### **Representante Discente:**

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

#### **Secretarias**

#### **Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

#### **Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

#### **Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

---

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Everton das Neves Gonçalves ; Marcelo Benacchio; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-326-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Economia. 3. Sustentavel. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL II

---

### **Apresentação**

#### DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL II

Incrivelmente, chegamos à segunda metade do mês de junho de 2021. De especial?... a vida! Comemorar a vida, pois, indubitavelmente, somos sobreviventes, até aqui, de uma das maiores tragédias sanitárias mundiais dos últimos cem anos, ainda, relevados os tempos da “Gripe Espanhola” no início do Século passado. No dia 19 de junho de 2021, no Brasil, verificou-se a triste marca de 500.800 mortes por COVID-19 que, para além, de um número inaceitável em pleno Século XXI, é a prova de que ainda estamos fracassando no objetivo de preservar nossa humanidade. São tempos difíceis em que o Planeta sofre as agruras da incompreensão, da destruição, da desarmonia e do egoísmo insano para a acumulação; por fim, insólita, em à medida que caminhamos, a passos largos, rumo a um futuro catastrófico e de incertezas. Nesse cenário de um Planeta em mutações climáticas, ambientais e comportamentais, assim como, em vista dos perigosos e avassaladores avanços da COVID-19, não resta outra possibilidade de avanço pela vida que não a Ciência. Destarte, também, para nós, operadores e pesquisadores do Direito, compete o empenho para o crescimento da estabilidade Institucional no País, para a busca da justiça e para o necessário e oportuno desenvolvimento da doutrina pátria com vistas à inarredável contribuição para implementação de um processo legislativo oportuno e da benfazeja tomada de decisão no Judiciário. Vimos, então, novamente, registrar nossa humilde contribuição para a Ciência do Direito, nesta ímpar oportunidade do III Encontro Virtual do CONPEDI. Registram-se, portanto, aqui, os esforços de pesquisadores de toda parte do nosso Brasil que se dedicam ao tão apreciado, por todos nós, Direito Econômico, agora, ombreado pela Análise econômica do Direito e o ambientalismo para o desenvolvimento. Para além da vida, então, urge como necessário registrar que estamos, já, no III Evento Virtual do CONPEDI que possibilita, mais essa novel oportunidade para que nos encontremos nos GT’s I e II de Direito, Economia e Desenvolvimento Econômico Sustentável (DEDES). Fomos e somos resilientes e, aqui, estamos novamente para registrar os esforços de tão seletivo grupo de iniciados e pensadores do Direito Econômico e da Análise Econômica do Direito para a busca do desenvolvimento sustentável. Por ora apresentamos os seguintes trabalhos e seus autores divididos em 05 Subgrupos de apresentação a saber: a) DIREITO ECONÔMICO E O ESTADO PARA O DESENVOLVIMENTO; b) DIREITO AMBIENTAL ECONÔMICO; c) OS DIREITOS HUMANOS E ECONÔMICOS; d) OS DIREITOS SÓCIO-ECONÔMICOS e; e) DIREITO

ECONÔMICO E INTERVENÇÃO ESTATAL. Destarte, se passa a enaltecer e convidar o atento público para análise dos seguintes artigos, propedeuticamente organizados nos citados grupos de temas. DIREITO ECONÔMICO E O ESTADO PARA O DESENVOLVIMENTO: POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS: RUMO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL de autoria de Joana D'arc Dias Martins e Maria de Fátima Ribeiro trata das políticas públicas tributárias como instrumento de combate a pobreza e redução das desigualdades sociais, objetivos preconizados na Agenda 2030 e na CRFB/88; ESTADO REGULADOR: MERCADO E O (SUB)DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO de Jeferson Souza Oliveira e Rafael Tubone Magdaleno estuda as razões que moldaram o Sistema Jurídico-Econômico Brasileiro buscando estabelecer um plano econômico de desenvolvimento eficiente a partir do mercado; ENTRE POPPER E MORIN: REFLEXÕES EPISTEMOLÓGICAS PARA A TEORIA DO DESENVOLVIMENTO escrito por Patrícia Karinne de Deus Ciríaco discute a possibilidade de as Teorias da Falseabilidade de Karl Popper e da Complexidade de Edgar Morin serem métodos capazes de repensar o desenvolvimento para além da multidisciplinariedade e da padronização de teorias segundo a ocidentalização das mais diversas culturas que compõem o globo; DIREITO AMBIENTAL ECONÔMICO: SUSTENTABILIDADE, DIREITO E ECONOMIA: DAS UTOPIAS ÀS POSSIBILIDADES PRÁTICAS IMEDIATAS apresentado por Everton das Neves Gonçalves e Felipe Guerin Leal sugere práticas jurídicas e econômicas viáveis para o desenvolvimento sustentável segundo interação entre Economia e Direito, responsabilidade socioambiental e a visão de mercado de economistas destacados, ainda, no campo teórico, abordando as diferenças entre a Economia Ambiental e a Economia Ecológica; O SISTEMA TRIBUTÁRIO COMO FERRAMENTA DE POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE À CRISE CLIMÁTICA apresentado por Raphaela Perez Mafra Barreto, Ana Carolina da Silva Barbosa e Mariana Hartleben Diel Santos, pensa a solução dos problemas sociais em meio ao desiderato de uma economia de baixo carbono através da tributação; COMPENSAÇÃO AMBIENTAL E RELAÇÕES DE MERCADO EM TEMPOS DE PANDEMIA, DANOS QUE O DINHEIRO NÃO PAGA elaborado por Tatiana Alves Carbone discute a tributação como importante instrumento para a efetivação do direito ao ambiente sadio para as presentes e futuras gerações em tempos de pandemia da COVID-19 pela internalização dos efeitos das externalidades negativas segundo Pigou e Coase; O ESTUDO DA MENSURAÇÃO DA REPARAÇÃO E INDENIZAÇÃO NOS DANOS AMBIENTAIS SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DAS DEMANDAS DA SOCIEDADE de Cesar Augusto Coradini Martins e Eduardo Augusto do Rosário Contani trata da LaE e sua aplicação na mensuração da reparação e indenização nos danos ambientais, ainda, apresentando o conceito de Análise Econômica do Direito Ambiental (AEDA); OS DIREITOS HUMANOS E ECONÔMICOS: OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA ONU

**SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS PARA PROMOÇÃO DO DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO E CONCRETIZAÇÃO DO CAPITALISMO HUMANISTA** elaborado por Emanuelle Clayre Silva Banhos e Marcelo Benacchio analisa se tais princípios podem ser utilizados como mecanismo de promoção do direito humano ao desenvolvimento pela efetivação do Capitalismo Humanista; **CAPITALISMO HUMANISTA: UMA NOVA ÉTICA UNIVERSALISTA PARA A ECONOMIA DE MERCADO** apresentado por Daniel Jacomelli Hudler e Ricardo Hasson Sayeg pugna pela construção dogmático-jurídica de um capitalismo humanizado, com esteio na fraternidade, que contemple questões econômicas, sociais e éticas, a partir dos Direitos Humanos; **OMC E A PANDEMIA. QUANDO SUA MISSÃO DE SOBREVIVÊNCIA ENVOLVE A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS PARA ECONOMIA SUSTENTÁVEL** de autoria de Marlene Pinheiro Gonçalves demonstra a interação da promoção das atividades da OMC com as práticas dos princípios fundamentais dos Direitos Humanos nas relações comerciais mundiais após a eclosão da pandemia causada pelo Covid-19; **OS DIREITOS SÓCIO-ECONÔMICOS: O PENSAMENTO DE HAYEK E OS DESAFIOS DAS EMPRESAS BRASILEIRAS EM TEMPO DE CRISE ECONÔMICA CAUSADA PELA COVID-19** oportunizado por Márcia Assumpção Lima Momm e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr traz como contribuição o debate do neoliberalismo no Brasil intensificado pela edição da Lei da Liberdade Econômica, evidenciando as concepções hayekianas da livre iniciativa; **OS REFLEXOS DO PARECER DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO Nº 01/2008 – RVJ NA AQUISIÇÃO E ARRENDAMENTO DE TERRAS RURAIS POR PESSOAS JURÍDICAS BRASILEIRAS QUE CONTAM COM SÓCIO MAJORITÁRIO ESTRANGEIRO** elaborado por Fabiana Cristina Arthur da Cunha, Ana Clara Amaral Arantes Boczar e Paulo Márcio Reis Santos analisa a insegurança jurídica causada pela falta de uniformidade de entendimento acerca da recepção ou não do § 1º, do art. 1º da Lei 5.709/71 pela CRFB/88, quando da aquisição e/ou arrendamento de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras com sócio majoritário estrangeiro e os reflexos no mercado; **REFLEXOS DA PANDEMIA NO TRANSPORTE AÉREO MUNDIAL: O FECHAMENTO DE FRONTEIRA PELO CÉU: O CASO DO AEROPORTO PINTO MARTINS EM FORTALEZA-CE** elaborado por Fernanda Cláudia Araújo da Silva discute o contingenciamento do fluxo de pessoas no mundo pelo fechamento do céu, a partir do conceito de “céu aberto” (open sky) e as mudanças ocorridas na aviação mundial e local por conta da Pandemia de COVID-19; **A UTILIZAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO AUXÍLIO À SOLUÇÃO DA CRISE DOS DIREITOS SOCIAIS NA PÓS-MODERNIDADE** apresentado por Anamaria Pereira Moraes discute a efetividade dos direitos sociais no contexto pós-moderno; **JUSTIÇA SOCIAL NOS BLOCOS ECONÔMICOS, UMA ANÁLISE CRÍTICA, SOB O ENFOQUE DE NANCY FRASER** escrito por Marilda Tregues de Souza Sabbatine e Edinilson Donisete Machado demonstra a formação e dinâmica dos blocos econômicos

diante dos direitos fundamentais e realização da justiça social, apontando desafios para sua preservação e efetivação; LIBERDADE, DESENVOLVIMENTO SOCIAL E DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE O LIVRE MERCADO E LIVRE EXPRESSÃO trabalhado por Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Adriel Borges Simoni realça a imprescindibilidade da liberdade econômica e da liberdade de expressão para a consecução do desenvolvimento social em íntima ligação com o ideal democrático; DIREITO ECONÔMICO E INTERVENÇÃO ESTATAL: FATOS “ESCONDIDOS” DO NEOLIBERALISMO: UMA LEITURA DA OBRA O NEOLIBERALISMO HISTÓRIA E IMPLICAÇÕES DE DAVID HARVEY da lavra de Bruno Alex Yurack, Samia Moda Cirino e Natália Maria Ventura da Silva Alfaya compreende, por meio da obra de David Harvey, o desenvolvimento do neoliberalismo e suas implicações no capitalismo da era da informação e do conhecimento; NOVAS TECNOLOGIAS EDUCACIONAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA E A INTERVENÇÃO DO ESTADO escrito por Aline Maria Hagers e Oksandro Osdival Gonçalves aponta que as empresas do setor de educação precisaram se adaptar à nova realidade para não encerrarem suas atividades em meio à Pandemia de COVID-19 e o processo de intervenção Estatal no mercado de educação; MEDIDA PROVISÓRIA 579: ATO JURÍDICO PERFEITO E OS EFEITOS DA PRORROGAÇÃO DAS CONCESSÕES NO SISTEMA ELETROBRAS apresentado por Paulo Roberto Miguez Bastos da Silva estuda a Medida Provisória 579 e seus efeitos como a prorrogação das concessões de geração e transmissão de energia elétrica e a violação do direito adquirido das Empresas Eletrobras tendo em vista os contratos assinados quando da regularização das concessões com a edição da Leis 8.987/95 e 9.074/95; A IMPORTÂNCIA DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE EMPRESARIAL EM UM CENÁRIO DE CRISE ECONÔMICA de Beatriz Gomes da Silva Violardi, Emanuelle Clayre Silva Banhos e Renata Mota Maciel analisa os programas de integridade aplicados às atividades empresariais, a fim de verificar se constituem ferramenta que auxilie as empresas em momentos de desestabilização econômica. Desejando a todos (as) profícua leitura, reiteramos nossos votos para que todos (as) mantenham-se saudáveis e resilientes para que vençamos as agruras da Pandemia de COVID-19 e todas as desafiadoras experiências que teimam em nos fazer perder a maravilhosa dádiva de poder estar vivo e feliz. Que venhamos, todos (as) a nos reencontrar no IV Evento do CONPEDI Virtual.

Junho de 2021

Everton Das Neves Gonçalves

Prof. Dr. Titular da Universidade Federal de Santa Catarina

Marcelo Benacchio

Prof. Dr. na UNINOVE

Yuri Nathan da Costa Lannes

Prof. Dr. na Universidade Presbiteriana Mackenzie

**A UTILIZAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO AUXÍLIO À  
SOLUÇÃO DA CRISE DOS DIREITOS SOCIAIS NA PÓS-MODERNIDADE**  
**THE USE OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AS AID TO SOLVE THE CRISIS  
OF SOCIAL RIGHTS IN POST-MODERNITY**

**Anamaria Pereira Morais <sup>1</sup>**

**Resumo**

O presente artigo tem o intuito de averiguar as contribuições dos ferramentais da Economia, por meio da Análise Econômica do Direito, para solucionar possíveis problemas advindos da crise dos direitos sociais. Centraliza-se a discussão da efetividade dos direitos sociais no contexto pós-moderno, pois as consequências trazidas por esse momento influenciam a aplicação e efetivação de tais direitos, assim como pode trazer soluções. O artigo tem caráter descritivo utilizando-se de metodologia bibliográfica.

**Palavras-chave:** Direitos sociais, Crise, Economia, Pós-modernidade, Análise econômica do direito

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article aims to investigate the contributions of the tools of the Economy, through the Economic Analysis of Law, to solve possible problems arising from the crisis of social rights. The discussion of the effectiveness of social rights in the postmodern context is centralized, as the consequences brought by this moment influence the application and enforcement of such rights, as well as can bring solutions. The article has a descriptive character using bibliographic methodology

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Social rights, Economics, Crisis,, Postmodernity, Economic analysis of law

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito na Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Constitucional. Bacharel em Direito na Unichristus. Advogada. Fortaleza-Ce.

## 1 INTRODUÇÃO

Com a pós-modernidade gerou-se uma mistura de comportamentos e culturas diferentes, impulsionadas pelo capitalismo e pela globalização, levando a um contexto de indefinição e desordem. Nesse novo momento social, não se pode deixar de observar o aumento da liberdade de pensamento e de expressão que geram uma diversidade de concepções.

As consequências sociais advindas do contexto pós-moderno influenciam, sobremaneira, o Direito e sua prática, por meio de leis, atuação governamental e decisões judiciais, além de influenciar o próprio contexto social de onde as relações jurídicas surgem.

Os direitos sociais, em sendo direitos fundamentais, são veementemente atingidos pelo contexto social contemporâneo. Agrega-se a essa ideia, os fatores econômicos e as crises econômicas atuais que o mundo e o Brasil vêm enfrentando. Desse modo, tanto o contexto pós-moderno como as constantes crises econômicas afetam a fruição de direitos sociais pelos cidadãos que mais necessitam.

Portanto, diante do contexto pós-moderno e da crise gerada nos direitos sociais pelos fatores econômicos de escassez de recursos, busca-se apresentar as possíveis soluções advindas da aplicação da Análise Econômico do Direito, a fim de demonstrar que a abertura do Direito a outras ciências pode agregar e facilitar a aplicação do ordenamento jurídico para alcançar os ideais de justiça trazidos e defendidos pela Constituição Federal.

O presente artigo tem característica descritiva e informativa, a fim de reter a atenção do leitor e dos aplicadores do direito à importância de se agregar os ferramentais da Economia na elaboração de leis e políticas públicas, bem como nas decisões judiciais a respeito da efetivação de direitos sociais. No desenvolvimento do tema empregou-se o método de pesquisa bibliográfico, aprofundando-se em leituras que oferecem estudo adequado sobre o tema.

No primeiro tópico do artigo, discute-se a respeito dos direitos sociais e da importância de sua efetiva implementação tanto para a sobrevivência do ordenamento jurídico brasileiro, como para a manutenção dos padrões mínimos de dignidade dos cidadãos mais necessitados. No segundo tópico, desenvolvem-se as ideias consequências do contexto pós-moderno para a sociedade e para o Direito, a fim de demonstrar que a partir das mudanças sociais atuais, pode-se avançar na busca por soluções para os problemas gerados por esse

contexto social, por meio da utilização de ferramentais da economia. No terceiro e último tópico, busca-se demonstrar que a Análise Econômica do Direito é um caminho para solucionar a crise nos direitos sociais, uma vez que estes demandam custos em um ambiente de escassez de recursos.

## **2 OS DIREITOS SOCIAIS: DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À FALTA DE EFETIVIDADE**

Conforme assevera José Afonso da Silva (2010), os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado de forma direta ou indireta. Tais direitos, conforme aponta o autor, buscam diminuir as desigualdades sociais. Portanto, estão profundamente ligados ao direito de igualdade, servindo como pressuposto do gozo dos direitos fundamentais de primeira dimensão, a fim de criar condições materiais para o alcance da igualdade real.

Corroborando-se com o disposto acima, afirma Paulo Bonavides (2004) que os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda dimensão, que asseguram o princípio da igualdade material. Afirma ainda, que são direitos pertencentes à coletividade, herdados do Estado Social.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2001), os direitos sociais “são inequivocamente direitos fundamentais”, tendo também aplicação imediata. Mesmo possuindo baixa densidade normativa, os objetos dos direitos sociais são dificilmente estabelecidos por terem sido definidos de forma abstrata, necessitando de análise baseada nas circunstâncias do caso concreto para terem uma melhor definição.

Canotilho elucida que a busca por mecanismos constitucionais para superarem a abstratividade das normas definidoras de direitos sociais é um problema que se coloca agudamente na doutrina atual, tendo em vista o alargamento das tarefas estaduais (2002). No mesmo sentido Dimitri Dimoulis (2012), afirma que os direitos sociais precisam de maior esforço para ser efetivados, exigindo-se prestação materiais e normativas por parte do Estado.

Dessa forma, para a concretização dos direitos sociais é preciso que o legislativo defina o seu conteúdo e que as políticas públicas os coloquem em prática. Contudo, mesmo que essas duas ações não se realizem, eles não podem deixar de ser concretizados por serem direitos fundamentais. Contudo, a reserva do possível é um limite real à efetividade dos direitos sociais, tendo em vista que o Estado depende de uma receita limitada para exercer suas funções. No entanto, diante do caso concreto, deve existir o sopesamento entre a

realização de determinado direito social e a limitação desse direito com base na reserva do possível.

Contudo, apesar de limitado pela reserva do possível, os direitos sociais também resguardam o mínimo existencial. Conforme Ricardo Lobo Torres (2009), a “jusfundamentalidade” dos direitos sociais resume-se no mínimo existencial, em seu aspecto duplo: de proteção positiva, que pode ser constatada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos mais pobres; e de proteção negativa, que se observa na proteção negativa contra a incidência de tributos sobre direitos sociais mínimos.

Observa-se que a concretização de tais direitos está ligada à dicotomia mínimo existencial x reserva do possível. Tal fato acaba por torna mais complexa a sua concretização, tendo em vista que depende da possibilidade financeira do Estado, ao passo que tem que atender a um mínimo que resguarda a dignidade da pessoa humana.

Muitos são os conceitos e as teorias que demonstram a importância dos direitos sociais para a o exercício da democracia e da cidadania, bem como para a efetivação da própria força normativa da Constituição. Contudo, na realidade social brasileira o que se observa é a falta de efetividade de muitos desses direitos, como direito à saúde, à educação e à moradia.

A falta de efetividade dos direitos sociais pode levar à descrença dos direitos constitucionais, bem como à existência de legislação simbólica, sem materialidade e sem aplicabilidade. (NEVES, 2011) Cumpre salientar que os direitos sociais são protegidos não só pela Constituição e leis infraconstitucionais, mas também por diversos Instrumentos Internacionais dos quais dos Brasil é parte. Eventual desrespeito a esse direito, pode tornar duvidosa a aplicabilidade desses Tratados.

Faz-se mister frisar que diante de toda importância constitucional e normativa dos direitos sociais, os atores responsáveis pela efetivação dessas normas devem considerar sobremaneira o fator econômico que esses direitos carregam. Alinhando-se à doutrina de Holmes e Sunstein, identifica-se que a pratica de qualquer direito envolve custos, mesmo quando se fala em direitos de abstenção. Quando se fala em direitos constitucionais que demandam uma atuação estatal, como é o caso dos direitos sociais. (1999)

A questão do custo dos direitos sociais agrava-se em um ambiente de escassez, onde as escolhas são necessárias e inevitáveis. Para Gustavo Amaral, a solução da problemática dos direitos sociais, considerando um ambiente de escassez e a necessidade de escolhas trágicas, está na tese de que os direitos fundamentais, em sua completude, não possuem deveres correlatos correspondentes, uma vez que sempre haverá o surgimento de conflitos entre os

recursos finitos e as ações provenientes do direito mesmo que se utilizem critérios de ponderação. Desse modo, para o aludido jurista, a escassez de recursos tem que ser sempre considerada na aplicação dos direitos sociais. (2001)

De forma diversa, Robert Alexy defende que deve ser assegurado ao ser humano um padrão mínimo de existência, de modo que nos conflitos entre direitos sociais, deve-se restringir o mínimo possível o seu núcleo essencial. Segundo o Autor, há um direito subjetivo a prestações sociais mínimas, a fim de salvaguardar a dignidade do ser humano; devendo esta, inclusive, sempre prevalecer no conflito com reserva do possível em um caso concreto. (1997)

Desse modo, seja de acordo com pensamento mais restritivo na aplicação dos direitos sociais em relação à reserva do possível, ou, por outro lado, seja de acordo com o pensamento que adota a ideia de um direito subjetivo à prestação, sempre haverá a necessidade de discutir a efetivação dos direitos sociais considerando-se fatores como: necessidade, escassez e tomada de decisão.

Seguindo esse raciocínio, o presente artigo não procura demonstrar, de forma pormenorizada as causas que levam à falta de efetividade dos direitos sociais, contudo, em busca de uma solução para uma problemática pungente na sociedade brasileira, procura-se agregar a ferramentais da economia como possível solução para aumentar efetividade dos direitos sociais, considerando-se a escassez de recursos e imensa necessidade de implementação de dignidade mínima para os brasileiros em situação de vulnerabilidade social.

Passa-se a expor, adiante, alguns fatores atuais que podem agravar a efetivação dos direitos sociais, como os conflitos sociais advindos da pós-modernidade, bem como se apresentam possíveis aberturas trazidas pelo contexto social pós-moderno para o estudo do Direito, a fim de possibilitar a entrada dos ferramentais da economia na doutrina dos direitos sociais e na implementação de políticas públicas que efetivem um padrão mínimo de dignidade aos brasileiros, dentro de um contexto de escassez.

### **3 O CONTEXTO SOCIAL PÓS-MODERNO, ESCASSEZ E A CRISE NOS DIREITOS SOCIAIS: PROBLEMAS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES.**

Conforme Eduardo Bittar (2008), a pós-modernidade não é apenas um movimento intelectual, ela surge a partir de mudanças de valores, de costumes e de hábitos sociais. A

tomada de consciência dessas mudanças na cultura, na sociologia e na filosofia é que fez nascer o conceito de pós-modernidade.

O Direito não consegue se afastar das influências da pós-modernidade, tendo em vista a necessidade de conformação e adequação aos novos paradigmas sociais, jurídicos e políticos. Percebe-se que em uma sociedade, cada vez mais fluida, não apresenta mais a aderência e a necessidade de um poder unicamente centralizado, com ideias cristalizadas.

Na pós-modernidade há a perda de sentido da validade, unicamente, formal, tão imposta pelos defensores do Estado hierárquico e centralizado da modernidade, pois o foco saiu do cenário estático da centralização para a dinamização do poder e das fontes.

Segundo Lyotard (2004), a pós-modernidade fez cair as metanarrativas, que eram capazes de explicar todo o conhecimento e de representar uma verdade absoluta sobre o universo, tal como se observou no Iluminismo e nos movimentos marxistas, onde se defendia que o confronto entre duas classes sociais resultaria no fim de revolução do proletariado com advento de uma sociedade sem classes, com igualdade e liberdade.

Com decorrer do tempo, os resultados dos diversos momentos históricos mostraram ao indivíduo que, na prática, algumas teorias nem sempre alcançam resultados conforme o previsto. Por isso a desconfiança em relação às discussões que propõem um consenso universal. Lyotard (2004) define o saber como um conjunto de conhecimentos que leva uma pessoa a emitir um juízo de verdade, moral e estática. Não existe mais um acordo comum sobre certos valores. Desse modo, em uma sociedade em que predomina a democracia, os direitos individuais e a liberdade, as metanarrativas não se encaixam mais.

As transformações não ocorrem somente na forma do discurso, mas também na forma como os conflitos ocorrem. Segundo Bittar (2008), os conflitos passam de individuais e para conjunturais, coletivos, difusos e transindividuais; o que motiva um colapso nas formas tradicionais de se atender às demandas sociais, uma vez que antes da pós-modernidade os conflitos centravam-se no indivíduo contra o Estado.

O dogma da legalidade e da imperatividade, sob o qual se assenta o Estado Liberal, não consegue mais conter e disciplinar a desordem social que perpassa a esfera do indivíduo. Não se fala mais em conflito entre o indivíduo e o estado, mas em conflitos transindividuais e globalizados. Para Bittar, a “legalidade deixou de ser princípio de efetividade do Estado Democrático de Direito”, passando a servir como contenção ideológica de “mazelas formais do sistema jurídico”. (2008)

Trata-se de expediente ideológico porque mantém a estrutura social intacta, ou seja, não intervém de fato na realidade histórica e concreta na qual se encontram os agentes sociais,

construindo-se apenas no sentido de sustentar a justificativa do sistema. Neste sentido é que promessas irrealizáveis, normas abusivamente programáticas, conceitos vagos são texto constitucional sem o respectivo conseqüente na realidade social. (BITTAR, 2008).

Observa-se que apenas os paradigmas do estado de direito, de forma isolada, não servem mais para conter as novas desordens apresentadas pelo estado contemporâneo, uma vez que os atores sociais apresentam características próprias, não abarcadas pela legislação abstrata. Assim, percebe-se a necessidade de novos paradigmas na elaboração de políticas públicas capazes de resguardar o bem-estar da sociedade complexa.

As expressões da pós-modernidade no direito recaem, principalmente, nos direitos individuais, no que toca a efetividade dos direitos fundamentais e primeira e segunda dimensão, que nasceram com a sociedade moderna. Tem-se direitos fundamentais capazes de fornecer ao indivíduo uma vida digna e livre de limitações estatais (BAUMAN; BORDONI, 2016)

As conseqüências pós-modernas no Direito advém ainda, do enfraquecimento das ideias da modernidade, centradas nos ideais de Estado, ordem e estabilidade. Com a globalização as fronteiras entre os Estados foram caindo. Hoje, pode-se falar que algo não acontece de modo isolado ou em um único Estado. Parte das nações capitalistas estão envolvidas e suas fronteiras são derrubadas pela globalização e pela tecnologia. (OLIVEIRA; PAYÃO, 2018)

Outro contexto da modernidade que perdeu força na pós-modernidade e com o advento da globalização, é a relação entre Poder e Política que se apresentava tão forte na modernidade. A instabilidade entre poder e política que hoje, apresentam-se na sociedade pós-moderna cria um panorama que está além da figura do Estado. Atualmente, o que se apresenta é a sociedade da desordem, da incerteza, onde o elo que levará ao estado da estabilidade não é mais o Estado nem a Política. (OLIVEIRA; PAYÃO, 2018)

Essa separação entre poder e política aumenta situações de crise, bem como diminui as possibilidades de soluções dos estados de crise. Segundo Bauman, a separação entre poder e política é fator relevante para a incapacidade do Estado em superar crises. Tal cenário pós-moderno leva ao enfraquecimento das instituições estatais, levando, portanto, a uma crise na sociedade, nos direitos fundamentais e conseqüentemente nas políticas públicas. (2016)

Conforme exposto acima, a globalização, a debilidade das instituições estatais, a separação entre Estado e Política, causaram impactos na sociedade e conseqüentemente no direito, bem como nos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, principalmente, nos direitos sociais, por dependerem da ação estatal. De acordo com Ingo Sarlet, a crise dos

direitos fundamentais não está restrita aos direitos sociais, contudo a crise dos direitos sociais afeta e agrava a fruição dos demais direitos.(SARLET, 2015)

Diante do panorama atual, é fácil perceber que os direitos sociais estão em crise. Conforme Ingo Sarlet, esta crise apresenta-se de três formas: crise de identidade, crise de efetividade e crise de confiança. Para o autor, a crise dos direitos sociais assumiria uma versão reducionista se fosse limitada a uma crise de efetividade. Assim, é possível se falar também em crise de identidade dos direitos sociais e de confiança. (2015)

Não há como discordar que os influxos sociais da pós-modernidade afeta não só as relações sociais e o direito, como também a economia. Também não há como esquecer que os direitos sociais estão sobremaneira ligados de forma dependente das relações econômicas. Desse modo, percebe-se que a efetivação de tal categoria de direitos encontra-se duplamente atingido em um contexto contemporâneo, de modo que sofre influencias negativas da conformação social pós-moderna, bem como sofre com as crises econômicas.

A falta de efetividade dos direitos sociais leva à descrença e desvalorização de sua força normativa e a uma polarização entre o segmento populacional que goza dos direitos sociais e aqueles que estão excluídos da fruição desses direitos.

Conforme Celso de Melo, o desmerecimento da Constituição, por inércia da Administração Pública, “representa um dos aspectos mais graves da patologia constitucional”, pois representa o desprezo da autoridade e da força normativa da lei máxima, pelas instituições. Esta constatação traz à tona o fenômeno da erosão constitucional aliada a um processo de desvalorização funcional na norma positivada. (Brasil, STF, 2001)

O fenômeno atual de crise dos direitos sociais e de conseqüente erosão da constituição, com a conseqüente instauração de um estado de coisas constitucionais apresenta origem complexa, uma vez que advém de um momento social de grande complexidade, como a pós-modernidade. No entanto, se a problemática advém um fenômeno complexo, com vários autores, é pertinente que a solução também brote da mesma fonte.

O problema da erosão constitucional apresenta um emaranhado de fontes que podem ir desde a inserção demasiada de direitos sociais na constituição à própria falta de interesse político na concretização de tais direitos. Contudo, não é objetivo deste artigo identificar os motivos que levaram o legislador a inserir mais de dez direitos de caráter prestacional. Parte-se do princípio de que se o texto constitucional prevê, deve ser efetivado, mesmo que dentro dos limites insculpidos pelo princípio da reserva do possível.

A pós-modernidade e complexidade social pode trazer soluções para o enfrentamento das crises nos direitos sociais, como a utilização da interdisciplinaridade, uma vez que o

problema não é todo apenas jurídico. Busca-se, então, apresentar possíveis soluções com a utilização de ferramentas da economia para resolver problemas no direito, os quais não conseguem ser solucionados com a simples existência das normas e a sua aplicação.

#### **4. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO SOLUÇÃO À FALTA DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.**

##### 4.1 Da Análise Econômica do Direito

Com o surgimento das ideias juspositivistas, em que as soluções para eventuais problemas jurídicos se encontravam na norma e nos critérios de racionalidade, o estudo do direito passou a adotar uma postura hermética e fechada, levando-se à carência de um instrumental analítico o qual poderia servir para resolução dos problemas jurídicos.

Ocorre que a necessidade da utilização de metodologias analíticas que advêm de outras ciências é algo pungente no estudo do direito. A Análise Econômica do Direito é o instrumental metodológico que pode garantir a continuação da racionalidade com o incremento da análise analítica, a fim de oferecer aos direitos sociais mais efetividade, bem como a própria otimização do ordenamento jurídico. Por ser a Economia uma ciência instrumental, ela torna-se uma poderosa ferramenta para analisar um grande conjunto de temas. (GICO JR., 2010)

A disciplina Direito e Economia teve início com o movimento *Law and Economics*, nos Universidades Americanas, que ocorreu por influência das obras de Richard Posner, Ronald Coase, Guido Calabresi e Henri Manne. A partir de 1980, começou a ser estudada no Brasil. (SALAMA, 2008)

A Análise Econômica do Direito, segundo Ivo Gico Júnior, pode ser entendida como a aplicação do instrumental analítico e empírico da Economia, da Microeconomia e do Bem-Estar Social, à compreensão do ordenamento jurídico. (2010)

Os conceitos microeconômicos são úteis para a análise do Direito. Conforme aponta Robert Cooter, existem três argumentos que sintetizam essa ideia. O primeiro é o argumento Reducionista, segundo o qual o direito pode ser reduzido à economia e os conceitos jurídicos tradicionais podem ser substituídos por conceitos econômicos. Este argumento é minoritário e possui poucos adeptos. O segundo o argumento é o da Explicação, segundo o qual a economia pode prover uma teoria explicativa das normas jurídicas, com base na ideia de que o sistema jurídico é o resultado das decisões de maximização das preferências em um ambiente de

escassez. O último argumento é o da Predição, segundo o qual a economia pode prever as consequências das regras jurídicas. (1982)

O último argumento, apresentado por Cooter, demonstra que a utilização dos ferramentais da economia podem ajudar a prever as consequências de determinada regra jurídica, assim como as consequências de determinada política pública de efetivação de um direito social.

O economista David Friedman afirma que prefere definir Economia como uma maneira particular de entender o comportamento, que parte da suposição de que as pessoas têm objetivos e escolhem a maneira de alcançá-los por meio da racionalidade. Para melhor compreender como a economia atua no estudo do comportamento diante de escolhas e como os ferramentais podem contribuir para efetivação dos direitos sociais, é necessário analisar as seguintes ferramentas: equilíbrio, incentivos, eficiência, maximização racional e escassez. (1985)

A escassez, conforme aponta o economista Lionel Robbins, pode ser entendida a partir de quatro condições exatas. Ele demonstra as quatro condições utilizando o exemplo da história de Robinson Crusoe. A primeira condição demonstra que uma pessoa isolada deseja ter lazer da mesma forma que deseja ter renda real. A segunda demonstra que a pessoa não possui o suficiente para satisfazer os dois desejos. Na terceira condição, a pessoa pode alocar o seu tempo de modo que aumente a sua renda ou o seu lazer. Na quarta e última condição, excetuando-se casos excepcionais, o desejo por lazer e renda real são diferentes. Desse modo, Robinson Crusoe teria que tomar suas decisões, escolhendo qual decisão trará mais benefícios e para isso, ele tem que economizar. (ROBBINS, 2012)

Pode-se entender, então, que a economia se volta ao estudo do comportamento de uma pessoa ao realizar uma escolha em uma situação de escassez, ou seja, quando determinada escolha significa a renúncia de outra. Conforme o economista Lionel Robbins, a “economia é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que têm usos alternativos.” (2012)

Conforme Bruno Salama, a escassez é o “ponto de partida da análise econômica” e traz uma série de consequências para o estudo do direito, como o fato de que a proteção de direitos consome recursos. Pode-se entender assim, que a concretização dos direitos envolve custos. Este é o principal ponto que justifica a utilização dos ferramentais da economia no estudo dos direitos sociais. (SALAMA, 2010)

Cass Sustein e Holmes, ao seguir a máxima de “que onde há direito, há um remédio”, afirmam que os direitos são custosos porque os remédios também são. Todos os direitos

implicam um dever correlato. Este dever será cumprido pelo Estado, seja na própria elaboração da lei, ou na aplicação. Tais custos podem ser entendidos como a realização de escolhas, ou seja, a realização de determinado direito em detrimento da realização de outro, ou como o dispêndio de recursos para a realização do direito, que também envolve um processo de escolha anterior. (HOLMES; SUSTEIN, 2012)

A Maximização Racional parte do princípio de que os indivíduos racionalmente maximizam seu bem-estar, de modo que, antes de realizar escolhas, os indivíduos raciocinam matematicamente, a fim alcançarem o melhor resultado ou o resultado por eles pretendido, com o menor custo. A maximização racional deve ser entendida e aplicada ao direito como uma premissa instrumental, julgando os modelos econômicos aplicáveis às condutas analisadas pela precisão empírica de suas previsões. (SALAMA, 2008)

O conceito de Equilíbrio pode ser entendido como um padrão de comportamento que se observa quando todos os atores em determinadas condições estão maximizando seus interesses de forma simultânea. O termo incentivo traz em si o significado de que os indivíduos respondem a incentivos quando agem como maximizadores racionais de suas preferências. (SALAMA, 2008)

O último conceito apresentado pela Economia positiva é a Eficiência. Pode-se entender por eficiência a junção da maximização da riqueza e do bem-estar e minimização dos custos sociais. De acordo com os conceitos de Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, Eficiência é a relação entre a possibilidade de agir em busca do melhor resultado, com o mínimo de erro ou desperdício. (2005)

É importante também recordar os conceitos clássicos de eficiência desenvolvidos por Pareto, Kaldor-Hicks e Amartya Sen. O economista francês Vilfredo Pareto desenvolveu o conceito de “ótimo de Pareto” ou “eficiência de Pareto” como um quesito de avaliação do bem-estar social, de modo que não é possível alcançar o bem-estar máximo de um indivíduo, sem diminuir o bem estar do outro, devendo existir um equilíbrio no alcance do bem-estar de uma sociedade. O alcance desse estado de equilíbrio perfeito seria o alcance do ótimo de Pareto.(GARCIA, 1996)

Os critérios utilizados pelo economista Kaldor-Hicks, também chamados de Eficiência Potencial de Pareto, complementam a ideia do Ótimo de Pareto, bem como consubstanciam sua aplicação. A principal diferença entre esses dois conceitos encontra-se no fato de que uma decisão eficiente para Kaldor-Hicks é aquela que aumenta o bem-estar dos ganhadores, com a compensação do bem estar dos perdedores. Contudo, vislumbra-se que o referido conceito considera apenas o bem-estar total, sem se preocupar com a distribuição. A

principal semelhança entre os dois conceitos de eficiência é também uma crítica, uma vez que eles se distanciam de critérios éticos e filosóficos, principalmente quando tais conceitos são empregados às políticas públicas. (SALAMA,2008)

Amartya Sen critica as teorias de Pareto e Kaldor-Hicks pelo distanciamento dos critérios éticos, filosóficos e distributivos. Segundo Amartya Sen, o distanciamento entre ética e economia levou a necessidade de se pensar as relações humanas pela lente do bem-estar, para se conseguir analisar as condutas sociais e morais que tornam possível o exercício da liberdade humana. Fazendo, desse modo, a reaproximação entre Economia e Justiça. (2000)

Ademais, a Análise Econômica do Direito pode ser analisada sob uma perspectiva positiva e uma normativa. A análise positiva pode ser entendida como a análise do mundo dos fatos que pode ser averiguada por métodos científicos e os resultados são passíveis de falsificação. Na análise normativa não é possível a realização da investigação do fato nem averiguação dos seus resultados, sob a perspectiva de falso ou verdadeiro. A utilização da análise positiva é a própria prática da ciência econômica aplicada ao direito. Nesse tipo de análise, não é possível estabelecer sugestões da decisão que deva ser tomada ou de políticas públicas. Apenas identificam-se as possíveis alternativas trazidas pela norma e as suas consequências.(GICO JR, 2010)

Para se utilizar a análise normativa é preciso que o critério normativo esteja previamente estipulado, servindo como meio para identificar qual a melhor política pública para enfrentar determinada problemática jurídica, ou seja, a análise normativa ajuda a escolher a alternativa mais eficiente dentre as alternativas possíveis, dado um vetor normativo previamente definido.

#### 4.2 Das contribuições da Análise Econômica do Direito para a efetividade dos Direitos Sociais no Brasil.

Conforme o exposto, a Análise Econômica do Direito ajuda na compreensão dos fenômenos sociais diante da complexidade da sociedade pós-moderna. Tal fato pode auxiliar a tomada de decisão racional de decisões jurídicas e políticas, bem como na construção de políticas públicas de efetivação de direitos sociais.

Os direitos sociais têm caráter prestacional, ou seja, ocorrem por meio de prestações estatais, que demandam dispêndio financeiro, dirigidas a determinado público. Desse modo, é

primordial o estudo de mecanismos do comportamento humano na tomada de decisão em um mundo de recursos escassos.

Não há que duvidar que a concretização de direitos sociais envolve escolhas em um mundo de escassez. Como já demonstrado, esses são elementos estudados pela economia. Então, se a solução passa por elementos das ciências econômicas, além de outros que estão inseridos na própria complexidade dos direitos sociais, é perceptível que o direito não deve ser a única fonte de solução. O direito aplicado de forma autorreferencial, no contexto permeado de complexidade, não consegue trazer efetividade aos direitos sociais.

De acordo com as indagações de David Friedman “por que a análise econômica pode servir ao direito?” apresenta-se as seguintes constatações: A primeira constatação é que a Análise Econômica do Direito garante a potencial previsibilidade de condutas, permitindo a identificação dos efeitos da norma ou da decisão jurídica. Assim, torna-se possível fazer a relação entre custo e benefício das políticas públicas, bem como se as consequências trarão maior efetividade a determinado direito social. (FRIEDMAN, 2004)

A segunda constatação é que a Análise Econômica do Direito pode ser capaz de explicar a razão de existência de determinadas normas jurídicas no ordenamento, uma vez que determina qual o tipo de norma deverá ser melhor acolhida, de acordo com o olhar da eficiência econômica. (FRIEDMAN, 2004)

Em relação às políticas públicas que trazem efetividade aos direitos sociais, a Análise Econômica do Direito também será proveitosa por produzir uma estrutura de incentivo que estimule o comportamento dos indivíduos a utilizarem tais políticas com o máximo aproveitamento dos direitos sociais. Se os direitos sociais servem para igualar algumas diferenças sociais existentes na sociedade, levando-se em consideração um ideal de justiça. Então dar efetividade a concretude desses direitos pode ser entendido como a concretização da própria justiça.

Levando-se em consideração que os direitos sociais têm caráter prestacional que demandam uma atividade do poder público, com eventual dispêndio financeiro, atingir a máxima eficiência de um direito social, com o menor custo, seria uma possível solução para conflito entre reserva do possível e mínimo existencial. Assim, por meio de uma política pública eficiente, o poder público poderia garantir a eficiência de um direito social, salvaguardando o mínimo existencial e dignidade da pessoa humana, do mesmo modo que garantiria a preservação da reserva do possível.

Pode-se dizer que uma política pública é eficiente, não quando ela atinge o grau máximo de eficiência de um direito social, mas quando é feita uma análise de custos e

benefícios, de prós e contras, bem como quando se pode prever as consequências dos efeitos de tal política e como os indivíduos se comportarão diante de tais comandos.

A análise econômica do direito pode solucionar ainda os problemas provenientes das escolhas trágicas, como os advindos das colisões entre princípios constitucionais. A partir da aplicação das bases positivas e normativas da economia é possível dar maior efetividade a um direito fundamental, mesmo diante de escolha trágica, ou seja, quando é preciso dar maior peso a um direito fundamental em detrimento de outro.

Em relação às decisões judiciais, a Análise Econômica do Direito pode ser de grande serventia, uma vez que muito se observa a crescente judicialização que questões envolvendo a efetivação de direitos sociais em decorrência da falta de políticas públicas e de atuação estatal.

Utilizando-se como exemplo questões envolvendo o direito social à moradia, em que a lide gira em torno do direito de propriedade de um lado, e o direito à moradia de outro lado, como ocorre nos assentamentos irregulares de baixa renda localizados em terrenos privados. O magistrado vê-se diante de uma colisão de direitos fundamentais, em que a solução demanda uma escolha trágica. É nesse ponto que se vislumbra a aplicação dos ferramentais da economia para, diante de uma decisão de aplicação de direitos fundamentais, conseguir trazer mais efetividade ao direito escolhido, bem como diminuir os malefícios gerais do direito preterido.

Desse modo, observa-se que os instrumentais oferecidos pela Análise Econômica do Direito não têm o objetivo de substituir as técnicas jurídicas, mas podem servir para auxiliar o direito, tanto na elaboração de políticas públicas como no desenvolvimento de decisões judiciais que tragam mais efetividade aos direitos sociais, diante da escassez de recursos.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O contexto social pós-moderno, que marcado pela liquidez, pela descentralização, pela desconstrução de metanarrativas, pela globalização e pelo enfraquecimento do Estado, tem intensificado a crise dos direitos sociais os quais dependem, para sua concretização, de um Estado forte e com uma efetiva atuação positiva.

Tal crise pode ser apresentada em diferentes vertentes, mas, neste artigo considera-se a crise relacionada à falta de efetividade dos direitos sociais; esta pode ser gerada pela falta de concretização desses direitos, pela alegação da falta de recursos públicos. Contudo, os direitos

sociais, são antes mais nada, direitos fundamentais de segunda dimensão. Desse modo, eles também resguardam e concretizam o direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Diante da falta de políticas públicas que tragam efetividade aos direitos sociais, que deveria ocorrer meio de uma atuação conjunta e coordenada dos Poderes Legislativos e Executivos, o cidadão socorre-se do judiciário para ter seu direito garantido. Contudo, as sentenças, a respeito da efetividade de direito social, são na maioria das vezes, decididas por meio de um juízo ponderação de princípios constitucionais, em que o caso concreto define o princípio que terá maior peso.

Desse modo, as decisões judiciais e as políticas públicas que trazem efetividade aos direitos sociais são muitas vezes realizadas por meio autorreferenciação do direito, ou seja, o direito utilizando suas próprias ferramentas para resolver seus problemas.

Ocorre que, como já demonstrado, a crise contemporânea dos direitos sociais surge também com consequência da pós-modernidade que traz em si o contexto da abertura de fontes e descentralização. Desse modo, percebe-se que tal crise pode ser resolvida também utilizando-se das consequências geradas pelo pós-modernidade ao direito, como abertura à interdisciplinaridade.

Assim, os ferramentais e metodologia da Análise Econômica do Direito podem ser de grande valia para solução da crise nos direitos fundamentais, quando aplicada à elaboração de políticas públicas e às decisões judiciais que envolvem a temática, pois os direitos fundamentais sociais têm caráter prestacional e demandam uma posição ativa do estado, por meio do dispêndio financeiro.

Desse modo, a elaboração de política pública pautada pelo custo benefício, pela previsão das consequências, pelo estudo do comportamento diante de escolhas trágicas, pelo entendimento da escassez, pela máxima racionalização e pela máxima eficiência, podem trazer maior concretização aos direitos sociais.

## **6 BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derecho Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B.. **O Direito na Pós-Modernidade**. São Paulo: Atlas, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade- ADI 1484. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Celso de Melo. Distrito Federal, 28 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verpeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1484&processo=1484>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

COOTER, Robert. Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books. **UCLA Law Review**, v. 29, 1982. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/254561854\\_Law\\_and\\_the\\_Imperialism\\_of\\_Economics](https://www.researchgate.net/publication/254561854_Law_and_the_Imperialism_of_Economics)  
\_An\_Introduction\_to\_the\_Economic\_Analysis\_of\_Law\_and\_a\_Review\_of\_the\_Major\_Books.

DIMOULINS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

FRIEDMAN, David. **Price Theory**: Na Intermediate Text. Thomson South-Western, 1985. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/monographs/3>.

FRIEDMAN, David. L'ordine Del diritto. Perché l'analisi econômica può servire al diritto. Bologna: Il Mulino, 2004. In: FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito: Paranoia ou Mistificação? **Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro, Industrial**, São Paulo, v.54, n. 139, p.243-256, 2005. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001550528>

GICO Jr., Ivo. T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**. v.1. n.1. p.19, Jan-Jun., 2010.

GARCIA, Fernando. Texto introdutório do livro: PARETO, Vilfredo. Manual de economia política. Trad. de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

HOLMES, Stephen; SUSTIEN, Cass. **El costo de los derechos**. Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Sigol Veintiuno Editores, 2012.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os Tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; PAYÃO, Jordana Viana. Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. Belo Horizonte, **Revista da Faculdade Mineira de Direito- PUC Minas**, v.21,n.41, 2018. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/18098>.

ROBBINS, Lionel. **Um ensaio sobre a natureza e a importância da ciência**. São Paulo: Saraiva 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia. **Cadernos Direito FGV**. v.5, n.2, março 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais a prestações sociais e crises: algumas aproximações. **Repositório PUCRS**. Disponível em: [http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11320/2/DIREITOS\\_FUNDAMENTAIS\\_A\\_PRESTACOES\\_SOCIAIS\\_E\\_CRISE\\_ALGUMAS\\_APROXIMACOES\\_FUNDAMENTAIS\\_RIGHTS\\_TO\\_SOCIAL\\_BENEFITS\\_AND.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11320/2/DIREITOS_FUNDAMENTAIS_A_PRESTACOES_SOCIAIS_E_CRISE_ALGUMAS_APROXIMACOES_FUNDAMENTAIS_RIGHTS_TO_SOCIAL_BENEFITS_AND.pdf). Acesso em: 15 maio 2020.

SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo. Companhia das Letras: 1999.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. Disponível em: [e disciplinas.usp.br/pluginfile.php/5562313/mod\\_resource/content/1/Direito%20Economia.%20Análise%20Econômica%20do%20Direito%20e%20das%20Organizações.%20Cássio%20Cavalli.%20Decio%20Zylbersztajn.%20Rachel%20Sztajn.%20Armando%20Castelar%20Pineiro.pdf](http://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/5562313/mod_resource/content/1/Direito%20Economia.%20Análise%20Econômica%20do%20Direito%20e%20das%20Organizações.%20Cássio%20Cavalli.%20Decio%20Zylbersztajn.%20Rachel%20Sztajn.%20Armando%20Castelar%20Pineiro.pdf).