

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

GUILHERME SCOTTI

CARLOS VICTOR NASCIMENTO DOS SANTOS

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal 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

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos Victor Nascimento dos Santos; Guilherme Scotti; Juraci Mourão Lopes Filho - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-447-1

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3. Sociedade Plural.

4. Garantias. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, mais uma vez, registra enorme sucesso em sua realização. A democratização do ensino e difusão da pesquisa nas pós-graduações em Direito do país tem encontrado no CONPEDI instrumentos bastante facilitadores deste processo de ensino e aprendizagem que estimula desde cedo a vocação do estudante para a docência e a pesquisa, além do exercício prático da profissão.

Um dos exemplos de estímulo à docência e pesquisa no estudante de pós-graduação em Direito é a oportunidade de discutir com seus pares e professores-pesquisadores o seu próprio projeto de pesquisa ou pesquisa ainda em andamento. A propósito, esta última foi uma das características mais marcantes do Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais III”: a discussão de pesquisas ainda em curso nos mestrados e doutorados de seus participantes. O CONPEDI não dispensa ou aconselha a submissão de trabalhos que resultem em pesquisas finalizadas, mas a postura ativa do estudante de pós-graduação em submeter as dificuldades e problemas de pesquisa que tem enfrentado em seus percursos merece admiração.

O compartilhamento de suas dúvidas e impressões incrementaram as discussões entre os que submeteram suas pesquisas e os coordenadores do GT. Os diferentes perfis dos coordenadores também contribuiu com a diversidade de abordagens por eles propostas aos que apresentaram suas pesquisas. Por exemplo, questões de cunho profissional mais prático foram destacadas quando diante de discussões que envolviam diretamente a judicialização de políticas de saúde nos Estados brasileiros, ao mesmo tempo em que questões teóricas envolvendo as moralidades dos sujeitos de pesquisa, a discussão em torno de teorias da justiça e os métodos que guiaram os estudantes e professores a apresentarem suas pesquisas foram igualmente destacados e ponderados.

O Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais III” apresentou uma diversidade de temas e análises capaz de enriquecer ainda mais os debates acerca de sua teoria e ciência do objeto. Em um primeiro momento foi possível perceber o esforço de pesquisadores em criar ou discutir teorias que melhor contribuíssem à compreensão dos direitos e garantias fundamentais constantes implícita ou explicitamente no texto constitucional. Neste sentido, destacamos o movimento bastante claro, a partir das pesquisas apresentadas, por uma

mobilização de saberes capazes de facilitar a compreensão acerca de diferentes processos existentes de implementação e defesa de políticas públicas.

Um segundo grupo de trabalhos dedicou estudos e pesquisas à compreensão de como o processo acima descrito se desenvolve no interior de instituições judiciais, destacando atuações ora singularizadas ou coletivas, dos profissionais ocupantes dos cargos responsáveis por buscar a implementação e defesa das referidas políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais. Por fim, o último grupo se dedicou a demonstrar diferentes caminhos para se analisar tais questões a partir da variedade de técnicas e métodos de pesquisa, privilegiando-se o indutivo, dedutivo, a pesquisa bibliográfica, documental e quantitativa.

Uma característica comum a muitos dos trabalhos nos parece bastante reveladora da atualidade e pertinência dos debates no CONPEDI: a preocupação com a garantia e efetivação de direitos sociais previstos na Constituição de 1988, especialmente diante do atual quadro de crise política generalizada e de constante ameaça a direitos conquistados por que passa o país. É animador perceber que a academia jurídica está atenta aos desafios sociais e políticos concretos do presente, sem prejuízo de que o tratamento de tais temas práticos prementes seja feito com o rigor teórico e metodológico que a área do Direito tem conquistado nas últimas décadas.

Todas as questões acima mencionadas poderão ser notadas nos trabalhos adiante expostos. Convidamos o leitor a uma leitura bastante provocativa que, ao associar a teoria dos direitos fundamentais e da Constituição com técnicas e métodos da pesquisa jurídica, ampliam e tornam ainda mais acessível o debate sobre a defesa e implementação de políticas públicas a partir de discussões sobre os direitos e garantias fundamentais. Esse especial modo de produção do conhecimento, que prioriza a análise não apenas das instituições, mas também de seus atores, é o que permite uma aproximação maior do Direito com a população.

Prof. Dr. Carlos Victor Nascimento dos Santos - PUC-Rio e Universidade Projeção

Prof. Dr. Guilherme Scotti - Universidade de Brasília

Prof. Dr. Juraci Mourão - Centro Universitário Christus

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AS AN INSTRUMENT OF EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTIONAL NORM FOR THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES.

Jamille de Seixas Souza ¹
Ana Klicia Silva Mendes ²

Resumo

Este artigo trata do direito como ciência capaz de aliada a outra ciência, a economia, estabelecer diretrizes para a interpretação da norma de modo que seja encontrada a solução de menor custo ao maior benefício possível, mediante interpretação eficiente da norma. Primeiro, conceituou-se o direito com base nos grandes filósofos jurídicos para demonstrar que sua função não é só solucionar conflitos, mas também buscar implementação de políticas públicas capazes de propiciar igualdade e desenvolvimento. Busca-se demonstrar que a análise econômica do direito é instrumento de efetividade da Constituição.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Políticas públicas, Análise econômica do direito, Escassez, Eficiência, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with law as a science capable of allied with another science, the economy, establish guidelines for the interpretation of the norm so that the solution of the least cost is found to the greatest possible benefit, through an efficient interpretation of the norm. First, law was conceptualized based on the great juridical philosophers to demonstrate that its function is not only to solve conflicts, but also to seek implementation of public policies capable of promoting equality and development. It is tried to demonstrate that the economic analysis of the right is instrument of effectiveness of the Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Public policy, Economic analysis of law, Scarcity, Efficiency, Reservation as possible

¹ Advogada graduada pela UESC. Pós-graduada em Processo Civil pela UNIDERP. Mestranda em Direito Constitucional pela UFBA. Membro do Grupo de Pesquisa em Cidadania -CNPq. Professora universitária.

² Advogada graduada pela UESC. Mestranda pela UESC. Servidora pública.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil, apesar de sua imensa riqueza natural e humana, essa última decorrente de um processo de miscigenação intercontinental, é um país ainda bastante desigual economicamente falando e carente de desenvolvimento em vários aspectos, como tecnológico, educacional e agroindustrial. Tais deficiências são facilmente identificadas geograficamente e demonstram que fatores históricos, como a colonização, contribuíram para o cenário que hoje se presencia, caracterizado principalmente por problemas sociais, políticos e urbanos, que merecem ser cada vez mais discutidos em todos os setores da sociedade no sentido de que sejam implementadas políticas públicas eficazes e capazes de propiciar melhores condições de vida aos brasileiros.

Nesse contexto, o presente artigo destaca a necessária adoção de condutas governamentais no fito de estabelecer uma melhor distribuição de rendas, de forma mais justa, propiciando o desenvolvimento social, fazendo com que o Direito desponte não apenas com sua típica função de solucionar conflitos, mas principalmente como instrumento regulador da economia, um filtro hermenêutico de modo a afastar medidas meramente populistas e mais comprometida com a universalidade.

Ou seja, o que se pretende é que o Direito ultrapasse os limites da celulose para engrandecer a vida real através do exercício da efetividade, da concretude da norma, em especial da norma constitucional, a qual deve ser vista pelos brasileiros como a guardiã protetora dos direitos e garantias fundamentais, e não como uma falácia de justiça.

Entretanto, sabe-se que a Constituição Federal vigente no Brasil é fruto de um momento libertador, pós ditadura militar, e que precisava atender aos anseios sociais da população e assegurar-lhe direitos mínimos. Era a centelha da esperança e da renovação impulsionado pelo forte movimento social das ruas e que culminou com o constitucionalismo patriarcal e garantista.

Se por um lado o movimento constitucionalista brasileiro de 1988 determinou o viés da proteção suprema à liberdade e igualdade e albergou direitos sociais, o que a fez ser denominada também de Constituição Cidadã, de outro lado, face seu iminente cunho paternalista, atribuiu ao Estado a obrigação de ser provedor de direitos fundamentais como se limites a isso não existissem e em detrimento a outros direitos e deveres também constitucionalmente previstos, como observância aos orçamentos governamentais e a reserva do possível.

Emerge daí a importância da aplicabilidade da análise econômica do direito à hermenêutica jurídica, pois, considerando-se que todo direito tem um custo, se faz necessário relacionar todos os efeitos que uma decisão judicial acarreta na sociedade para que se possa priorizar a observância da igualdade entre os indivíduos, sem que se enxergue somente o Estado como o agente provedor das medidas necessárias ao desenvolvimento econômico e social do país.

O que se pretende com o presente artigo é demonstrar que o Direito deve ser um instrumento limitador das políticas públicas nacionais de desenvolvimento e combate à desigualdade, mormente sob o enfoque da sua análise econômica, buscando-se, assim, atribuir à norma constitucional maiores eficácia e efetividade, em que pese seu caráter programático.

2. OBJETIVOS

De modo geral o escopo do presente trabalho é demonstrar que o Direito é um instrumento favorável à implementação de políticas públicas de combate à desigualdade e promoção do desenvolvimento, considerando o poder coercitivo da norma. E de forma específica o objetivo esposado concentra-se tanto em comprovar o equívoco incorrido pela interpretação normativa que atribui ao Estado o dever de prover, a qualquer custo, direitos fundamentais, fomentando a judicialização que contrapõe direitos constitucionalmente previstos, como em apontar a interpretação que se toma por ideal sob os contornos da análise econômica do Direito.

3. METODOLOGIAS

O artigo foi elaborado utilizando-se a metodologia de pesquisa do tipo teórica, dogmática, bibliográfica e qualitativa, sendo o objeto da pesquisa cunho predominantemente escrito, baseado na análise de diversos textos, em sua maioria de fontes jurídicas, fazendo-se uso de interpretações hermenêuticas.

4. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

4.1 O Direito não tem apenas a função típica de solucionar conflitos

Depreende-se das lições do grande filósofo do Direito, Hans Kelsen, que o Direito é ciência peculiar por se auto regular tanto na sua produção quanto aplicação, sendo um sistema normativo cuja validade e força subsistem da norma hipotética fundamental depositada na constituição de um país. A grandiosidade do seu legado consistiu na capacidade de sistematizar o Direito mediante o que se chamou de corrente positivista e de distinguir o Direito da ciência jurídica, sendo o primeiro o conjunto de normas, a representação do *dever-ser*, e o segundo a aplicabilidade dessas normas mediante a atividade interpretativa da autoridade jurídica:

“A distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verdadeiras ou inverdadeiras, ao passo que as normas de *dever-ser*, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verdadeiras ou inverdadeiras mas válidas ou inválidas” (KELSEN, 2009, p. 82).

Já o filósofo jurídico Alf Ross toma o Direito como ciência e uma ciência baseada em fatos observáveis, partindo do fato para a norma, dada a relevância que atribui ao empirismo e ao aspecto sociológico intrinsecamente ligado ao Direito, e ao rejeitar a metafísica afirma que a norma fundamental pressupõe da ideologia, justificando a existência da norma na vinculação psicológica de cada indivíduo. Nesse sentido, afirma:

“O juiz não é motivado exclusivamente pelas normas jurídicas, também o é pelos fins sociais e pelo discernimento teórico das conexões sociais relevantes ao atingir daqueles fins. Por esta razão, tem-se exigido da ciência do direito, em especial modernamente, que dirija sua atenção para as realidades da vida social” (ROSS, 2009, p. 43).

Salutar trazer também o conceito de Direito para Ronald Dworkin, considerando sua importância nos estudos acadêmicos jurídicos dada sua capacidade de incursão na diferenciação entre princípios e regras e a consequente ruptura da estrutura jurídica tradicional ao demonstrar que deve prevalecer como resultado do Direito a resposta ao caso concreto, o primado sobre a regra, fazendo sobrelevar a jurisprudência no ordenamento, sistema que é contemporâneo até então e hoje está consolidado no que se conhece por *common law*.

“O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas.

...

O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com ‘o direito’, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante "a aplicação do direito". Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, "exercendo seu discernimento pessoal", o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente” (DWORKIN, 2002, p. 27-28).

E no que se refere à diferenciação entre princípios e regras, objetos do Direito enquanto ciência, Humberto Ávila ao citar as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, de que “enquanto as regras seriam aplicadas mediante ‘subsunção’, os princípios seriam aplicados mediante ‘ponderação’” (2014, p. 150), as contraria para afirmar que a técnica de ponderação também é aplicável às regras e não somente aos princípios, teoria essa da qual não se comunga. Ora, se os princípios são o primeiro fundamento da regra, entende-se que por trás de toda regra há um princípio, e por tal razão não se colocam ambos no mesmo patamar de parametrização normativa, pelo que se entende que deve prevalecer a ideia do “tudo ou nada” para as regras e da ponderação para os princípios.

O Direito, pois, não tem como função apenas solucionar conflitos, mas principalmente resguardar a proteção ao indivíduo, estabelecer a ordem política e econômica, regular as próprias normas, tanto no que se refere à sua legislação e competência quanto à sua aplicação.

Concebendo o ordenamento jurídico como um sistema normativo decorrente dos fatos sociais e calcado em princípios axiológicos, percebe-se que o Direito está em constante modificação para acompanhar a evolução das relações e nesse contexto os princípios, que são normas abertas, gerais e abstratas, despontam como deliberado fundamento das decisões judiciais, criando o grande problema do Direito moderno, qual seja, a aplicação discricionária dos princípios em casos concretos individualizados e determinados.

Ou seja, medidas de políticas públicas são tomadas pelo judiciário em casos particulares e muitas vezes em detrimento à coletividade, valendo-se também das normas constitucionais fruto do movimento constitucionalista simbólico e da previsão dos direitos fundamentais. Assim, se um brasileiro se socorre da Casa de Justiça para requerer tratamento médico de elevadíssimo custo, em nome do direito fundamental à saúde é imposto ao Estado o custeio de tal tratamento, sem que se observe o custo desse direito, as reservas orçamentárias constitucionais e a extensão desse direito individual sobre a sociedade.

Nessa seara destaca-se a preleção de Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti sobre a necessidade da aplicação dos princípios como solução de casos concretos de modo que sejam respeitados e mantidos os interesses coletivos. Desse modo, o princípio que resguarda o direito individual de alguém deve ser limitador da aplicação do mesmo princípio face ao seu semelhante.

“Já a exegese a ser dada aos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade, em discursos de aplicação próprios da atividade judicial, não equivale a um juízo de preferência sobre interesses conflitantes, mas na busca do sentido que, diante das especificidades do caso concreto e da complexidade normativa envolvida, ofereça uma resposta coerente com a Constituição e o ordenamento como um todo, entendidos, é claro, à luz da compreensão que compartilhamos dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade que reciprocamente nos reconhecemos enquanto constituição viva, enquanto comunidade de princípios. No caso, verifica-se que desde o esgotamento do paradigma constitucional liberal os direitos privados, como o da propriedade, não mais podem implicar a tutela, a título de direito, de pretensões egoísticas anteriores e contrárias à própria vida social, pois os direitos individuais, coletivos e difusos de todos os demais membros da coletividade impõem condições para seu exercício legítimo” (CARVALHO NETO; SCOTTI, 2012, p. 145).

Observando-se a natureza da norma, pois, fica claro observar que sua função não é apenas a de solucionar conflitos, mas, e principalmente, de buscar promover a igualdade. Por isso, as decisões judiciais que interferem diretamente nas políticas públicas devem ser proferidas de modo que resguarde também o Estado para que não se infira na escassez de recursos. E é nesse sentido que a norma deve ser interpretada, mediante a ponderação de princípios que preservem os direitos fundamentais do indivíduo, e a garantia dos recursos à sociedade.

4.2 Movimentos constitucionalistas super garantidores

Historicamente a necessidade de positivação dos direitos do homem ganhou força nos movimentos constitucionalistas pós 2ª Guerra Mundial, que reivindicavam a proteção dos chamados direitos universais e indisponíveis, representados pelo direito à vida, à liberdade, de expressão, de condições mínimas de sobrevivência, fazendo despontar assim, em esfera internacional, o reconhecimento aos direitos humanos, buscando afastar os riscos de regimes totalitários e degradantes da condição humana.

O constitucionalismo surge a partir do momento em que se questiona sobre os limites do poder político concedido ao chefe de governo ou de Estado, sendo que essa ideia de limitação tem sua fase embrionária na civilização hebraica, em que a estrutura e limitações do governo eram baseadas nas leis sagradas e divinas, e perduram até os dias atuais.

Na luta pela afirmação de direitos, bem como à simultânea limitação dos poderes, os movimentos constitucionalistas priorizaram a proteção aos direitos de primeira dimensão, representados pelos direitos à liberdade, à expressão, à locomoção e à vida, e desde então tais movimentos evoluíram e se adaptaram a cada contexto social e histórico vivenciado na época.

A partir do século XIX, tendo como precursora a Constituição de Weimar, se instaurou o constitucionalismo social, que pôs como objeto de positivação os direitos sociais, também chamados de segunda dimensão, e foi definido pelo autor Manoel Jorge e Silva Neto como fenômeno de “modificação da postura do Estado em face dos indivíduos, já, agora, amparado no princípio da não neutralidade, e destinado a intervir no domínio econômico para consecução de sociedade menos desigual” (2013, p. 101).

E assim também ocorreu no Brasil, os direitos fundamentais foram observados pela constituinte de 1988, a qual priorizou também regras de limitação ao poder político, visando sucumbir as amarguras decorrentes da ditadura militar e assegurar constitucionalmente a proibição de restrição de direitos humanos de primeira dimensão, ao passo que anuiu também à proteção dos direitos de segunda dimensão.

Ocorre que, essa mesma constituinte que de um lado sobrelevou direitos fundamentais, de outro lado sobrecarregou o Estado de deveres e responsabilidades como se fossem desavisados de que todo direito tem um custo. E assim, para satisfazer os anseios sociais, encaminhou para promulgação uma constituição que de tão programática por vezes é ineficaz.

Impossível e pouco importante seria julgar a intenção da constituinte de 1988, mas percebe-se que os constitucionalistas primaram pela positivação de direitos para atender ao que os movimentos sociais pleiteavam, em flagrante caracterização ao que o autor Marcelo Neves denomina de Constitucionalismo Simbólico, que nada mais é do que atribuir ao texto constitucional o caráter simbólico, eis que esvaziado de concretude dada sua finalidade de meramente dar uma resposta imediata ao anseio da população.

Diante do reconhecimento jurídico quanto a ausência de efetividade das normas constitucionais sociais, despontou como alternativa a construção teórica do constitucionalismo dirigente iniciado por J. J. Canotilho e aperfeiçoado no Brasil pelo autor Miguel Calmon Dantas que o define da seguinte forma:

“O dirigismo, assim, justifica-se prontamente como postura teórica suscetível de afirmar condições para a efetividade dos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais, cultural e existencialmente construídos numa vivência comunitária que resiste à crítica pós-moderna das metanarrativas e sustenta a reinserção do Estado Social como dimensão do Estado Democrático de Direito” (DANTAS, 2009, p. 171).

E o autor Miguel Calmon Dantas vai além, pois, ao reiterar o entendimento que ora se tenta esposar, demonstra que não existe equívoco em positivizar constitucionalmente os objetos do constitucionalismo social, o que é necessário observar, porém, é que o dirigismo é guiado pelo princípio da solidariedade comunitária, pelo que as decisões judiciais devem ser tomadas sob esse aspecto, da responsabilidade solidária entre Estado e indivíduos. E mais adiante afirma “... a solidariedade é dirigente por repercutir substancialmente na gestão dos recursos públicos, como também por reforçar a normatividade e a eficácia jurídica dos valores constitucionais e dos princípios fundamentais, fundantes da autocompreensão comunitária” (DANTAS, 2009, p. 186).

Nessa mesma linha de inteligência, no que em um deleite mais profundo trataria-se do denominado constitucionalismo fraterno, o autor Norberto Bobbio ao tratar dos direitos humanos afirma que o homem é inserido no corpo social de tal modo que passa a ter direitos e deveres sobre a solidariedade e fraternidade e justifica: “Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém, desesperado – mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis” (1992, p. 24).

Os fundamentos do Estado brasileiro estabelecidos foram a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Como objetivos foram instituídos construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e promovendo o bem de todos, sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra discriminação.

E foi na tentativa de solucionar todos esses problemas sociais, principalmente no aspecto da eficácia dos direitos sociais, que o constituinte de 1988 criou uma constituição paternalista, fortalecendo o Estado e o tornando-o também mais demandado. Na realidade o Estado assumiu o papel de administrador, justiceiro, patrão, e defensor dos fracos e oprimidos, além de produtor e provedor de recursos.

Impende frisar que o paternalismo é uma forma “degenerada de protecionismo e um tipo de domínio social, econômico e político próprio dos estados totalitários ou que mais dele se aproximam”, como afirma Ney Prado em seu artigo Paternalismo Constitucional (2014).

A intenção dos constituintes era solucionar todos os problemas do Brasil, por isso trouxe normas programáticas no texto da Magna Carta. No entanto, atribuiu a responsabilidade de encontrar os caminhos do progresso, do desenvolvimento da nação e o bem estar material e psicológico do brasileiro, somente ao Estado, e não a sociedade como um todo. Logo, a sociedade ficou mais dependente e mais inerte, uma vez que a capacidade de encontrar seus próprios caminhos e de se desenvolver pelas suas próprias decisões foi tolhida através do paternalismo imposto pelo modelo de Governo. Vislumbra-se que o homem se acostumar a esperar pelo Estado para solucionar de todos os problemas e a despejar-lhe a cornucópia de todas as benesses. Nesse sentido aduz ainda Ney Prado:

“o constituinte de 88, na sua tentação filantropista e generosa, cristalizou promessas irrealizáveis e confundiu direitos com meras expectativas. Com isso, disseminou ilusões e exacerbou frustrações, porque uma boa parte deste interminável catálogo de direitos ou pseudo direitos, ainda permanece no papel. Enfim, não cabe ao legislador constituinte resolver os problemas do cidadão, mas os da cidadania. Não lhe cabe igualmente resolver os problemas do governo, mas criar condições para a governabilidade” (2014).

Ademais, importante mencionar que esse tipo de governo fortalece a burocracia oficial, pois o Estado absorveu para si todos os poderes desenvolvidos pela sociedade e, como consequência, oferece de contrapartida serviços ineficazes. Por fim, não cabe ao Estado dar, nem mesmo o essencial, mas propiciar que se produza e que os frutos do progresso sejam acessíveis a todos, sendo esse o princípio da igualdade que a Carta Magna prevê.

Cabe ainda nesse interim, tratar da necessária distinção entre institutos relacionados ao tema. A primeira distinção que se faz é entre direitos humanos e direitos fundamentais, considerando que ambos tutelam os mesmos direitos, temos que os direitos fundamentais são os mesmos direitos humanos, porém, com previsão limitada ao ordenamento jurídico interno de dado país, ou seja, positivação em esfera nacional. Já os direitos humanos são aqueles que viabilizam a ordem e harmonia em âmbito internacional, denominação utilizada em tratados e normas que ultrapassam limites topográficos.

Já a segunda distinção reside entre direitos e garantias fundamentais. Segundo Pedro Lenza, o primeiro jurista de que se tem registro a enfrentar o tema foi Rui Barbosa, que assim os distinguiu:

“as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, esta as garantias; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito” (*apud* Lenza, 2012, p. 961).

Percebe-se, pois, que dita distinção consiste no fato de que o primeiro tem caráter declaratório, que imprime existência; e o segundo, ao seu turno, traz disposições assecuratórias. Ademais, se a garantia não se mostrar capaz de assegurar o direito, em dado caso concreto, o cidadão tem à sua disposição um meio processual próprio para torná-lo efetivo, o chamado remédio constitucional, portanto, os remédios constitucionais, ou, ainda, ações constitucionais, têm por função conferir efetividade aos direitos fundamentais.

4.3 Análise Econômica do Direito e Políticas Públicas

De logo se afirma que Análise Econômica do Direito em nada se confunde com o conceito de Direito Econômico, pois, enquanto o primeiro é um método que auxilia na interpretação das normas mediante a aplicação de teorias que vão mostrar a decisão que vai proporcionar mais eficiência e menos custo (a melhor escolha pública), o segundo é, no dizer de Manoel Jorge e Silva Neto (2001, p. 26), a juridicização da política econômica do Estado:

“O conceito restrito de Direito Econômico está associado à ideia de uma disciplina nova dirigida ao estudo dos problemas ocorridos por força da intervenção do Estado no domínio econômico; já o conceito amplo vincula uma norma ao direito econômico quando rege relações humanas propriamente econômicas”.

Incontestável é a afirmação de que o Direito é e deve ser um regulador das políticas públicas, pois, em que pese a separação entre os Poderes ser um fundamento da Constituição brasileira vigente, a atuação governamental é limitada pela norma e por isso não deve olvidar do seu crivo à legalidade.

Se não se pode atribuir ao Estado a responsabilidade pela solução de todas as mazelas sociais, ainda que sob o argumento de se estar dando cumprimento às normas de direitos fundamentais, por que tal imposição a ser observada sem condicionantes gera um custo e acarreta a escassez de recursos, deve-se então apontar quais as formas de atribuir efetividade à Constituição de modo que não se despreze o respeito aos limites de ordem material e aos efeitos econômicos da atuação positiva do Estado.

O que desponta como objeto de estudo é, então, a busca pelo cumprimento da norma de modo que ela propicie a maior eficiência possível. E como a norma pode ser aplicada de modo a propiciar a maior eficiência possível é uma pergunta que somente a análise conjugada das ciências jurídicas e econômicas pode responder, fazendo despontar a análise econômica do direito como método de pesquisa para apurar a aplicação da norma no caso concreto que vai gerar menos custos e maior otimização dos recursos.

Em se tratando do cumprimento de normas relativas aos direitos fundamentais destaca-se que o Estado não é o seu provedor absoluto e o exercício do Poder Judiciário quando instado a se pronunciar sob sua atuação, resguardada a separação entre os Poderes, deve analisar as externalidades positivas e negativas e fundado nessa análise determinar qual a limitação dessa atuação estatal, fazendo com que as políticas públicas e decisões judiciais contra o Estado respeitem o orçamento público. Tal procedimento não só vai assegurar a redução dos custos, como aplicar a norma de modo que ela propicie maior eficiência.

Define-se a análise econômica do direito como método de interpretação da norma, mediante a interdisciplinaridade entre Direito e Economia, para que através de institutos jurídicos sob perspectivas econômicas sejam tomadas decisões que priorizem as escolhas coletivas. Tal estudo teve origem na Europa, mas foi na conhecida Escola de Chicago, sob a autoria de Ronald Coase (autor da obra *The problem of social cost*) e Richard Posner (autor da obra *Economic Analysis of Law*), que ganhou desenvolvimento e aceitação, vez que foram realizadas demonstrações da instrumentalidade dos princípios jurídicos da razoabilidade e proporcionalidade que conjuntamente à observância de institutos como reserva do possível, permitem a concretização da norma constitucional de forma equilibrada e efetivamente justa.

A sociedade não pode atribuir ao Estado a responsabilidade por todas as ações positivas e de modo ilimitado a garantia de cumprimento de todos os direitos fundamentais, vez que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade incumbem ao conceito de reserva do possível justamente aquilo que o indivíduo pode esperar da sociedade, e não só do Estado na condição de Poder Público, porque até mesmo o Poder Público tem limitação à sua atuação e, principalmente, aos seus recursos.

Por corolário lógico, sabe-se que as normas influenciam a economia e o inverso é igualmente válido para a criação e aplicação das normas, porém, não se tem conhecimento preciso do grau e modo que essas influências repercutem entre si e nesse contexto a análise econômica do Direito desponta como meio de estabelecer critérios de correlação entre ambos. Assim, permitiu-se aos operadores do Direito ao interpretar uma norma não olvidar-se de observar os efeitos econômicos que sua aplicabilidade traria, conduta que se torna

imprescindível quando se fala de normas de políticas públicas e judicialização de direitos fundamentais.

Para elucidar melhor a interdisciplinaridade em questão, José Luiz Singi Albuquerque, mestre em Análise Econômica do Direito pela Universidade de Utrecht, Holanda, afirma em seu artigo que “enquanto a análise de impacto econômico cuida de descrever quais seriam os efeitos de uma norma, a análise econômica normativa trabalha com a perspectiva de sugerir como deveria ser uma norma para que ela possa produzir os resultados esperados de maneira mais eficiente”.

Em se tratando de políticas públicas, a igualdade e o desenvolvimento que elas devem implementar socorrem-se da identificação da função do Estado e suas limitações, sejam em condutas positivas ou negativas. Além disso, as metas estatais devem ser atingidas sem por em detrimento direitos fundamentais, porém, em observância aos institutos da reserva do possível e do cumprimento ao orçamento público. Vale transcrever o que afirma nesse aspecto o autor Miguel Calmon Dantas (2009, p. 369):

“A elucidação dessas dimensões de direitos fundamentais possibilita uma melhor compreensão da capacidade dirigente da ordem constitucional, como também a averiguação adequada das opções políticas e da alocação de recursos promovida pelo Legislativo na formulação e implementação de políticas públicas, permitindo verificar se há conformidade com os programas constitucionais ou se há omissão ou contrariedade com as cláusulas de utopia”.

Os Autores Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (2015, p. 154) apontam, no que se refere a legalidade das políticas públicas, que alguns institutos da análise econômica do direito, como a teoria dos jogos, oferece ao Estado a possibilidade de testar sua variáveis na implementação dessas políticas de modo a obter o melhor resultado, ou seja, o mais eficiente sob o menor custo, como se vê no trecho abaixo transcrito:

“A teoria econômica, pelos ensinamentos da Escola da public choice (escolhas coletivas), formula modelo detalhado do funcionamento da ordem política nas democracias representativas como a nossa (B). No plano normativo, a teoria do bem-estar, (Welfare theory) propôs concepção de missões propriamente confiadas ao Estado. Convém apreciá-las à luz do ensinamento da public choice (C)”.

Ratificando o entendimento alhures, transcreve-se trecho da obra de Stephen Holmes e Cass Sunstein: “*All rights are costly because all rights presuppose taxpayer funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement*” (2000, p.43).

Em complementaridade a tal afirmação, temos ainda o fato de que os recursos são escassos, e essa é uma verdade inexorável, pelo que, a efetivação dos direitos, inclusive os sociais, exige recursos públicos que em contrapartida devem muitas vezes serem sopesados com a implementação de políticas públicas em vários setores, indicando que nesse momento a medida mais acertada será aquela tomada mediante a utilização da análise econômica do direito, para que as escolhas tomadas sejam racionais e não fundadas apenas em garantismo desprovido de responsabilidade.

Alguns institutos da economia ao serem aplicados ao direito permitem a realização desse sopesamento de modo a buscar garantir condições de igualdade entre os desiguais, atendendo ao conceito de igualdade material proposto na Constituição vigente. Sobre esses institutos destacamos o Ótimo de Pareto¹, o conceito de Eficiência de Kaldor-Hicks², a teoria dos jogos³, entre os tantos existentes.

5. CONCLUSÕES

Realizadas as análises e enfrentado o tema proposto, permite-se concluir, e inicialmente, que os direitos fundamentais e sociais devem ser protegidos e resguardados pela Constituição e por qualquer força de poder normativa, vez que são direitos provenientes de lutas e reconhecimentos que atribuem ao homem a condição de humano, envoltos pelo manto do qual jamais pode ser apartado que é o da dignidade da pessoa humana e a desnaturação desses direitos, ou até mesmo sua flexibilização, impele ao ordenamento jurídico o retrocesso e à sociedade a vergonha.

¹ Eficiência de Pareto ou Ótimo de Pareto é um conceito de economia desenvolvido pelo italiano Vilfredo Pareto. Uma situação econômica é ótima no sentido de *Pareto* se não for possível melhorar a situação, ou, mais genericamente, a utilidade de um agente, sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico. Por situação e utilidade pode se entender também bem-estar (*welfarism*). Um pequeno número de causas (geralmente 20%) é responsável pela maioria dos problemas (geralmente 80%).

² Eficiência de Kaldor-Hicks é uma forma de julgar re-alocações econômicas de recursos entre pessoas que capta algum do apelo intuitivo da melhoria de Pareto, mas que tem critérios menos rigorosos e, por isso, é aplicável a circunstâncias mais amplas. Uma re-alocação é uma melhoria de Kaldor-Hicks se aqueles que ficam melhor podem hipoteticamente compensar aqueles que ficam pior e assim atingir um resultado de melhoria de Pareto. A compensação não tem de fato que ocorrer (não há nenhuma presunção a favor do *status quo*) e, assim, uma melhoria de Kaldor-Hicks pode na verdade deixar algumas pessoas pior.

³ Teoria dos jogos é um ramo da matemática aplicada que estuda situações estratégicas onde jogadores escolhem diferentes ações na tentativa de melhorar seu retorno. Distingue-se na economia na medida em que procura encontrar estratégias racionais em situações em que o resultado depende não só da estratégia própria de um agente e das condições de mercado, mas também das estratégias escolhidas por outros agentes que possivelmente têm estratégias diferentes ou objetivos comuns. (conceitos retirados da internet)

Entretanto, a previsão constitucional normativa de tais direitos não é suficiente ao ponto de nos fazer esquecer que, infelizmente, a positivação dos mesmos pode ter ocorrido por mero interesse do poder constituinte, que assim o fez utilizando-se dos efeitos a serem produzidos pelo movimento do constitucionalismo simbólico, sem a vinculação ao compromisso de aplicar concretude a essas normas.

Ainda que, como no caso do Brasil, a Constituição seja permeada de normas com conteúdo programático e objeto do constitucionalismo social, não se pode aceitar que sua efetividade seja restrita ou até mesmo limitada àqueles que lutam por seu cumprimento mediante a judicialização. Se o que se busca é a igualdade e o desenvolvimento, não é a judicialização que deve promovê-los, mas políticas públicas responsáveis e instrumentalização do Direito de modo consciente e coletivo.

Se o direito perseguido é direito fundamental e a sua concretização depende de uma atuação positiva do Estado, essa decisão deve ser tomada mediante a ponderação dos princípios normativos e sob técnica que não permita ao livre alvedrio do julgador a escolha do caminho a ser seguido. Eis que o Direito, como ficou demonstrado, é um instrumento de medidas para implementação de políticas públicas e de fomento à igualdade, e para tanto precisa ser operacionalizado não como mero regulador de conflitos, mas como método de interpretação da norma para que seja aplicado ao caso concreto a medida mais eficaz e a escolha mais racional.

O Estado não pode ser visto como garantidor absoluto das demandas sociais, repise-se, não se pretende desonerá-lo de suas responsabilidades, mas destacar que todos os integrantes da sociedade tem e precisam saber que tem responsabilidade pela vida em comunidade. Onerar em demasiado o Estado só acelera o processo de escassez dos recursos e retira do indivíduo o seu dever de participar, como assim propõe os princípios constitucionais da solidariedade e fraternidade, como já vem defendendo o movimento constitucionalista fraterno. Noutro diapasão destacou-se também o conceito do constitucionalismo dirigente, como um viés mais comedido de responsabilização estatal.

Em ambos movimentos constitucionalistas a interpretação da norma não se afasta dos benefícios que a análise econômica do direito pode propiciar, pois, partindo-se do pressuposto, que não é mais empírico, de que todo direito tem um custo e os recursos são escassos, os institutos econômicos disponibilizam métodos para que a norma a ser aplicada seja aquela que gere menos custo e maior benefício, em observância, por exemplo, a reserva do possível e aos orçamentos públicos.

Assim, como forma de limitação à equivocada interpretação que se vem dando as normas constitucionais, no sentido de que basta ter um direito fundamental de um lado dos polos para que seja atribuído ao Estado toda a responsabilidade na resolução e custeio desse conflito e da implementação das políticas públicas, é que se precisa difundir cada vez mais a análise econômica do direito como método de interpretação da norma, porque assim se estará aplicando a medida mais justa e coletivamente mais adequada.

Por fim, esclarece-se que a análise econômica do direito não deve ser instrumento para afastar em toda e qualquer situação a aplicação de normas que salvaguardam direitos fundamentais, quiçá direitos humanos, a ética e a democracia. Pelo contrário, todos devem ser considerados no momento de interpretação da norma, e nisso reside a relevância da ponderação abordada no início do presente trabalho, e em caso de colisão entre valores morais coletivos e a eficiência econômica, dúvidas não podem haver quanto o prevalecimento dos primeiros.

6. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, José Luiz Singi. Introdução ao estudo da análise econômica do direito. http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf. (acesso em 13/05/2017).

ÀVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 15ª edição, Malheiros Editores, 2014.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Editora Campus, 1992.

CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Fórum, Belo Horizonte, 2012.

DANTAS, Miguel Calmon. Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade, São Paulo, Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério, Tradução Nelson Boeira, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2002.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

KELSEN, Kelsen. Teoria Pura do Direito, Tradução João Baptista Machado, 8ª edição, Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, Editora Saraiva, 16ª edição, São Paulo, 2012.

PRADO, Ney. Paternalismo constitucional. <http://www.editorajc.com.br/2014/05/paternalismo-constitucional/>. (acesso em 10/05/2017).

ROSS, Alf. Direito e Justiça, Tradução Edson Bini, Editora Edipro, 1ª edição, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constiucional, 8ª edição, São Paulo, Saraiva, 2013.

_____; Direito Constitucional e Econômico, São Paulo, LTr, 2001.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia*. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.