

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Faculdade Mineira de Direito

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO BRASILEIRO:**

*uma abordagem crítico-reflexiva da Análise Econômica do Direito a partir de
Richard Posner e a proposta de Ronald Dworkin*

Álisson da Silva Costa

**Belo Horizonte
2011**

Álison da Silva Costa

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO BRASILEIRO:**

*uma abordagem crítico-reflexiva da Análise Econômica do Direito a partir de
Richard Posner e a proposta de Ronald Dworkin*

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Teoria do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro.

**Belo Horizonte
2011**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C837e Costa, Álisson da Silva
A efetivação dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito brasileiro: uma abordagem crítico-reflexiva da análise econômica do direito a partir de Richard Posner e a proposta de Ronald Dworkin. / Álisson da Silva Costa. Belo Horizonte, 2011.
139f.

Orientador: Fernando José Armando Ribeiro
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Estado de Direito. 2. Direitos Sociais. 3. Neoliberalismo. 4. Brasil. I. Ribeiro, Fernando José Armando. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.7

Álison da Silva Costa

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO BRASILEIRO:**

*uma abordagem crítico-reflexiva da Análise Econômica do Direito a partir de
Richard Posner e a proposta de Ronald Dworkin*

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Teoria do Direito.

Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro (Orientador) – PUC-Minas

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (co-orientador) – UFMG

Prof. Dra. Lusia Ribeiro Pereira – PUC Minas

Prof. Dr. Rodolfo Viana Pereira – UFMG

Prof. Dr. Lucas de Alvarenga Gontijo – PUC Minas (suplente)

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2011.

Dedico a presente pesquisa à nova geração de pesquisadores do Direito, comprometidos com a construção de um Estado Democrático de Direito, e ávidos pelo desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária.

Dedico o presente trabalho, também, para aqueles que acreditam na existência de respostas corretas em Direito.

AGRADECIMENTOS

A Deus, meu melhor Amigo, obrigado pela existência e pelo amadurecimento intelectual.

Aos meus pais, pela compreensão quando das privações do convívio social motivadas pelas leituras e demais atividades acadêmicas, assim como pelo exemplo de seriedade e dedicação para com os estudos.

Ao tio Pedrinho e ao tio Telmo, pelos incentivos acadêmicos, aos meus irmãos, pelo carinho e incentivo e aos demais familiares pelo apoio.

Não poderia deixar de apresentar os meus sinceros agradecimentos a todos os professores da Pós-graduação e da Graduação da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Em especial agradeço aos meus dois orientadores e amigos, o Professor Dr. Fernando José Armando Ribeiro, e o Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, exímios professores e pesquisadores, pelo apoio imprescindível desde o início da orientação, pela compreensão durante o desenvolvimento da pesquisa e pelas profícuas interlocuções. Tais professores são exemplos de humildade, seriedade e comprometimento acadêmico.

Manifesto um especial agradecimento ao Professor Dr. Marcelo Campos Galuppo, pelo exemplo de Coordenador e professor. Foi uma honra ter integrado o Colegiado do PPGD tendo como Coordenador uma pessoa que realmente sabe o significado de "Academia".

Aproveito para externar agradecimentos, também, aos professores doutores Guilherme José Ferreira, Lázara Maria Abreu, Vitor Salino, Lusia Ribeiro, Alexandre Travessoni, Flaviane Barros, Rita Fazzi, Antônio Marçal, Júlio Aguiar, Lucas Gontijo, Fernando Horta, Rosemiro Leal, Ronaldo Brêtas, Alberico Alves Filho, Lusia Werneck, Anne Shirley, aos funcionários, na verdade amigos, da Secretaria da graduação e da pós graduação da Faculdade Mineira de Direito e tantos outros que participaram dessa

construção do conhecimento, seja por meio de interlocuções, seja através de compreensões nas ausências das atividades profissionais e de estágio docente.

Estendo os agradecimentos aos colegas e amigos do mestrado e aos amigos da biblioteca Padre Alberto Antoniazzi da PUC-Minas.

Agradeço de modo muito especial à CAPES - Coordenação de Aprimoramento de Pessoal de Ensino Superior, essencial no desenvolvimento da presente pesquisa, à Universidade de Coimbra e à Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pela excelência no ensino e na pesquisa, além da ótima estrutura física, o que fez com que as longas horas de estudo resultassem em inesquecíveis momentos de satisfação.

“ A filosofia e a democracia não são apenas do mesmo contexto de origem histórica, mas dependem estruturalmente uma da outra.” (**Jürgen Habermas**)

“Minhas senhoras, meus senhores! Sem justiça e sem Constituição não se governa nem se alcança a legitimidade; sem igualdade o direito é privilégio social, sem liberdade a cidadania é cadáver, a lei é decreto do despotismo, a autoridade, braço da força que oprime e a segurança jurídica argumento da razão de Estado, absolvendo e anistiando os crimes do poder.” (**Paulo Bonavides**)

[...] o Brasil, senhor, quer ser feliz; este desejo, que é o princípio de toda a sociabilidade, é bebido na natureza e na razão, que são imutáveis...o Brasil já não pode, já não deve esperar que dele (do continente europeu) e que de mãos alheias provenha a sua felicidade. [...] o Brasil tem direitos inauferíveis para estabelecer o seu governo e a sua independência [...]. As leis, as Constituições, todas as instituições humanas são feitas para os povos, não os povos para elas. É deste princípio indubitável que devemos partir; as leis formadas na Europa podem fazer a felicidade da Europa, mas não a da América. O sistema europeu não pode, pela eterna razão das coisas, ser o sistema americano; e, sempre que o tentarem, será um Estado de coação e de violência que necessariamente produzirá uma reação terrível. [...] o Brasil quer a sua independência... (**Carta de apoio dos procuradores e do ministério à súplica do povo pela convocação de uma Assembléia Geral. Rio de Janeiro, 03 de junho de 1822**)

RESUMO

Esta pesquisa partiu da constatação de que na atualidade movimentos como o Direito e Economia (*Law and Economics*), impulsionados pela mudança na economia (neoliberalismo), admitem a realização dos direitos sociais conforme critérios de eficiência econômica, principalmente em razão dos custos de tais direitos (saúde, educação, habitação) para o Estado. Uma análise das relações estabelecidas entre o direito e a economia através do movimento de cunho metodológico denominado Análise Econômica do Direito (AED), que tem em Richard A. Posner um de seus expoentes, suscita uma possível utilização do critério da eficiência para a efetivação dos direitos sociais, pautada em uma análise de custo-benefício. Através da investigação e elucidação de alguns conceitos como “reserva do possível” e “mínimo existencial”, assim como a adoção da contribuição do pensamento de Klaus Günther, a respeito dos discursos de aplicação e discursos de justificação, e em sede da construção do Estado Democrático de Direito, considerando a fundamentalidade dos direitos sociais, ver-se-á que a Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, se nos apresenta em contraposição ao movimento da Análise Econômica do Direito, em especial na vertente de Posner, contribuindo, pois, para uma adequada compreensão dos direitos fundamentais sociais.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Eficiência. Richard Posner. Estado Democrático de Direito. Direito como Integridade. Direitos Sociais. Efetivação. Neoliberalismo. Análise custo-benefício. Ronald Dworkin. Integridade. Aplicação. Justificação.

ABSTRACT

This research started from the finding that in actuality, movements such as Law and Economics (Law and Economics), driven by the change in economics (neoliberalism), admit the realization of social rights according to criteria of economic efficiency, mainly due to the costs of such rights (health, education, housing) for the state. An analysis of relations between law and economics through the movement of methodological viewpoints called Economic Analysis of Law (AED), which is in Richard A. Posner one of its exponents, indicating a possible use of the criterion of efficiency in the realization of social rights, based on a cost-benefit analysis. Through investigation and clarification of some concepts like "possible reserves" and "existential minimum," as well as the adoption of the contribution of the thought of Klaus Günther, about the discourses of justification and discourses of application and construction of the Democratic State of law, considering the fundamentality of social rights, will see that the Theory of Law as Integrity, Ronald Dworkin, is presented to us as opposed to the movement of Economic Analysis of Law, especially in the aspect of Posner, contributing as , an adequate understanding of fundamental social rights.

Keywords: Economic Analysis of Law. Efficiency. Richard Posner. Democratic State of Law. Law as Integrity. Social Rights. Effective. Neoliberalism. Cost-benefit analysis. Ronald Dworkin. Integrity. Application. Justification.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. - Artigo de lei

v.g. (*verba gratia*) – por exemplo

s.c. – (*Scilicet*) – a saber, quer dizer.

LISTA DE SIGLAS

AED – Análise Econômica do Direito

EUA – Estados Unidos da América

FMI – Fundo Monetário Internacional

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

LaE – Law and Economics

STF – Supremo Tribunal Federal

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade

RE – Recurso Extraordinário

DF – Distrito Federal

AI – Agravo de Instrumento

USP – Universidade de São Paulo

UnB – Universidade de Brasília

SUMÁRIO

PROLEGÔMENOS	13
0 – OS DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO	18
0.1 - Os Direitos Sociais são direitos? Podem ser ou não tratados como diretrizes políticas por juízes, pela Administração ou mesmo pelo Legislativo?	18
0.2 – A Definição jurídica dos Direitos Sociais e a Ordem Constitucional Brasileira a partir da Constituição de 1988.	21
0.3 – Implicações hodiernas a respeito dos direitos sociais: os direitos sociais são direitos fundamentais, mas, afinal, discutiremos a efetividade ou a eficácia jurídica de tais direitos?	23
0.4 - Por que Ronald Dworkin?	29
0.5 - O Neoliberalismo enquanto algoz da efetivação dos Direitos sociais.....	33
1 – O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: MANIFESTAÇÕES EM SEDE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A VISÃO DA LITERATURA JURÍDICA	38
1.1 - Para além de uma expressão trivial no meio acadêmico jurídico e na prática jurídica: reflexões a respeito do “Estado Democrático de Direito”	39
1.2– A questão da efetivação dos direitos sociais no Brasil: a reserva do possível (<i>Vorbehalt des Möglichen</i>) versus o mínimo existencial (<i>Existenzminimum</i>).	44
1.2.1 - Anotações a respeito da “reserva do Possível” - (<i>Vorbehalt des Möglichen</i>)	44
1.2.2 - O “mínimo existencial” - (<i>Existenzminimum</i>).....	47
1.3 - O Supremo Tribunal Federal e a questão da efetivação dos Direitos Fundamentais (sociais): alguns exemplos	49
1.4 – Apontamentos a respeito do custo dos direitos.....	55
2 – A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – AED	58
2.1 - Considerações a respeito do movimento Direito e Economia (<i>Law and Economics</i>)	58
2.2 – A proposta de Richard A. Posner: a eficiência econômica.....	68
2.3 - A eficiência no <i>Common Law</i> : os adeptos do <i>Law and Economics</i>	74
2.4 - Afinal, como fica a realidade brasileira? A análise econômica do direito, o <i>civil law</i> e os pronunciamentos decisórios a respeito dos direitos sociais e a sustentação em uma relação de custo/benefício.....	75
3 – EM BUSCA DE ALTERNATIVAS ADEQUADAS AO ESTADO DEMOCRÁTICO: A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN E A CONTRIBUIÇÃO DE KLAUS GÜNTHER.....	80

3. 1 – A Teoria de Ronald Dworkin	80
3. 2 - Da distinção entre os discursos de justificação (<i>Begründungsdiskurs</i>) e os discursos de aplicação (<i>Anwendungsdiskurs</i>) – o pensamento de Klaus Günther.	93
4 – DA (IN)SUSTENTABILIDADE DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA ENQUANTO PARÂMETRO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	97
4.1 - Os Direitos Sociais como uma “ <i>Matter of Principle</i> ”: uma reflexão crítica sobre a Teoria de Robert Alexy e o combate à AED na vertente de Richard Posner.....	98
4. 2 – Da plausibilidade da Integridade no Direito enquanto sustentáculo para a efetivação dos Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito Brasileiro.	112
5 – ILAÇÕES FINAIS.....	119

PROLEGÔMENOS

De acordo com Ribeiro e Braga (2008) a procura é a característica do estudo do Direito. Nesse sentido, se nos apresenta a análise da efetivação dos Direitos Sociais, uma vez que tais direitos às vezes têm sido questionados, como realmente integrantes dos Direitos Fundamentais. Desse modo, o objetivo da presente investigação é o de analisar e apresentar algumas considerações que possam servir de auxílio no debate a respeito da temática envolvendo a efetivação dos direitos sociais.

A problemática atual envolvendo os direitos sociais reside na procura de parâmetros para a sua efetivação em razão dos variados problemas enfrentados pelos países na atualidade (econômicos, culturais, estruturais), em especial nos países em desenvolvimento.

Na atualidade, movimentos como o *Law and Economics (LaE)*, o movimento também conhecido como *Direito e Economia*, na vertente do juiz e pensador norte-americano Richard A. Posner, impulsionados pela mudança na economia, sustentam a realização, entenda-se efetivação, dos direitos sociais conforme critérios de eficiência econômica. Entrementes, seria plausível, à luz do Estado Democrático de Direito, atribuir aos direitos sociais uma função instrumental promovendo, via de consequência, um enfraquecimento na perspectiva interna do direito¹?

O presente trabalho justifica-se em razão de que os direitos sociais, hodiernamente, devem ser considerados como integrantes dos Direitos Fundamentais, no sentido de que a sua efetivação não pode ser condicionada a uma análise de custos e benefícios, ou seja, a proteção de um direito social e o seu reconhecimento na decisão do agente julgador não deve resultar de uma atribuição instrumental, no sentido de que, segundo Dworkin (1999b), a concessão dos direitos não resulte em um aumento (maximização) da riqueza.

O juiz não deve simplesmente “dizer o direito mas, com a força que lhe cabe, aplicá-lo. Mas aplicá-lo como alguém que não é externo àquele, mas dele faz parte,

¹ Entenda-se, a perspectiva daquele que participa da construção do direito, segundo Chueiri (2008).

participa.” (CHUEIRI, 2008, p. 414), e leva em consideração tudo que tem sido construído até então pela comunidade.

A pesquisa procura investigar os aspectos relacionados à Análise Econômica do Direito, assunto cada vez mais constante nas discussões acadêmicas e na atividade jurisdicional. Embora os argumentos da análise econômica sejam utilizados de forma mais intensa nos países de tradição do *common law* (como é o caso dos EUA, por exemplo), no caso do Direito Constitucional brasileiro (*civil law*), ver-se-á o risco iminente ao projeto democrático se se considerar o direito como voltado para a maximização da riqueza.

Embora o Brasil se nos apresente em vias de desenvolvimento, onde a população, infelizmente, pouco ou nada participa da tomada de decisões, resultando com isso, muitas vezes, em uma baixa conscientização política, a discussão envolvendo os direitos sociais implica em uma grande responsabilidade dos entes estatais e da Academia, mormente aqueles que atuam em defesa dos interesses da sociedade e dos menos favorecidos.

Para a realização do presente trabalho, a pesquisa será preponderantemente teórica, tendo como norte a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin em contraposição ao pensamento de Richard A. Posner, um dos expoentes da Análise Econômica do Direito. Além disso, estudar-se-á a distinção apresentada por Klaus Günther a respeito dos discursos de aplicação e discursos de justificação.

A investigação abordará o problema da efetivação dos direitos fundamentais na Constituição Federal, pois, visto a amplitude do tema, uma abordagem mais ampla em termos de Ordem Jurídica Brasileira demandaria tanto uma pesquisa mais prolongada, quanto uma obra mais extensa.

Por assim dizer, a pesquisa será, digamos, pautada principalmente nas discussões em sede do Texto Constitucional no caso brasileiro, ressaltando a sua urgência em razão das constantes ameaças no tocante à efetivação dos direitos sociais, visto o cenário de crise do Estado Social de Direito aliado ao desenvolvimento da globalização de natureza econômica e do pensamento neoliberal que tem influenciado o campo jurídico, cenário marcado pela preocupação com o crescimento

econômico e sustentado na idéia de que a desigualdade social seria algo ínsito à manutenção do sistema.

Em relação ao conceito de Estado Social de Direito, é comum encontrarmos outras expressões para definir o Estado Social, como por exemplo “Estado de Bem-Estar Social”, “Estado Providência”, entre outras. No presente trabalho utilizar-se-á a expressão Estado Social de Direito, por meio da qual observa-se “um certo grau de intervenção estatal na atividade econômica, tendo por objetivo assegurar aos particulares um mínimo de igualdade material e liberdade real na vida em sociedade, bem como a garantia de condições materiais mínimas para uma existência digna.” (SARLET, 2002, p. 221). Logo, a utilização de mencionada expressão procura traduzir um Estado “que se realiza mediante procedimentos, a forma e os limites inerentes ao Estado de Direito, na medida em que, por outro lado, se trata de um Estado de Direito voltado à consecução da justiça social.” (SARLET, 2002, p. 221).

Ainda em termos de propedêutica, no capítulo 0, propositadamente incluído, procurar-se-á desenvolver alguns conceitos importantes para a compreensão do restante do trabalho, como a definição dos Direitos Sociais e o motivo pelo qual a Teoria de Ronald Dworkin foi adotada. O capítulo 01, por sua vez, abordará o Estado Democrático de Direito e discutirá a efetivação dos Direitos Sociais no Brasil, a partir da análise do denominado “mínimo existencial” e da idéia de “reserva do possível”, tomando por base posicionamentos doutrinários e a posição do Supremo Tribunal Federal em alguns julgados. No capítulo 02, a Análise Econômica do Direito será estudada de forma aprofundada, desde suas incipientes manifestações nos EUA até o seu desenvolvimento a partir da vertente do juiz norte-americano Richard A. Posner. O último tópico deste capítulo abordará a realidade brasileira, discutindo a utilização da análise econômica. Adentrando no capítulo 03, buscar-se-ão alternativas para a efetivação dos Direitos Sociais. Para tanto, a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin e a Teoria de Klaus Günther a respeito dos juízos de justificação e de aplicação serão examinadas. Por fim, o capítulo 04 sustentará a inadequação da utilização da eficiência econômica, nos moldes propostos por Posner, em sede da efetivação dos Direitos Sociais, adotando como contraponto a posição de Ronald Dworkin.

Encerrando essa exposição preliminar, talvez se pudesse indagar da adequação do presente trabalho à linha de Teoria do Direito. Nada mais pertinente, em termos de indagação. Para tanto, trabalhamos com explicações para os possíveis interlocutores. A partir da discussão aqui apresentada, de cunho jurídico-filosófica, tomando por base o pensamento de Ronald Dworkin, observamos as bases epistemológicas do Direito: uma prática social, interpretativa e argumentativa e que, então, não se pode olvidar das questões de fundo reflexivo que constantemente são apresentadas à Filosofia do Direito, que tem por alguns de seus objetivos a análise da idéia de direito, assim como a sua realização. Enquanto prática social, o Direito só pode ser compreendido a partir de um ponto de vista interno que respeite a ótica normativa “dos implicados, das pretensões jurídicas levantadas pelos próprios participantes dessa prática.” (CATTONI, 2007, p. 145). A partir da dinâmica social, o Direito não se nos apresenta estático, soberano, e a compreensão do Direito como Integridade está adequada ao projeto de um Estado Democrático de Direito, fundado em uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, onde somos compreendidos como “co-partícipes e co-responsáveis por nossa vida em comum.” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 155).

Em termos de Teoria do Direito, Dworkin ressalta a sua incidência na atualidade. Para ele a Teoria do Direito

não mais se dedica apenas, nem mesmo principalmente, àquelas questões conceituais: ela aborda uma grande variedade de questões mais políticas sobre, por exemplo, o papel da economia no direito, a sociologia jurídica, o feminismo e aquilo que, de modo revelador, é chamado de ‘teoria racial crítica’. (DWORKIN, 2010, p. 50).

Além disso, hoje “a filosofia do Direito migrou para o âmago de muitos outros cursos e temas acadêmicos, apagando completamente a distinção entre teoria do direito e direito substantivo.” (DWORKIN, 2010, p. 50).

Nesse sentido à Filosofia do Direito não foi atribuída a

função de arbitrar o debate público, mas unicamente de acompanhar os argumentos e as razões do projeto jurídico. A filosofia do direito não expressa, portanto, uma “filosofia da consciência (Hegel), pois o julgamento do projeto jurídico por uma pessoa individual, importa pouco. A filosofia do direito é, assim, uma forma de reflexão crítica que participa do discurso em torno do qual se materializa o projeto jurídico da sociedade democrática contemporânea.

(BARRETO; CULLETON, 2007, p. 330).

Enfim, objetiva-se com o presente trabalho verificar que a adesão à Escola de reflexão voltada para a análise do Direito a partir de métodos próprios da Ciência Econômica representa um risco para a construção de um Estado Democrático de Direito, visto a sua interferência inadequada na elaboração e interpretação das normas.

0 – OS DIREITOS SOCIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

“A filosofia e a democracia não são apenas do mesmo contexto de origem histórica, mas dependem estruturalmente uma da outra. O efeito público do pensamento filosófico, necessita, numa medida especial, da proteção institucional da liberdade de pensamento e de comunicação; inversamente, um discurso democrático, sempre ameaçado, também depende da vigilância e da intervenção desse guardião público da racionalidade.”
Jürgen Habermas em **“Uma vez mais: A relação entre teoria e prática”**

O presente capítulo tem por intuito apresentar e desenvolver alguns conceitos e posições importantes a respeito do tema objeto de estudo, como a definição e compreensão dos Direitos Sociais a partir da Constituição de 1988, por qual motivo abordar Ronald Dworkin como contraponto à posição de Richard Posner no tocante à Análise Econômica do Direito, além de abordar o neoliberalismo como um dos complicadores para a efetivação dos Direitos Sociais.

0.1 - Os Direitos Sociais são direitos? Podem ser ou não tratados como diretrizes políticas por juízes, pela Administração ou mesmo pelo Legislativo?

Na realidade brasileira, muitas pessoas se colocam em uma posição de suspeita no tocante aos direitos fundamentais sociais. Seriam eles direitos realmente? Bom, os excluídos socialmente considerarão tais direitos como 'privilégios' de certos grupos², pois, em termos de Brasil, país ainda em processo de construção de um Estado Democrático, muitos Direitos Sociais carecem de efetivação junto aos mais necessitados.

Some-se a isso o problema econômico, visto que tais direitos, conforme veremos adiante, implicam em prestações do Estado, o que se coaduna numa dimensão

² Nesse sentido, continua Sarlet, “basta ver a oposição entre os 'sem-terra' e os 'com-terra', os 'sem-teto' e os 'com-teto', bem como entre os 'com saúde-e-educação' e os que a elas não têm acesso. (2002, p. 225), ou ainda ouvir noticiários nas rádios e assistir novelas através dos canais de televisão.

econômica. Elaborar, destinar, distribuir direitos exige recurso, ou seja, orçamento disponível.

Portanto, tais direitos seriam considerados diretrizes políticas, decididas, então, numa lógica de custo/benefício, ou seja, seriam analisados e decididos com base na “estimativa de custos e benefícios de se oferecer um bem. Quando governos usam a análise de custo-benefício eles estimam os custos sociais e os benefícios sociais de prover um bem público.” (KRUGMAN; WELLS, 2007, p. 798), visando com isso, o melhor interesse em busca de uma maximização da riqueza?

Caso afirmativo, conseqüentemente, uma das características dos direitos fundamentais seria desconsiderada, qual seja, a da universalidade, pois, se tais direitos são condicionados ao aspecto econômico, é inegável que os direitos não chegarão a todos os destinatários. Logo, essa não parece uma via adequada.

De fato, existem argumentos contrários à idéia dos Direitos Sociais como integrantes dos Direitos Fundamentais. Segundo Krell (2006), a Alemanha, por exemplo, não positivou os direitos sociais como integrantes dos Direitos Fundamentais, mas, introduziu disposições genéricas denominadas “*fins do estado*” (no alemão *Staatszielbestimmungen*), que têm por objetivo direcionar os atos do Estado visando a um desenvolvimento social. Um desses argumentos “tem sido o seu condicionamento econômico-financeiro, afirmando-se habitualmente que eles estariam valendo apenas sob a ‘reserva do possível’.” (KRELL, 2002, p. 250).

Embora alguns autores mencionem a expressão “direitos fundamentais sociais” (*soziale Grundrechte*), em verdade, não consideram tais direitos verdadeiros direitos fundamentais (Torres, 2010), mas “os subordinam à justiça social e entendem que constituem meras diretivas para o Estado, pelo que não se confundem com os direitos de liberdade.” (TORRES, 2010, p. 66).

Também existem Ordens Constitucionais que atribuem um tratamento diferenciado aos Direitos Sociais. Portugal, por exemplo, na Constituição de 1976, dispõe que tanto os direitos culturais, quanto os econômicos e também os sociais, não compõem as denominadas “cláusulas pétreas”, não sendo passíveis de aplicação direta e vinculante. Nesse sentido, o professor J.J. Gomes Canotilho tem sustentado que “os Direitos Sociais não são mais que pretensões legalmente reguladas [...] o legislador

determina o que é um direito social, mas não está vinculado aos Direitos Sociais ” (CANOTILHO *apud* TORRES, 2010, p. 67).

Mas, em que pese a realidade econômica, os direitos sociais previstos no Texto Constitucional não podem ser considerados como diretrizes políticas, limitadas às imposições econômicas, pelos juízes, legisladores ou administradores, visto que tais direitos devem ser entendidos, conforme defendemos na presente investigação, como componentes da concepção nuclear do Estado Social e do Estado Democrático de Direito. Aliás, os direitos sociais, conforme observação de Sarlet, constituem, em diferentes graduações, “expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.”³ (SARLET, 2002, p. 234).

Eles, os Direitos Sociais, são oriundos da noção de que a “garantia da liberdade do desenvolvimento pessoal depende do asseguramento simultâneo das bases materiais para uma vida digna.” (KRELL, 2002, p. 249).

Os direitos sociais prestacionais, em associação⁴ com os direitos de defesa (proteção que o indivíduo tem contra o Estado, com o intuito de evitar a invasão deste na sua liberdade, tanto pessoal, quanto de propriedade), perfazem um “sistema unitário e materialmente aberto dos direitos fundamentais” (SARLET, 2002, p. 234), na Constituição Federal.

Na Alemanha do século XX, em especial na denominada “década de ouro” (TORRES, 2010, p. 64), isto é, o interregno compreendido entre 1950 e 1970, vários constitucionalistas germânicos, dentre os quais Peter Häberle e Peter Schneider, sustentaram a fundamentalidade de todos os Direitos Sociais. Sustentavam outras teses, como

Os direitos fundamentais sociais são plenamente justiciáveis, independentemente da intermediação do legislador; [...] os direitos fundamentais sociais são interpretados de acordo com *princípios de interpretação constitucional*, tais como os da máxima efetividade, concordância

³ Conforme previsão do art. 1º, inciso III da Constituição Federal, *in verbis*: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...]III - a dignidade da pessoa humana.[...]

⁴ Alguns autores entendem que existe um antagonismo entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais. Entretanto, segundo Sarlet (2002), embora a realização de alguns direitos prestacionais possa implicar em relativização de liberdades individuais em prol de uma maior igualdade, as duas espécies de direitos, numa concepção democrática de Estado de Direito, devem ser consideradas como complementares.

prática e unidade da ordem jurídica. (TORRES, 2010, p. 64)

Vários estudiosos brasileiros abordaram a temática, dentre os quais, destacam-se, a partir do final da década de 1980, Paulo Lopo Saraiva, Celso Antônio Bandeira de Mello, Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso, e mais recentemente, Clemerson Clève e A. Krell. Luís Roberto Barroso, por exemplo, sustenta quatro segmentos em termos da efetividade dos Direitos Sociais (TORRES, 2010). Seriam eles

a) a plena exeqüibilidade das normas definidoras de Direitos Sociais; b) a função emancipadora da interpretação jurídica; c) a viabilidade do mandado de injunção para a garantia dos direitos sociais; d) a defesa da posição progressista. (TORRES, 2010, p. 65).

Em termos da exeqüibilidade dos Direitos Sociais, observa-se a possibilidade de se exigir os direitos fundamentais e a capacidade de seu acionamento pelo Judiciário, pois, “é puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos Direitos Sociais.” (BARROSO, 1990, p. 97).

0.2 – A Definição jurídica dos Direitos Sociais e a Ordem Constitucional Brasileira a partir da Constituição de 1988.

Na Ordem Jurídica brasileira, a primeira Constituição que apresentou um “título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar.”⁵ (SILVA, 2005, p. 285). Desde então, os Textos Constitucionais seguintes mantiveram previsões a respeito dos Direitos Sociais, embora somente o Texto de 1988 tenha inaugurado um capítulo próprio⁶ para tais direitos, uma vez que segundo Silva (2005), tais direitos estavam dispostos no mesmo título dos direitos de natureza econômica. Os artigos 06º ao 11º dispõem a respeito dos Direitos Sociais (embora em

⁵ Do alemão *Weimarer Verfassung*, a Constituição surge no ápice da crise do Estado Liberal e desenvolvimento do Estado Social. Esse Texto Constitucional é de considerável importância, pois, consagrou os denominados direitos de 2ª geração, ou seja, os Direitos Sociais.

⁶ Capítulo II (Dos Direitos Sociais) inserido no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais).

outras partes do Texto Constitucional exista previsão de tais direitos). Seriam eles, o direito à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, assistência aos desamparados, previdência social, segurança, e proteção à maternidade assim como à infância.

Mencionada separação foi adequada às peculiaridades de cada espécie de direito, uma vez que os direitos econômicos estão relacionados à efetivação de políticas de matriz econômica, enquanto que os Direitos Sociais

disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos. (SILVA, 2005, p. 286).

Em sede dos direitos fundamentais sociais, uma importante observação deve ser feita. Tais direitos não estão restritos àqueles positivados na Constituição Federal⁷, uma vez que existem direitos que não estão escritos, isto é, direitos implícitos, assim como os direitos resultantes da ratificação, pelo Brasil, de Tratados no âmbito Internacional. Exemplos disso são a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸ e o Pacto de San José da Costa Rica⁹, no qual o Brasil adotou o denominado “*princípio do não retrocesso social*” segundo o qual aquilo que já foi realizado e efetivado por meio de disposições do Legislativo deve ser tido como garantia ao nível constitucional. Logo, qualquer medida que objetive anular ou mesmo revogar tais direitos deve ser extirpada por ser flagrantemente inconstitucional. O legislador tem sua atuação limitada por tudo aquilo que já foi realizado em termos de direitos sociais. (CANOTILHO, 2001b). Desse modo o princípio do não retrocesso social não pode ser desconsiderado ou mesmo mitigado, pois isso

⁷ E, enquanto positivados na Constituição Federal, os direitos sociais estão previstos não somente no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), mas também nas disposições referentes à Ordem Social (Título VIII, art. 193 e seguintes).

⁸ Mencionada Declaração foi proclamada pela Resolução nº 217 da Assembléia Geral das Nações Unidas no dia 10 de dezembro de 1948. O Brasil assinou esta Declaração na mesma data.

⁹ Celebrada no dia 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica. O Brasil depositou a carta de adesão ao pacto em 25 de setembro de 1992.

significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. (SARLET, 2004, p. 162).

Por assim dizer, tais direitos poderiam ser entendidos, a partir da lição do constitucionalista Jorge Miranda, citado por Sarlet (2002, p. 233), “como direitos à libertação da opressão social e da necessidade.”

Portanto, os direitos sociais são sim, direitos fundamentais, e enquanto tais podem ser definidos, em termos jurídicos, como

prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2005, p. 286-7).

0.3 – Implicações hodiernas a respeito dos direitos sociais: os direitos sociais são direitos fundamentais, mas, afinal, discutiremos a efetividade ou a eficácia jurídica de tais direitos?

Os Direitos Fundamentais Sociais tradicionalmente, segundo Sarlet (2002), têm sido compreendidos de forma variada, isto é, não existe uma definição uníssona de tais direitos, embora isso não signifique que os mesmos não devam ser interpretados de forma adequada. Costuma-se definir tais direitos como aqueles referentes às prestações do Estado, ou como a “liberdade positiva do indivíduo de reclamar do Estado certas prestações.” (SARLET, 2002, p. 231). Mas, em razão de sua construção histórica, de lutas e conquistas, uma definição “absoluta”, *sic et simpliciter*¹⁰, realmente não parece possível, pois, “eles são irreduzíveis a uma única realidade.” (GALUPPO,

¹⁰ Ou seja, “pura e simplesmente”.

2003, p. 236). O professor Celso Lafer, por exemplo, entende que os direitos fundamentais estariam inseridos em três gerações. A primeira geração estaria composta por direitos resultantes do legado liberal. Os direitos inseridos aqui são os civis e os políticos sendo “a) os direitos de garantia, que são as liberdades públicas, de cunho individualista: a liberdade de expressão e de pensamento, por exemplo; b) direitos individuais exercidos coletivamente: liberdade de associação: formação de partidos, sindicatos, direito de greve, por exemplo.” (VELLOSO, 2003, p. 348). A segunda geração, por sua vez, compõem-se dos direitos sociais, econômicos e culturais. Tais direitos representam o legado “socialista: direito ao bem estar social, direito ao trabalho, à saúde, à educação, [...]” (VELLOSO, 2003, p. 348). Finalmente, os direitos de terceira geração envolvem a “titularidade coletiva: a) no plano internacional: direito ao desenvolvimento e a uma nova ordem econômica mundial, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito à paz; b) no plano interno: interesses coletivos e difusos, como direito ao meio ambiente.” (VELLOSO, 2003, p. 348).

De qualquer modo, apontar-se-á uma exigência em termos de interpretação de tais direitos: a sua consideração recíproca por parte dos cidadãos, através de um reconhecimento mútuo (GALUPPO, 2003), ou seja, que envolva a participação efetiva dos sujeitos na efetivação dos Direitos Sociais.

Entretanto, a presente pesquisa parte da sustentação de que os direitos sociais não englobam apenas direitos a prestações, visto a existência, por exemplo, dos direitos dos trabalhadores.¹¹ Mas, enquanto direitos positivos, isto é, direitos que reclamam uma atuação prestacional do Estado, eles podem ser vistos como “direitos *através* do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais, a serem concretizadas através de leis parlamentares, atos administrativos e da instituição real de serviços públicos.” (KRELL, 2006, p. 249), isto é, fazer cumprir a Constituição da República.

São considerados, portanto, como

fatores de implementação da justiça social, por se encontrarem vinculados à

¹¹ A título de elucidação, observemos o art. 8º que aborda o direito de associação sindical. Tais direitos exigem uma postura omissiva do Estado ou particular, visto que são direitos negativos.

obrigação comunitária para com o fomento integral da pessoa humana [...] e, portanto, produto, complemento e limite do Estado Liberal de Direito e dos direitos de defesa, especialmente dos clássicos direitos de liberdade de matriz liberal-burguesa. (SARLET, 2002, p. 232).

Os direitos sociais, desse modo, devem ser protegidos em detrimento da adesão a regras fundadas em argumentos utilitários que tem uma orientação econômica como pretende Richard Posner, em especial pela forma utilitária pela qual se nos apresenta a Análise Econômica do Direito.

Sobre a questão terminológica, uma observação se nos apresenta pertinente. Alguns estudiosos entendem que expressões como “social” seriam marcadas pela indefinição, se nos apresentando como uma “armadilha semântica”¹². Infelizmente, na ótica neoliberal (ver-se-á sua caracterização oportunamente), alguns de seus seguidores atribuem importância secundária, para não dizer que destinam relevância alguma, a questões fundamentais para a humanidade, como aquelas que são resultantes de lutas e conquistas ao longo dos séculos da História, tendo procedência desde a Constituição Francesa jacobina de 1793, que, marcando o fim da monarquia na França, formalizou uma Convenção Nacional naquele país. Mencionada Constituição foi pioneira na previsão de deveres sociais, conforme previsão do art. 21, segundo o qual “a sociedade [assume] o sustento dos cidadãos que caíram em desgraça, seja dando-lhes um trabalho, seja assegurando aos desempregados os meios de sua subsistência.” (KRELL, 2006, p. 249).

Ora, os direitos fundamentais representam conquistas advindas desde o constitucionalismo do século XVIII. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, redigida durante a Revolução Francesa, fornece uma interessante composição da idéia de constitucionalismo, conforme disposição do art. 16, *in verbis*, “.A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”¹³ Tais conquistas não “são definitivas, ao contrário,

¹² O que sem sombra de dúvida configura-se muito curioso, visto que vários estudiosos, sejam filósofos, juristas, economistas (inclusive eles), políticos entre outros, segundo Sarlet, “fizeram e ainda fazem largo uso destas expressões (Estado Liberal e Estado Social de Direito, por exemplo).” (2002, p. 220). Seriam elas, as expressões, para alguns, então, portanto, “criadas pela fértil imaginação ao longo dos tempos.” Logo, a democracia vai soçobrando e o Estado Democrático de Direito...

¹³ No original: “La société dans laquelle il est fait pour garantir les droits ou pour la séparation des pouvoirs n'a pas de constitution. ”

encontram-se, elas próprias, em permanente risco de serem manipuladas e abusadas.” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 142). Tais direitos simbolizam, segundo Galuppo (2003) a constitucionalização dos Direitos Humanos, direitos que têm em sua fundamentação a análise do Liberalismo e do Comunitarismo, e que, ao longo dos séculos, desfrutaram de um elevado nível de justificação dos discursos de cunho moral, sendo, portanto, “reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos.” (GALUPPO, 2003, p. 233).

Logo, todo o desenvolvimento pelo qual passou o Estado nos últimos séculos da ótica Liberal para a Social e, mais recentemente, na elaboração do Estado Democrático de Direito, tem se consubstanciado na crise não somente do Estado, mas da própria democracia enquanto um processo, ameaçando, por conseguinte, os Direitos Fundamentais.

Nesse sentido pertinente é a indicação de Sarlet (2002) do trabalho “*Reinventar a Democracia*” do estudioso português Boaventura de Souza Santos¹⁴. Mencionado autor lusitano entende que as últimas décadas presenciaram um contexto de consensos, na verdade, quatro consensos. Vejamos:

a) consenso econômico neoliberal ou “consenso de Washington”, que se manifesta, em especial, na globalização econômica e suas conseqüências (liberalização dos mercados, desregulamentação, privatização, cortes das despesas sociais, concentração do poder nas empresas multinacionais, etc.); b) o consenso do Estado fraco, caracterizado, também e aparentemente de forma paradoxal, pelo enfraquecimento e desorganização da sociedade civil; c) o consenso democrático liberal, isto é, por uma concepção minimalista da democracia; e d) o consenso do primado do Direito e dos Tribunais, que prioriza a propriedade privada, as relações mercantis e o setor privado. (SARLET, 2002, p. 221).

Sobre o tema, o consenso de Washington teve

inspiração teórica neoclássica e político-ideológica neoconservadora. Se os problemas consistiam na indisciplina fiscal dos Estados, na excessiva intervenção pública, nas restrições ao comércio externo e nos diversos subsídios ao investimento, a solução só poderia ser reformas estruturais em sentido precisamente oposto, isto é, orientadas para o mercado. Com efeito, pode-se identificar nessa receita cerca de dez ingredientes: (1) disciplina fiscal; (2) priorização do gasto público em áreas de alto retorno econômico; (3)

¹⁴ Boaventura de Souza Santos (1940-, Coimbra) é Doutor em Sociologia do direito pela Universidade de Yale e professor catedrático da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

reforma tributária; (4) altas taxas de juros fixadas pelo mercado; (5) liberação do câmbio; (6) abertura ao capital internacional; (7) políticas comerciais liberais (não protecionistas); (8) privatização das empresas estatais; (9) desregulação da economia, em especial das relações trabalhistas; (10) proteção à propriedade privada.” (BENTO, 2002, p. 377).

Com base nos escritos do constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva (2004), este estudo abordará a questão da efetivação dos direitos sociais que pode ser entendida como aquela que

designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. (SILVA, 2004, p. 66).

A efetividade, por sua vez, pode ser entendida como “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social” (BARROSO, 1996, p. 93). Ou seja, ela, a efetividade, “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.” (BARROSO, 1996, p. 83).

Portanto, a efetividade seria um gênero da qual temos as espécies eficácia social e eficácia jurídica. Aquela é entendida como sinônimo de efetividade. Já a eficácia jurídica configura a possibilidade de realização daquilo que foi previsto pelo legislador, ou seja, a adequada efetivação envolve a aplicabilidade, assim como a exigibilidade ou executoriedade da norma.

Nesse sentido, a efetivação dos direitos sociais deve ser buscada a partir de uma concepção a respeito de sua essencialidade e significação para o Homem, afinal, tais direitos estão interligados diretamente ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assim como aos demais Direitos Humanos.

A Constituição Federal de 1988 apresentou, o que é digno de encômio, a previsão expressa dos direitos sociais como integrantes do rol dos direitos fundamentais¹⁵. Isso significa o rompimento com as posturas tradicionais anteriores, que desde a Constituição de 1934 atrelavam o Direitos sociais aos Direitos Econômico, pois

¹⁵ Os Direitos Sociais estão previstos no art. 6º que integra o Capítulo II (“Dos Direitos Sociais) do Título I (“Dos Direitos e garantias Fundamentais”), do Texto Constitucional de 1988.

o constitucionalismo anterior à “Constituição Cidadã”¹⁶ atribuía, em razão dessa previsão, uma diminuta efetividade e eficácia a tais direitos, uma vez que tais normas eram entendidas como tendo eminentemente natureza programática. Segundo Silva (2004, p. 137), “muitas normas são traduzidos no texto supremo apenas *em princípio*, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos posteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as *normas constitucionais de princípio programático* [...]”. Todavia, os Direitos Sociais não representam apenas recomendações, mas constituem “Direito diretamente aplicável, porém de densidade mandamental variável.” (KRELL, 2006, p. 249). E mais, enquanto direitos fundamentais, tais direitos não são assegurados apenas ao plano da legislação ordinária.

Sendo, então, direitos fundamentais, os direitos sociais devem ser aplicados de forma imediata, conforme previsão do artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, indiferentemente da interpretação “literal” do dispositivo em análise, “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”, que abriria possibilidade, para alguns, de uma interpretação restritiva. No entanto, isso não se sustenta, pois, o próprio Texto Constitucional apresenta uma “concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da CF.” (SARLET, 2002, p. 238).

Por tudo isso, a discussão envolvendo os direitos sociais deve ser vista como uma questão de princípio e em se tratando de prestações de mencionados direitos, o ente estatal não pode se escusar de permitir a efetivação dos direitos, sejam os direitos que implicam uma prestação, sejam os direitos de defesa (negativos), embora estes, por implicarem uma abstenção do destinatário, perfazendo um direito subjetivo para o seu titular, não tenham sobre si a incidência de argumentos pautados na inexistência ou mesmo insuficiência de fundos para a sua concretização, como acontece no caso dos direitos que implicam uma prestação, em razão da limitação orçamentária pautada na denominada “reserva do possível”. É claro que o direito é limitado e as necessidades humanas ilimitadas. Todavia, a decisão da destinação dos recursos e a justificativa da sua aplicação devem residir em uma fundamentação condizente com o Estado

¹⁶ Expressão declarada pelo então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães.

Democrático de Direito e não apenas em uma questão econômica, ou seja, uma argumentação fundada em uma racionalidade estratégica. E mais, a simples sustentação em um texto legal “implica o encontro de um direito mudo, aplicado como a desconsiderar o sujeito que interpreta sem saber a que serve, a quem obedece.”(RIBEIRO; BRAGA. 2008, p. 121).

Desse modo, a partir do paradigma¹⁷ do Estado Democrático de Direito, o direito deve ser compreendido como uma prática argumentativa resultante de uma construção histórica e social. Enquanto tal, não pode ficar condicionado aos ditames político-econômicos, sob pena de desconsiderar tais direitos enquanto conquistas da sociedade.

Ou seja, enquanto integrantes dos Direitos Fundamentais, os direitos sociais também apresentam por característica a inalienabilidade e indisponibilidade. Por assim dizer, tais direitos não estão no mercado aptos à negociação, passíveis de alienação pelos setores da iniciativa privada, mormente o mercado, através da contratualística, por exemplo. (ROSA; LINHARES, 2009, p. 17). Enquanto normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais estão instituídas de aplicabilidade e não de negociabilidade.

0.4 - Por que Ronald Dworkin?

Embora Ronald Dworkin seja um autor norte-americano, a sua Teoria da decisão, assim como as alternativas e críticas elaboradas por esse filósofo são pertinentes ao direito de tradição romano-germânica como é o caso do Direito Brasileiro, pois, elas não admitem a discricionariedade dos juízes. A visão dos juízes como maximizadores de riqueza como defende Richard Posner (como será visto no

¹⁷ Paradigma aqui pode ser compreendido como a visão que a própria sociedade desenvolve. Ele explica de que modo os princípios devem ser manejados para que possam cumprir o seu papel, além de indicar o modo de realização dos direitos fundamentais. O paradigma corresponde, pois, ao sistema jurídico em associação com o ambiente social, aquilo que nós, indivíduos integrantes de mencionada sociedade constituímos. (SJ + AS = P). Nesse sentido, pertinentes são as considerações de Dias (2004) a respeito da adequada compreensão do conceito de “paradigma”.

capítulo 02), visão esta pautada em decisões que adotam uma análise de custo/benefício, não encontra justificativa em um conjunto de princípios que refletem a história institucional do Direito, pois, conforme sustenta Guest ao interpretar Dworkin,

nossos julgamentos devem 'ajustar-se' às práticas institucionais não apenas porque devemos supor que nossa comunidade fala com uma só voz, mas porque essa voz também fala de uma maneira 'embasada em princípio'. (GUEST, 2010, p. 59).

A Teoria de Dworkin apresenta uma importante qualidade, pois, “consiste em explicar a idéia de uma consideração imparcial de todos os sinais característicos relevantes de uma situação.” (GÜNTHER, 2004, p. 405).

Dworkin possui uma formação aprimorada, “é um crítico literário, sabe não somente que um texto admite várias leituras, mas que o horizonte de possibilidade das leituras se altera com as mudanças sociais verificadas ao longo do tempo.” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 159-160).

Os direitos fundamentais sociais no tocante às prestações, não podem ser fixados de forma geral em razão mesmo de suas características. Na verdade, cada análise deve ser feita a partir das peculiaridades do caso e do direito fundamental envolvido, seja saúde, educação, moradia, entre outros.

Como muitas vezes, em termos de direitos fundamentais, observa-se a existência de casos difíceis (*hard cases*), a distinção feita por Dworkin a respeito dos argumentos de princípio e argumentos de política (*policies*) se nos apresenta de grande pertinência. Essa diferenciação, conhecida por *Tese dos Direitos* e desenvolvida por Ronald Dworkin na obra intitulada “Levando os Direitos a Sério”¹⁸, contribui para a resolução dos casos difíceis. A respeito dos casos difíceis, Dworkin esclarece que eles são casos em que “nenhuma regra estabelecida prescreve uma decisão, seja em um sentido, seja em outro.” (DWORKIN, 1978, p. 83).

Para Dworkin, os argumentos de política são entendidos como aquelas espécies de arquétipos que fixam “um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2002, p. 36). Já os

¹⁸ No original em inglês “**Taking right seriously**”. No caso da tradução para o português, a Tese dos Direitos é discutida no capítulo 04 intitulado “**Casos Difíceis**”.

argumentos de princípio podem ser entendidos como, algo que deve ser objeto de observação, todavia, assim o é “não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, 2002, p. 36). Essa diferenciação, objeto de uma abordagem mais ampla oportunamente, permitirá a compreensão de que, em razão da Integridade, segundo Galuppo (2002, 186), somente “os argumentos de princípio podem desempenhar a tarefa de resolver os casos difíceis sem comprometer a democracia.” Tais argumentos servirão de base para a adequada fundamentação dos pronunciamentos decisórios a partir de uma observação, por parte do julgador, de toda uma “consciência histórico efetual” (*Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*), ou seja, a partir de Hans-Georg Gadamer (1999), se nos apresenta importante a compreensão da influência que a história exerce em relação ao ser humano, de modo que essa interferência/influência acaba por modelar e servir de embasamento para a forma pela qual o sujeito compreende.

Outros argumentos desenvolvidos por Ronald Dworkin, como a Tese da Resposta correta (*the right Answer Thesis*) e que tem implicações na concepção do direito como uma cadeia (*The chain of Law*), contribuirão para uma compreensão constitucionalmente adequada da efetivação dos direitos sociais. Embora seja objeto de uma abordagem mais completa no capítulo 03 da presente pesquisa, o Romance em Cadeia tem por intuito afirmar que não existe grau zero (postura antipragmaticista), assim como reconhecer a história institucional daquela comunidade. Em linhas amplas, o Romance em Cadeia pode ser compreendido da seguinte maneira: um romance será elaborado e vários autores são convidados para redigi-lo, ficando cada qual responsável pela redação de um capítulo. Para tanto, o romancista (analogamente, o juiz) quando recebe uma obra já iniciada para que ele dê continuidade aos seus capítulos, deve observar o que já foi produzido textualmente. Mas há uma obrigatoriedade nesse procedimento: a criação deve ocorrer da melhor maneira possível, de modo que a resultante, no caso do Judiciário, o pronunciamento decisório, esteja em harmonia “com a história do direito produzida ao longo do tempo no interior da comunidade política, desde que reconstruída à luz de seus princípios informadores.” (PEREIRA, 2001, p. 154). Esse procedimento é mais visível no caso do direito norte-

americano (*Common Law*), pois nesse direito nenhuma lei está localizada no ponto central da questão jurídica e “a argumentação jurídica gira em torno de quais regras ou princípios estariam ‘subjacentes’ às decisões tomadas no passado, por outros juízes, sobre casos semelhantes.” (OLIVEIRA, 2007, p. 98). Voltaremos a esse ponto no capítulo destinado ao pensamento de Dworkin.

Ainda, outro conceito que justifica a adoção do pensamento de Dworkin e que está diretamente ligado à Tese da Resposta Correta é o de Integridade. Este conceito é “responsável pela atribuição de legitimidade a um sistema jurídico.” (GALUPPO, 2002, p. 184). A Integridade pode ser vista como composta de duas conjeturas interligadas. Primeiramente a consideração, segundo Pereira (2001, p. 137), de que “a comunidade política está fundada no assentimento a princípios de convivência em comum”; secundamente, o raciocínio de que o Direito se edifica mediante a reorganização interpretativa das origens normativas através da combinação dos princípios (PEREIRA, 2001).

Essa sustentação de uma única resposta correta para cada caso pode ser entendida, segundo Galuppo, “como um modelo ou como um norte para a atividade do juiz, pois seria um trabalho sobre-humano para se chegar a ela.” (2002, p. 185). Aqui aparece outra elaboração de Dworkin, a do juiz Hércules, elaboração criticada e, por vezes, mal compreendida por alguns, como por exemplo, Frank Michelman. No capítulo 03 abordaremos de forma mais detida essa elaboração.

A partir da constatação de que o Direito deve ser compreendido como uma prática argumentativa, pode-se sustentar a existência de respostas jurídicas corretas para os casos difíceis. Uma resposta correta pode ser compreendida como aquela que “assegura e protege os direitos que são explícitos ou implícitos nos valores fundamentais do sistema [...]” (MUÑOZ, 2008, p. 231-2). Portanto, aquele que opera o Direito deve observar as normas que incidem sobre o caso, buscando uma associação de regras e princípios com o intuito de se encontrar uma resposta adequada, ou seja, justa, para determinado caso, respeitando, assim, a integridade do direito.

Além disso, adotar Dworkin na discussão da efetivação dos direitos sociais significa sustentar a crença nos ditames constitucionais, assim como na existência de respostas corretas, conforme visto. Pois, é consideravelmente complicado pensarmos

na sustentação de posturas solipsistas por parte dos agentes julgadores, um problema marcante da modernidade. O ativismo judicial, ou seja, deixar apenas nas mãos dos juízes a construção das decisões judiciais é um dos problemas da efetivação dos direitos sociais.

Mesmo porque,

os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. (DWORKIN, 1999, p. 254).

0.5 - O Neoliberalismo enquanto algoz¹⁹ da efetivação dos Direitos sociais.

Com o seu surgimento observado na segunda metade do século XX, em especial após o final da Segunda Grande Guerra Mundial, “em plena era dourada do capitalismo e das políticas sociais de redistribuição” (BENTO, 2002, p. 374-375), o Neoliberalismo aparece como uma doutrina que tem por pressuposto básico a diminuição da ingerência do Estado na ordem econômica. O Neoliberalismo está diametralmente oposto à postura adotada no período entre guerras, onde os países impulsionados pela economia de mercado observaram um aumento da atuação estatal através de políticas de cunho assistencial, assim como políticas pautadas no *keynesianismo*²⁰.

Tendo como marco inaugural o ano de 1947 com a fundação da *Société du Mont Pèlerin*, por Friedrich August Von Hayek, juntamente com Karl Popper, Milton Friedman e Von Mises, o Neoliberalismo surge objetivando combater o keynesianismo e o trabalhismo na Inglaterra. Para tanto, Hayek buscou através da obra intitulada “**Direito, Legislação e Liberdade**”, sustentar um Estado “minimamente interventor, defendendo o livre mercado com base numa racionalidade evolucionista que subverte a tradicional relação gregária dos *finis* pelo parâmetro *meios*.” (ROSA; MARCELLINO JÚNIOR, 2009,

¹⁹ Enquanto algo que impinge a aflição.

²⁰ Pensamento desenvolvido pelo economista britânico John Maynard Keynes (1883-1946).

p. 174)..²¹ Um de seus seguidores, Friedman, por meio do livro “**Capitalismo e Servidão**”, sustenta o retorno da coordenação da economia ao mercado. Ao Estado restaria a tarefa de “preservar a liberdade dos cidadãos contra a ameaça externa e contra os próprios cidadãos, fazendo assegurar a lei e a ordem; [...]” (BENTO, 2002, 375). Atividades desempenhadas pelo Estado como as políticas públicas e programas de habitação, por exemplo, seriam ações “injustificáveis assumidas pelo Estado, do ponto de vista da liberdade econômica [...]” (BENTO, 2002, 375).

Todavia, aponta-se outra origem para Neoliberalismo, segundo Rosa e Marcellino Júnior (2009), paralela à primeira, datada dos idos de 1944, com a *Conferência de New Hampshire*. Mencionada Conferência, ocorrida em Bretton Woods, nos EUA, contou com a reunião, pelos aliados, de 44 países que tinham o intuito de restabelecer as diretrizes da economia mundial. Essa data é de considerável importância para a Economia, uma vez que *na Conferência de New Hampshire* determinou-se a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial. Como resultado dessa reunião, nos anos seguintes, vários países desenvolvidos, segundo Bento (2002), colocaram em funcionamento os “princípios” das mudanças neoliberais. Países como a Inglaterra (governo Thatcher), Estados Unidos (governo Reagan) e Alemanha (governo Kohl) aplicaram os ditames do neoliberalismo como observamos, a título de exemplificação, no “controle da emissão de moeda, na elevação das taxas de juros, no corte de gastos sociais, na liberação do câmbio, na manutenção de níveis consideráveis de desemprego [...]”²² (BENTO, 2002, 376). No entanto, conforme observado por Anderson citado por Bento (2002), no caso norte-americano, não houve uma redução de gastos de ordem pública em termos globais. Os americanos não reduziram tais gastos, mas promoveram uma mudança na sua direção, através do estímulo, pelo então presidente Ronald Reagan, da indústria bélica.

Com o passar dos anos o neoliberalismo, enquanto modelo de cunho político-econômico, foi se desenvolvendo sendo consolidado a partir de dois importantes

²¹ Observa-se que na visão da AED, o Estado poderia interferir no mercado, desde que fossem constatadas as chamadas “lesividades mensuráveis” ligada ao funcionamento daquele. Se a intervenção estiver pautada em atribuição de direitos (sociais no caso), o Estado não poderia intervir mesmo que existisse a sustentação, por parte do interventor, da busca da Justiça Social.

²² Todavia, a experiência mais radical em termos de aplicação de tais políticas foi, sem dúvida, na Inglaterra do início dos anos 80.

momentos históricos. O primeiro momento, já apontado alhures consistiu na

vitória política de Ronald Reagan e Margaret Thatcher, respectivamente em 1979 e 1980, que implantaram nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha políticas monetaristas rígidas - servindo de paradigma para todos os demais países do ocidente. Nesta fase, os ensinamentos de Hayek, e também de seu discípulo Friedman (1984), são 'pregados' e aplicados como dogmas econômicos, tendo assumido grande destaque a *Escola de Chicago*. (ROSA; MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p. 175)

Já o segundo momento consistiu no

famigerado *Consenso de Washington*, que, carreado pela queda do muro de Berlim, estabeleceu, na década de 90, o Mercado como *via única*, abrindo-se as portas para a privatização do Estado e a desregulamentação da economia. (ROSA; MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p. 175)

Em termos de América Latina, o neoliberalismo exerceu forte influência no final dos anos 80. Fala-se de uma “grande virada neoliberal” (BENTO, 2002, 377) que se espalhou impregnando toda a América Latina. México (Salinas), Argentina (Menem), Peru (Fujimori), *v. g.*, implantaram exitosamente “políticas de controle da inflação, privatização, desregulamentação da economia e desemprego.” (BENTO, 2002, 377).

A influência do neoliberalismo tem contribuído nos países em desenvolvimento, como no caso do Brasil, em um aumento da exclusão social, aliada ao enfraquecimento da máquina estatal, situações estas impulsionadas pelos três “des”: desnacionalização, desestatização e desregulação, verbos conjugados que implicam em situações perigosas em sede do Estado Democrático de Direito. Fala-se, então, de alguns fenômenos alarmantes (para os neoliberais talvez nem tanto), como por exemplo “o processo de exclusão da cidadania [...] fenômeno este ligado diretamente ao aumento dos níveis de desemprego e subemprego.” (SARLET, 2002, p. 223).

E tais observações fenomenológicas não param por aí, visto a

redução e até mesmo a supressão dos direitos sociais prestacionais básicos (saúde, educação, previdência e assistência social), assim como o corte ou, no mínimo, a “flexibilização” dos direitos dos trabalhadores, [...] (a) ausência ou precariedade dos instrumentos jurídicos e de instâncias oficiais ou inoficiais capazes de controlar o processo, resolvendo os litígios dele oriundos, e manter o equilíbrio social, agravando o problema da falta de efetividade dos direitos fundamentais e da própria ordem jurídica estatal. (SARLET, 2002, p. 223-224).

Nesse contexto de economia neoliberal cada vez mais preocupada com o crescimento econômico, sustentando a desigualdade como algo ínsito à manutenção do sistema (estimulando assim as forças produtivas) observa-se a eleição de um

novo princípio jurídico: 'o do melhor interesse do mercado.' O Direito é o meio para atendimento do fim superior do 'crescimento econômico.' É necessário simbolicamente para sustentar a pretensa legitimidade da implementação dos ajustes estruturais mediante reformas constitucionais, legislativas e normativas executivas. (ROSA; LINHARES, 2009, p. 51).

Após essa explanação, pode-se afirmar que a postura neoliberal se nos apresenta como um óbice para a efetivação dos direitos fundamentais, visto que permite a redução de tais direitos à condição de patrimoniais, uma vez que defende a existência de desigualdades que são justificadas como propulsão para a competição e incentivo para os agentes do capital na direção do desenvolvimento econômico.

Os neoliberais partem da visão de uma justiça social imaginária, pois o ser humano sempre está vulnerável a comportamentos falíveis. Além disso, para os neoliberais,

um Estado de bem-estar de modo algum se justifica numa democracia liberal e que a pobreza e a miséria são circunstanciais e decorrentes da 'seleção de mercado' - afinal de contas, segundo os neoliberais, alguém terá de ganhar e outros perder no jogo do mercado (ganha/perde). (ROSA; MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p. 175).

Com a sustentação de um Estado Mínimo, os direitos fundamentais sociais seriam considerados um "completo *non-sense*, pois exigiriam uma postura positiva do Estado provocando seu agigantamento perante a sociedade civil." (ROSA; MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p. 175).

Isso será agravado ainda mais quando da verificação, nos capítulo 02, dos fundamentos da Análise Econômica do Direito, que partindo das primícias do liberalismo econômico, sustenta uma visão de que a ciência do direito apresenta uma formatação compatível com o objeto típico da ciência econômica, razão pela qual verificar-se-ia uma plausibilidade no estudo da ciência jurídica a partir da Teoria Econômica. (ROSA; MARCELLINO JÚNIOR, 2009).

Nos tempos atuais, portanto, e no caso do cenário brasileiro, em particular, a

preocupação com o crescimento econômico está associada com a busca de um livre mercado e também do lucro do capital privado em contraposição com a redução dos gastos sociais (ROSA; LINHARES, 2009), o que acaba por interferir na igual consideração dos sujeitos em termos de Direitos Fundamentais. Tais dogmatizações (crescimento, livre mercado, lucro), a bem da verdade, “ainda perduram no discurso latente, ainda que no discurso manifesto tenha havido algumas concessões retóricas, principalmente pelo discurso de mitigação da pobreza.” (ROSA; LINHARES, 2009, p. 49).

1 – O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: MANIFESTAÇÕES EM SEDE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A VISÃO DA LITERATURA JURÍDICA

“Podemos, então, interpretar a idéia do Estado de Direito, genericamente, como a exigência de que o sistema administrativo, que é regido pelo código do poder, se vincule ao poder comunicativo de formação do Direito e se mantenha livre das interferências diretas do poder social, ou seja, da força factual que têm os interesses privilegiados de se imporem.”

Jürgen Habermas no capítulo 04 de “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”

No capítulo 0, algumas definições (como aquela dos Direitos sociais) e justificativas (por qual motivo a Teoria de Dworkin foi adotada) foram apresentadas no intuito de contribuir para a compreensão dos próximos capítulos. Por exemplo, verificamos que os direitos sociais devem ser considerados como Direitos Fundamentais e que a influência do neoliberalismo tem significado um risco para a efetivação de mencionados direitos. Os próximos capítulos terão por objetivo desenvolver tais considerações.

Busca-se, no presente capítulo, desenvolver algumas reflexões a respeito do Estado Democrático de Direito, assim como discutir a efetivação dos direitos fundamentais sociais no cenário jurídico brasileiro, em especial a partir de uma exemplificativa análise dos posicionamentos de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal. A pesquisa, no *site* do STF²³, foi delimitada por temas e pelo tempo, ou seja, buscou-se decisões que discutiram assuntos como “reserva do possível”, “direitos sociais”, “análise econômica” entre outras, assim como decisões mais recentes.

Além disso, procurar-se-á estudar apontamentos da literatura jurídica a respeito da temática, mormente no que diz respeito aos conceitos de “reserva do possível” e “mínimo existencial.” A respeito de mencionados temas, não se objetiva a sua abordagem de forma exaustiva, dado o direcionamento da investigação, embora tais conceitos sejam de relevância para a abordagem a respeito da Análise Econômica do Direito, desenvolvida no Capítulo 02.

²³ Para os interessados: www.stf.gov.br, na seção intitulada “Jurisprudência” > opção “A Constituição e o Supremo”, e indicando os temas mencionados acima.

1.1 - Para além de uma expressão trivial no meio académico jurídico e na prática jurídica: reflexões a respeito do “Estado Democrático de Direito”

O Estado Social de Direito, embora tenha se desenvolvido como forma de solucionar o individualismo assim como a postura abstencionista de Estado Liberal e estando caracterizado como um tipo de Estado tendente à construção de uma situação de “bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana” (SILVA, 2004, p. 115), a partir da década de 1970 vem passando por uma crise alicerçada em várias situações, como a “escassez de recursos gerada pela explosão de demandas reprimidas, o enfraquecimento dos Poderes Públicos em razão da globalização econômica [...]” (SARMENTO, 2003, p. 252-253). Outros problemas foram diagnosticados no funcionamento do Estado de Bem-estar, como as “transformações demográficas (aumento da longevidade e diminuição da taxa de natalidade [...]), além do crescimento exponencial de gastos com saúde pública, aumento do desemprego. (SORJ, 2004, p. 45), e a denúncia da limitação das políticas públicas pelos movimentos sociais emergentes nesse período.

Além disso, Silva (2004) ainda menciona outros problemas, pelo menos dois outros, a respeito do Estado Social de Direito. O primeiro deles está associado à variação interpretativa que se pode atribuir à palavra “Social”. O segundo consiste no fato de que “o importante não é o *social*, qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito.” (SILVA, 2004, p. 116). Ou seja, a partir de Elías Díaz citado por Silva (2004, p. 116), não se pode afastar a dúvida quanto a saber, em termos de Estado Social de Direito,

se e até que ponto o neocapitalismo do Estado Social de Direito não estaria em realidade encobrendo uma forma muito mais matizada e sutil de ditadura do grande capital, isto é, algo que no fundo poderia denominar-se, e se tem denominado, neofacismo. (DÍAZ *apud* SILVA, 2004, p. 116)

No Brasil, com a promulgação da Constituição da República em outubro de 1988, o Estado Democrático de Direito foi constitucionalmente previsto e a partir de então, novas abordagens de antigas questões jurídicas exsurtem, dentre elas, a efetivação

dos direitos sociais.

Constituições de outros países, como Portugal e Espanha influenciaram, segundo Silva (2004), a Assembléia Constituinte no que diz respeito à adoção da expressão Estado Democrático de Direito. A Constituição Portuguesa prevê, em seu artigo 2º, o *Estado de Direito Democrático*, enquanto a Constituição Espanhola enuncia, em seu artigo 10º, o *Estado Social e Democrático de Direito*. (Silva, 2004).

De acordo com Silva (2004), o adjetivo “democrático” qualifica o Estado. Isso significa que o ideal democrático deve incidir sobre todos os elementos que estruturam o Estado, aí incluída, obviamente, a Ordem Jurídica. A Constituição, em sede de um Estado Democrático de Direito tem que se pautar em uma interpretação de cunho construtivo, isto é, uma interpretação que aperfeiçoe um “sistema de direitos fundamentais garantidores das autonomias pública e privada.” (OLIVEIRA, 2007a, p. 44), onde o poder deve ser desempenhado em benefício do povo de forma participativa e pluralista, de modo que tal sistema garanta a autonomia pública e privada.

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao dispor a respeito do Estado Democrático de Direito, deixou transparecer a exigência de que todo o ordenamento observe os fundamentos de tal Estado e que “o Estado Democrático de Direito não é um lugar a que se chegará, uma vez que é conceito que se desloca no processo de construção.” (BRANDÃO, 2008, p. 381), sendo que a Constituição, segundo Lenio Streck (2009b), se nos apresenta como uma “ferramenta que está à disposição do intérprete.”

Nesse cenário de promulgação da Carta de 1988, de reconquista e desenvolvimento de muitos direitos até então restringidos pelos governos anteriores, como quando do período da Revolução, merece destaque outro processo concomitantemente em curso no Brasil e que seguiu o sentido oposto das determinações em termos de direitos sociais. Trata-se da adoção de orientações constantes das discussões do Consenso de Washington, como a subscrição, pelo país, de acordos com organismos financeiros internacionais, em especial o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial. (Couto, 2006).

Embora seja perceptível a forte influência da política neoliberal nos governos posteriores à promulgação da Constituição de 1988, é inegável a constatação de que o

Constituinte Originário apresentou uma especial preocupação com os direitos sociais ao definir como objetivos da República Federativa do Brasil²⁴ a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a busca de um desenvolvimento em âmbito nacional, aliada ao combate à pobreza e também à redução das desigualdades, tanto sociais quanto regionais. Além disso, o Texto ainda visa à promoção do bem da comunidade, sem preconceitos de quaisquer espécies.

Nessa ótica, o Estado Democrático de Direito está alicerçado na soberania popular. Esta, segundo Emilio Crosa citado por Silva (2004, p. 117), implica na atuação “efetiva e operante”²⁵ da comunidade na coisa pública, atuação esta que não se reduz “na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático de Direito, mas não o seu completo desenvolvimento.”

Mesmo porque, observa-se a partir da reflexão desenvolvida por Cattoni de Oliveira (2007a), que o Texto Constitucional não pertence a órgãos como o STF, o Congresso Nacional e também a representantes, como o Presidente da República. Ela, a Constituição da República Federativa do Brasil, garante a participação dos cidadãos em uma democracia. Ou seja, a Constituição é de todos nós, isto é, ela é “*nossa* como um projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos livres e iguais; se não, não é Constituição.” (OLIVEIRA, 2007a, p. 75).

Nesse sentido, com o Estado Democrático de Direito

fundado na Constituição de 1988, diz-se que a Constituição se torna o centro do normativo do Direito, não apenas pela sua supremacia sobre os demais diplomas legais, mas instrumentada pela força normativa de seus princípios, além da exigência que traz consigo da releitura da legislação infraconstitucional que lhe precede, à luz de seu arcabouço principiológico.(CERQUEIRA; COELHO, QUADROS, 2007, p.3397-3398).

Esse Estado encontra consistência em uma “comunidade de valores ou unidade ideal política.” Nesse raciocínio, conforme Soares (2003), alguns princípios são considerados como responsáveis pela concretização desse Estado, como, a título de

²⁴ Conforme disposições do Art. 3º do Texto Constitucional, *in verbis*: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;II - garantir o desenvolvimento nacional;[...]. (BRASIL, 2008).

²⁵ Através das Organizações Não Governamentais (ONG's), por exemplo.

exemplificação, o *princípio da constitucionalidade*, através do qual todos os atos praticados pelo Estado, em especial aqueles do Legislativo devem estar em consonância com o Texto Constitucional; o *princípio do acesso à justiça*, fundamental para garantir o pleno direito de defesa dos jurisdicionados e a previsão do *sistema dos direitos fundamentais*, que impõe a adoção de disposições destinadas à sua implementação. Ainda podemos indicar outros princípios, não menos importantes: princípio da divisão dos poderes, princípio da segurança jurídica, e princípio da legalidade da administração, segundo Soares (2003).

Em um cenário posterior à promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário recebeu uma grande responsabilidade em termos de fundamentação das decisões. O art. 93 do Texto Constitucional, em seu inciso X, exige a fundamentação dos pronunciamentos de caráter decisório por parte dos juízes e tribunais. Na presente pesquisa acredita-se nessa responsabilidade essencial do Judiciário, pois, além de ser constitucionalmente legitimado para promover e também assegurar a segurança jurídica, o Judiciário se nos apresenta como o principal responsável pela convicção na autoridade do Direito.

Entretanto, se se procura a existência de um Estado Democrático de Direito,

Mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, eis o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico. Não há princípio constitucional que resista à falta de fundamentação; [...] (STRECK, 2009b, p. 17)

Todavia, a previsão no Texto Legal, pura e simplesmente, não resulta na efetivação. Em razão de limitações orçamentárias e outros objetivos de fundo econômico assumidos pelo Estado, observa-se que, em se tratando de direitos sociais,

Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção podem ser adiados *sine die*, além de confinado à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o programa é apenas uma obrigação moral, ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de direito? (BOBBIO, 1992, p. 78).

Segundo Couto (2006, p. 158), a medida que mais se aproximou de tais objetivos diz respeito ao “sistema de seguridade social, criado pelo art. 194, que é congregador

das políticas de saúde, de previdência social e de assistência social.” O art. 194 dispõe que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e à assistência social.” (BRASIL, 2008).

No Estado Democrático de Direito, os direitos (em especial os fundamentais) não podem ser “impostos ao legislador político como uma restrição externa, como no caso da tradição liberal, nem se deixarem instrumentalizar como requisitos funcionais para seus fins político-legislativos [e econômicos] [...]” (OLIVEIRA, 2007a, p. 109). Os interesses de uma maioria não podem prevalecer, numa visão de fundo utilitarista, pautada em um critério de eficiência econômica, sobre os interesses de uma minoria, uma vez que isso rompe o “princípio do reconhecimento recíproco de igual direito de liberdade a todos”. (OLIVEIRA, 2007a, p. 119). Uma vez mais, “todos” aqui diz respeito, a partir de Dworkin (1985), à comunidade de cidadãos que se reconhecem a partir de uma solidariedade, liberdade e igualdade.

Essa, aliás, foi uma das aberturas do Texto Constitucional: a realização dos direitos sociais a partir do pleno exercício da cidadania, objetivando efetivar as prescrições de um Estado de justiça social.

Todavia, conforme veremos nos capítulos seguintes, não podemos deixar de observar que, embora existam todas essas previsões constitucionais de garantia dos direitos sociais,

fala-se [...] com insistência, na morte do Estado, mas o que estamos vendo é o seu fortalecimento para atender aos reclamos da finança e de outros grandes interesses internacionais, em detrimento dos cuidados com a população cuja vida se torna mais difícil. (SANTOS, 2001, p. 19)

A sustentação de uma economia globalizada, pautada em medidas como a flexibilização, liberalização, desopressão da carga tributária, entre outras, é incompatível com o Estado Democrático de Direito. O Estado tem que ser acionado para compreender que os direitos fundamentais não representam meras “diretrizes”, meros programas que podem ser atendidos quando o orçamento permitir, se o permitir.

Porquanto, deve-se compreender

que o Direito - neste momento histórico não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do *welfare state* (que nem sequer ocorreu na América Latina); na verdade, o direito, em tempos de Estado Democrático de Direito, é mais do que um *plus* normativo em relação às fases anteriores, constituindo-se em um elemento qualificativo para a sua própria legitimidade, uma vez que impulsiona o processo de transformação da realidade. (STRECK, 2008, p. 279).

Então, em termos do Texto Constitucional de 1988, os Direitos Fundamentais, a partir da análise do Art. 5º, § 2º, devem resultar “de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais.” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 154). E mais, essa aquisição não significa, conforme pertinente assertiva de Carvalho Netto (2003), como uma mera dilatação do rol desses direitos, mas implica em uma mudança em termos de conceituação de algumas concepções, como a liberdade e a igualdade (e também a própria cidadania).

1.2– A questão da efetivação dos direitos sociais no Brasil: a reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) versus o mínimo existencial (*Existenzminimum*).

1.2.1 - Anotações a respeito da “reserva do Possível” - (*Vorbehalt des Möglichen*)

Conforme apresentado em linhas pretéritas da atual investigação, o Estado necessita de recursos, entenda-se, de uma conjuntura econômica favorável para a eficácia plena dos direitos sociais prestacionais (educação e saúde, por exemplo), considerando o custo de tais direitos.

A “reserva do possível” pode ser enquadrada na contextura da segunda metade do século XX, marcada “pelas promessas dos benefícios sociais, transformados em direitos fundamentais a partir do constitucionalismo dito social ou liberal-social [...]” (LOPES, 2010, p. 155). Embora seja possível uma abordagem temporal anterior, envolvendo a crise do liberalismo constitucional no início da década de 1920, as construções teóricas desenvolvidas no período pós Segunda Guerra Mundial já

apresentam subsídios satisfatórios para a compreensão da “reserva do possível”.

A literatura jurídica tem desenvolvido a denominada “reserva do possível”, que será analisada no presente tópico. Preliminarmente, essa expressão pode ser entendida como abrangendo “tanto a possibilidade, quanto o poder jurídico de disposição por parte do destinatário da norma.” (SARLET, 2002, p. 235), uma vez que não basta a existência de recursos (portanto uma “reserva orçamentária possível”), mas é necessário também um agente legitimado para a sua destinação.

Observa-se que

o conceito de reserva do possível é oriundo do direito alemão, fruto de uma decisão da Corte Constitucional daquele país, em que ficou assente que ‘a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo estado está sujeito à condição da disponibilidade dos respectivos recursos.’ Nesse sentido, a disponibilidade desses recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões políticas, através da composição dos orçamentos públicos. A decisão do Tribunal Constitucional Alemão menciona que estes direitos a prestações positivas do Estado (os direitos fundamentais sociais) ‘estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.’ A decisão recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos. (SCAFF, 2006, p. 152-153).

Em se tratando da “reserva do possível”, observações podem ser apresentadas a respeito de complicações circundantes à expressão. O que seria possível? Ou melhor, para quem? Ou ainda, como definir o possível? Em um país com o Brasil, onde as taxas de exclusão social são alarmantes, “o possível” representa um conceito consideravelmente relativo, principalmente considerando a realidade da fixação e destinação dos orçamentos.

Observa-se que a “reserva do possível” configura uma forma de limitação tanto de ordem jurídica quanto fática dos direitos fundamentais, segundo Sarlet e Figueiredo (2010). Estes autores sustentam, no entanto, que essa reserva pode atuar favoravelmente no que diz respeito à garantia dos direitos fundamentais, como quando da ocorrência de uma situação que envolva dois direitos ²⁶. Em termos de Brasil, a “reserva do possível” tem sido utilizada, muitas vezes, como uma forma de impedir a

²⁶ Aqui, com a devida vênia, nos distanciamos da adoção, feita por Sarlet e Figueiredo, da proporcionalidade nos modelos propostos por Robert Alexy.

atuação do Judiciário, assim como uma “desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 32).

Conforme destaca o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello,

vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência da disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (BRASÍLIA, STF. ADPF n. 45. Relator: Celso de Mello, 2004.).

Nesse sentido de limitação da atuação jurisdicional,

[...] É pertinente a conhecida metáfora do cobertor curto: quando se cobre a cabeça, se descobrem os pés. Em setores como a saúde, decisões judiciais que não considerem problemas de organização administrativa podem gerar consequências contrárias aos próprios valores que pretendem promover. [...] os juízes devem considerar não apenas os elementos diretamente envolvidos no caso, mas as implicações decorrentes das decisões para o andamento regular da gestão pública (SOUZA NETTO, 2008, p. 528-529).

Apropositado, então, o sentido da Constituição Federal que exige

tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, [...]) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a “ponderações” perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais? (KRELL, 2002, p. 51).

Alguns autores, como Sarlet e Figueiredo (2010), apontam uma composição tripartite da reserva do possível: primeiro, a reserva consistirá na real existência de recursos para a concretização dos direitos fundamentais; segundo, a possibilidade, em termos jurídicos, da disposição dos recursos disponíveis e, terceiro, a sensatez daquilo que está sendo solicitado.

Apesar de toda sua construção doutrinária e jurisprudencial, a “reserva do possível” tem recebido muitas críticas. Uma delas, desenvolvida por Barreto (2003, p. 117-121) considera que a “reserva” está sustentada em “três falácias políticas”, quais sejam “[1] os direitos sociais são direitos de segunda ordem; [2] os direitos sociais

decorrem de uma economia forte; [3] o custo é inerente a todos os direitos.”

Outra crítica é desenvolvida por Krell (2002), que ao abordar a “reserva do possível” considera a necessidade de uma releitura do princípio da Separação dos Poderes visando adequá-lo à realidade dos tempos atuais. Para mencionado autor,

Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um *efeito paralisante* às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal. (KRELL, 2002, p. 88).

Diante do apresentado, a “reserva do possível” deve ser vista e entendida com ressalvas, principalmente em razão de sua associação com o custo dos direitos. Afinal, a preocupação com o custo de um direito e da possibilidade de efetivação pelo ente estatal, como principais observações quando da análise de um caso, implicam em uma desconsideração dos direitos fundamentais enquanto uma questão de princípio.

1.2.2 - O “mínimo existencial” - (*Existenzminimum*)

No que se refere ao “mínimo existencial”, Torres (2008) apresenta importantes considerações sobre essa concepção. O “mínimo existencial” ou

Os *mínimos sociais*, expressão acolhida pela Lei n.º 8742/93, ou *mínimo social* (*social minimum*), da preferência de John Rawls, entre outros, ou *mínimo existencial*, de larga tradição no direito brasileiro e no alemão (*Existenzminimum*), ou *direitos constitucionais mínimos*, como dizem a doutrina e jurisprudência americanas, integram o conceito de direitos fundamentais. (TORRES, 2008, p. 313).

Os estudos e construções teóricas pioneiras a respeito do “mínimo existencial” têm localização temporal no Pós-Guerra, na Alemanha dos idos de 1950, a partir da sustentação pelo publicista Otto Bachof, da “possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna”

(SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 20). Verificando que a previsão contida no art. 1º, inciso I, da Lei Fundamental da Alemanha²⁷, não implica, segundo Bachof, citado por Sarlet e Figueiredo (2010), tão somente a garantia da liberdade, mas também uma parcela de segurança social, o publicista sustenta que isso é essencial para a existência digna do indivíduo. Ausente essa configuração “a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.” (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 21).

Essa menção ao desenvolvimento teórico do “mínimo existencial” na Alemanha é de relevante importância uma vez que os estudos posteriores em outros países (como o Brasil), foram influenciados pela interpretação desenvolvida nas Cortes alemãs (em especial o Tribunal Administrativo Alemão e Tribuna Constitucional Federal).

A teoria do “mínimo existencial” destina ao indivíduo um direito subjetivo que objetiva garantir uma existência digna mediante a efetivação de serviços básicos como o de saúde (saneamento) e educação básica, além de alimentação, por exemplo. Um “mínimo” sem o qual não é possível a sobrevivência do homem e que, apesar de não apresentar um conteúdo predefinido deve ser respeitado e garantido. Nesse sentido subjetivo (Torres, 2008), o indivíduo tem à sua disposição instrumentos tanto de ordem processual como institucional para amparar seus direitos mínimos.

Embora não apresente uma definição apriorística, nem tampouco prevista de forma explícita no Texto Constitucional, a sua formatação deve observar uma combinação de princípios, como por exemplo, o da liberdade, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, além de buscar respaldo “na Declaração dos Direitos do Homem e nas imunidades e privilégios do cidadão.” (TORRES, 2008, p. 314).

Por assim dizer, o “mínimo existencial” também deve ser observado em sede dos direitos sociais, principalmente em razão da fundamentalidade de tais direitos, tanto no aspecto prestacional (positivo), quanto no aspecto “negativo” de tais direitos²⁸. Garantir o “mínimo existencial”, então, exige a sua adequada interpretação. Ou seja, ele (o mínimo existencial) “não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, [...]” (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 23). Essa

²⁷ Na Alemanha, o “mínimo existencial” foi reconhecido como uma garantia estatal, tendo, pois, um *status* constitucional.

²⁸ Essa diferenciação foi apresentada no capítulo 0, para o qual remetemos o leitor.

garantia impõe não somente o afastamento do indivíduo de situações de míngua, mas também garante o mínimo de inserção no contexto social, onde o ente estatal não pode se afastar, devendo atuar positivamente no sentido da asseguaração desse mínimo.

1.3 - O Supremo Tribunal Federal e a questão da efetivação dos Direitos Fundamentais (sociais): alguns exemplos

O Supremo Tribunal Federal (STF), órgão máximo do Judiciário brasileiro, foi criado em 1890, inspirado na Suprema Corte norte-americana. O jurista brasileiro Rui Barbosa teve grande influência no desenvolvimento do STF, visto que comprovou a “competência do Tribunal para apreciar qualquer matéria que envolvesse lesão a direitos fundamentais, ainda que tal lesão estivesse calcada em controvérsias políticas.” (BARACHO JÚNIOR, 2003, p. 335).

Já na quadra final do século XIX, ou seja, logo após a sua criação, o Supremo Tribunal Federal foi responsável por importantes decisões em matéria de Direitos Fundamentais, como quando “determinou a soltura de algumas pessoas que haviam sido presas após a apreensão do Vapor Júpiter”.(BARACHO JÚNIOR, 2003, p. 332).

Ainda assim, Baracho Júnior ressalta alguns fatores que contribuíram para que o Órgão máximo do Judiciário brasileiro tivesse e ainda tenha dificuldades em se consolidar, especialmente na discussão envolvendo os direitos fundamentais, como, a título de exemplificação, o seu funcionamento instável ao longo das décadas. Afinal,

Estamos falando de um Tribunal que viveu vários conflitos com diversos Presidentes, que contra ele se insurgiam de diversas maneiras, impedindo que seu funcionamento regular conduzisse à construção de uma sólida jurisprudência sobre os direitos fundamentais. (BARACHO JÚNIOR, 2003, p. 333).

O STF tem uma importante atribuição na efetivação dos direitos fundamentais, que é o que se precisa atualmente, uma vez que, em termos de previsão de direitos, conforme aponta Bobbio (1992), as Constituições das últimas décadas (dentre elas a

Brasileira), já consagram um rol consideravelmente extenso (embora não exaustivo), dos direitos fundamentais.

O próprio Texto Constitucional, em seu art. 102²⁹, atribui ao Supremo Tribunal a função precípua de “Guarda da Constituição”, o que, entretanto, não tem evitado o baixo desenvolvimento de uma jurisprudência voltada para a proteção dos direitos fundamentais.

Não se pode desconsiderar o avanço já alcançado pelo STF nas últimas décadas. No entanto, a Constituição exige mais, a democracia necessita de mais, enfim, a comunidade de autores e destinatários das normas tem direito a um tratamento mais adequado dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais.

Em relação à interpretação reiterada do Supremo Tribunal Federal, algumas decisões podem ser apontadas em termos da temática da reserva do possível e do “mínimo existencial”. A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 05 apresenta a seguinte ementa

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental [...]. Considerações em torno da cláusula da *reserva do possível*. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do *mínimo existencial*. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (BRASÍLIA, STF. ADPF n. 5, Relator: Nelson Jobim, 2000).

No tocante ao conceito heurístico de “reserva do possível”, o Supremo Tribunal Federal, através de um despacho, em sede da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 45, do Relator Ministro Celso de Mello discutiu o direito à saúde (um direito fundamental social), observando a questão econômico-financeira no tocante à exigibilidade dos direitos sociais. O Ministro Celso de Mello sustentou a “possibilidade orçamentária do Estado” reconhecendo que a limitação, em termos de recursos, não pode servir de substrato para que o ente estatal não cumpra seus compromissos constitucionais, principalmente quando a discussão envolve direitos

²⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...]. (BRASIL, 2008).

marcados pela sua fundamentalidade. O Ministro Celso de Mello sustenta que

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” [...], notadamente em sede de efetivação e implementação [...] dos direitos de segunda geração [aqui entendidos os direitos sociais], cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.” (BRASÍLIA, STF. ADPF n. 45. Relator: Celso de Mello, 2004.).

Em outra apreciação pelo STF, em termos de direitos sociais, observa-se a discussão a respeito das denominadas “ações afirmativas”. Em 2008, o Ministro do Supremo Tribunal, Carlos Ayres Brito, apresentou o seu pronunciamento decisório na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.330-1/DF, a respeito da constitucionalidade do ProUni, também conhecido como o “Programa Universidade para Todos”. Segundo Moraes e Espínola (2008), em seu voto, o Ministro assevera que é justamente em razão da necessidade se combater situações desiguais que se observa a concretização da igualdade, “devendo a lei assumir-se como instrumento de reequilíbrio social.” (BRITO *apud* MORAIS; ESPINDOLA, 2008, p. 216). Para o Ministro Ayres Brito, “o típico da lei é fazer distinções, diferenciações, desigualações para contrabater renitentes desigualações.” (BRITO *apud* MORAIS; ESPINDOLA, 2008, p. 216).

A Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, quando da apreciação do Agravo de Instrumento (AI), de nº 564035, que envolve a discussão do direito à educação assevera de forma expressa que é de

se enfatizar que a educação compõe o mínimo existencial, de atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público, dele não podendo se eximir qualquer das entidades que exercem as funções estatais. O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos. (BRASÍLIA, STF. **AI n. 564035**, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 2007.)

Esses apontamentos, assim como os argumentos apresentadas no presente trabalho contribuem para a constatação de que, apesar de erigido sob as influências do neoconstitucionalismo, o Estado Democrático de Direito tem uma difícil tarefa a cumprir, qual seja, a da efetivação daquilo que foi prometido no Texto Constitucional.

Um pronunciamento decisório que reconheça direitos pode acarretar dificuldades econômicas. Todavia, “é também essencial assegurar o exercício dos direitos fundamentais, ainda que para isso [...] seja necessário, com fundamento em princípios constitucionais, barrar políticas públicas.” (BARACHO JÚNIOR, 2003, p. 343).

Mesmo porque,

quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas e que, desperdiçado, não mais será recuperado. (HESSE *apud* DANTAS, 2003, p. 447).

Muitas decisões, em torno dos Direitos Fundamentais, segundo Coutinho (2005), estão embasadas em velhas tradições epistêmicas, ou então encontram embasamento na Ação Eficiente³⁰.

Todavia, em sede de um Estado Democrático de Direito, o Judiciário, a partir de Ronald Dworkin, está alicerçado na sua forma de decidir, isto é, o Judiciário deve (re)abordar, de modo construtivo, tanto os princípios quanto as regras que integram o Direito em vigor, no sentido de contentar,

³⁰ A “Ação Eficiente” será estudada no Capítulo 02.

a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto. (CARVALHO NETTO, 2004, 38).

A partir dessa postura, pautada “na implementação, consolidação, desenvolvimento e reprodução [...] do sentimento de Constituição e Justiça” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 43), é possível admitir um reconhecimento, por parte dos cidadãos, que as decisões pronunciadas pelo Judiciário são decisões racionais, sobretudo porque

A legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão [...]. (OLIVEIRA, 1997, p. 131).

Nesse sentido, ao Supremo Tribunal Federal tem sido atribuída, constantemente, a difícil missão de solucionar demandas que implicam questões relacionadas aos direitos fundamentais, o que, conseqüentemente, não passa pelo simples procedimento de subsunção, visto que, de acordo com a posição de Chueiri (2008, p. 417), posição no presente trabalho adotada, mencionadas questões (dos direitos fundamentais sociais), são “questões de princípios”. E isso não pode ser desconsiderado, principalmente quando existe, em sede do STF, a influência da teoria do jurista alemão Robert Alexy que recupera a posição da jurisprudência dos valores. Este ponto é particularmente embaraçoso, pois mencionada jurisprudência “faz da tarefa constitucional uma sub-espécie de tarefa legislativa e, pior, sem a legitimidade exigida a esta.” (CHUEIRI, 2008, p. 417). Os argumentos de política (*policies*), os valores, as diretrizes políticas baseadas em relações, dentre outras, de custo/benefício, são plenamente aplicáveis em relação às decisões legiferantes, mas não às questões envolvendo a efetivação dos direitos sociais.

Todavia, Torres (2010, p. 72) salienta que o Supremo Tribunal Federal “não tem dispensado atenção ao problema do mínimo existencial, a não ser incidentalmente.” Por exemplo, no que se refere à proteção “negativa” dos direitos fundamentais sociais, no tocante à imunidade tributária,

o STF tem se recusado a analisá-la a partir da ótica dos direitos humanos. Ainda sensibilizado pela tese positivista de que imunidade tributária é qualquer não incidência constitucionalmente qualificada, tem recusado que a proteção às entidades filantrópicas e às instituições de assistência (art. 150, VI, c, CF) se restrinja àquelas que gratuitamente atendam à camada mais pobre da população. (TORRES, 2010, p. 72).

Mas, em termos de decisões jurisdicionais, a fundamentação deve residir em argumentos de princípio (entendidos de forma deontológica), afastando a influência de argumentos de valor e de políticas públicas, principalmente aqueles de natureza econômica. Os princípios enquanto normas não são passíveis de exceções embasadas no alvedrio de grupos dominantes, mesmo porque, “esse *jogo de interesses*, em relação aos direitos fundamentais, os torna reféns de determinados fins, os quais podem ser adequados às razões de governo, porém injustos.” (CHUEIRI, 2008, p. 418).

Por isso, os papéis do Supremo Tribunal Federal e do restante do Judiciário estão revestidos de grande importância na realidade brasileira. O Judiciário precisa aplicar e reconhecer de maneira “crítica e reflexivamente a Constituição de 1988, sem titubear quanto ao caráter normativo de seus princípios.” (CHUEIRI, 2008, p. 418). Neste cenário em que a jurisdição constitucional ganha relevo, observa-se a derrocada do positivismo³¹, do modelo de regras e também do agir discricionário dos agentes julgadores, assim como a premência de “colocar efetivos controles no produto final da interpretação do direito: a aplicação pelos juízes e tribunais.” (STRECK, 2008, p. 287).

No caso dos direitos sociais, muitos argumentos têm sido sustentados em desfavor do “mínimo existencial”, argumentos embasados na questão econômica de tais direitos, em especial quando os direitos envolvem prestações. Logo, lança-se mão da “reserva do possível” objetivando uma justificação para o condicionamento da efetivação de tais direitos, pois,

já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 28).

³¹ Importante glosar que o sistema de regras adotado pelos positivistas reconhece a existência dos princípios gerais do direito. Todavia, segundo Streck (2009a; 2009b), tais princípios não podem ser baralhados com os princípios constitucionais.

1.4 – Apontamentos a respeito do custo dos direitos

Os direitos sociais prestacionais, obviamente, implicam custos. Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999, p. 94) já sustentavam que “levar os direitos a sério é levar a sério o problema da escassez.” A obra desses dois autores norte-americanos, “**The Cost of Rights**”, têm influenciado a discussão a respeito dos custos dos direitos.

Holmes e Sunstein defendem que a liberdade está estritamente ligada aos impostos³². Não somente os direitos positivos (aqueles que, conforme estudado no capítulo 01, implicam uma prestação estatal), mas também os negativos reclamam recursos. Na verdade (ROSA; MARCELLINO JR., 2009), Holmes e Sunstein discordam da classificação feita entre “direitos positivos” e “direitos negativos”, sustentando, então, os direitos sempre em sua dimensão positiva, pois exigiriam do Estado uma ação protecionista e concreção do direito. Ou seja, “os direitos sempre implicariam um custo ao erário, a sociedade sempre seria onerada com os direitos, e por isso os Direitos Fundamentais deveriam sempre ser analisados sob esta ótica.” (ROSA; MARCELLINO JR., 2009, p. 176).

Com isso, a título de exemplificação, os autores mencionados apresentam uma situação ocorrida em

26 de agosto de 1995, [quando] um incêndio eclodiu em Westhampton, na borda ocidental do célebre Hamptons, Long Island, uma das zonas mais bonitas dos Estados Unidos. Este incêndio foi o pior vivido por Nova York na metade do século passado. Durante as 36 horas que durou incontrolavelmente, em um raio de seis milhas por doze. Mas esta história tem um final feliz. Em um tempo incrivelmente curto, forças locais, estaduais e federais atuaram para sufocar o incêndio. Os funcionários e de todos os níveis de governo atuaram sobre a cena. Mais de mil e quinhentos bombeiros voluntários locais se juntaram com as equipes militares e civis de todo o estado e país. Eventualmente, o fogo estava sob controle. Surpreendentemente, ninguém foi morto. Igualmente notável, a destruição de propriedades foi mínima. O voluntariado ajudou, mas no final, os recursos públicos tornaram este resgate possível.³³

³² Este, aliás, é o subtítulo da obra “**The Cost of Rights**”: “*Why liberty depends on taxes*”.

³³ No original: “On August 26, 1995, a fire broke out in Westhampton, on the westernmost edge of the celebrated Long Island Hamptons, one of the most beautiful areas in the United States. This fire was the worst experienced by New York in the past half-century. For thirty-six hours it raged uncontrollably, at one point measuring six miles by twelve. But this story has a happy ending. In a remarkably short time, local, state, and federal forces moved in to quell the blaze. Officials and employees from all levels of government descended upon the scene. More than fifteen hundred local volunteer firefighters joined with

Este ponto deve ser considerado em razão da sua pertinência em termos de orçamento, em especial na realidade brasileira. Apesar disso, os custos dos direitos sociais variam de acordo com as pretensões objetivadas em cada caso, razão pela qual, temos, a título exemplificativo, a questão do direito à saúde e o direito à educação, onde “nem todos ficarão doentes da mesma doença e nem todos custarão mais ou menos a mesma coisa para serem tratados.” (LOPES, 2010, p. 158).

Assim, observa-se que a partir das contribuições de Holmes e Sunstein, a compreensão da efetivação dos direitos sociais como uma “questão de princípio” exige a responsabilidade em relação aos deveres para com a comunidade.

A “reserva do possível”, conforme visto acima, pode ser considerada como resultante imediata da teoria dos custos dos direitos, isto é, o Estado pode apresentar justificativas com base em mencionada reserva para deixar de efetivar alguns direitos, em função de seus custos.

Ou seja, condicionar a efetivação de tais direitos ao orçamento, ao problema da escassez, ou mesmo a uma análise de custo-benefício (“*cost-benefit analysis*”) configura uma ameaça à efetivação de tais direitos, principalmente para aqueles que deles mais necessitam.

Mesmo porque, os direitos individuais também implicam custos e não somente os sociais. Ou seja,

A diferença entre os direitos sociais e os individuais, no que toca ao custo, é uma questão de grau, e não de natureza. Ou seja: é mesmo possível que os direitos sociais demandem mais recursos que os individuais, mas isso não significa que estes apresentam custo zero. Desse modo, o argumento que afastava, *tout court*, o atendimento dos direitos sociais pelo simples fato de que eles demandam ações estatais e custam dinheiro não se sustenta. Também a proteção dos direitos individuais tem seus custos, apenas se está acostumado com eles. (BARCELLOS, 2002, 238-239).

Em termos de Brasil, o problema dos direitos sociais é de considerável importância. Embora seja um dos países com a maior carga tributária, isto é, um dos países que mais arrecadam com tributos, muitas vezes se nos apresentam situações onde o direcionamento desses recursos, a nosso ver, não observa as principais

military and civilian teams from across the state and country. Eventually, the fire was brought under control. Astonishingly, no one was killed. Equally remarkably, destruction of property was minimal.”

necessidades da população, como questões ligadas às áreas da saúde e da educação.

Nesse sentido, em termos de custos de direitos, a complexidade envolvendo a destinação de recursos deve ser resolvida tendo como orientação os direitos da comunidade, pois, segundo Barcellos (2002), a questão envolve não apenas a destinação dos gastos, mas, além disso, abrange a quantificação do que será investido nas áreas pretendidas, em razão de que as possibilidades estão relacionadas não somente com a definição sobre “investir/não investir”, assim como “investir mais/investir menos” (BARCELLOS, 2002, p. 239), mas envolvem, também o atendimento do maior número possível de necessidades. Nesse sentido é que surgem indagações, como por exemplo, por que se deve proteger “o direito de propriedade e abandonar completamente determinados direitos sociais por falta de recursos.” (BARCELLOS, 2002, p. 239).

No próximo capítulo estudar-se-á a Análise Econômica do Direito (AED), em especial o pensamento de Richard Posner, um importante representante desse movimento, no intuito de compreender a pretensão da AED e as conseqüências dessa abordagem para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

2 – A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – AED

“Vemos que, nos países onde a gente está motivada somente pelo espírito do comércio, terminam todos por traficar com todas as virtudes humanas e morais; as coisas mais insignificantes, aquelas que a humanidade demandaria, se fazem ou se dão somente por dinheiro.” Montesquieu.

O capítulo 01 abordou as características do Estado Democrático de Direito, assim como o significado das expressões “Reserva do Possível” e “Mínimo Existencial”. Verificou-se também, a partir de alguns exemplos, a adoção de argumentos ligados às construções acima mencionadas, no que diz respeito à efetivação dos Direitos Sociais.

Este capítulo tem por objetivo apresentar o desenvolvimento do movimento intitulado Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida como *Law and Economics* a partir do pensamento de Richard Posner, um dos expoentes do movimento. Estudar-se-á a eficiência econômica e as implicações da Análise Econômica em termos da realidade brasileira.

2.1 - Considerações a respeito do movimento Direito e Economia (*Law and Economics*)

As relações entre o direito e a economia existem desde antes de Cristo. Alguns autores, como Ghersi (2004), mencionam que o contato do direito com a economia remonta às proposições do Código de Hamurabi (por volta do ano 1700 a. C), assim como o Código de Shulgi (2000 A.C.).

Vivemos em um mundo marcado pela limitação de recursos. Não é possível destinar recursos para todas as pessoas, visto que o homem apresenta necessidades crescentes e ilimitadas, enquanto os recursos são cada vez mais diminutos e limitados. Não existe dúvida de que a Economia, enquanto especificação das Ciências Sociais Aplicadas tem muito a contribuir para a organização da destinação de tais recursos,

objetivando com isso o atendimento das necessidades dos indivíduos.

Logo,

O gerenciamento de recursos da sociedade é importante porque estes são escassos. Escassez significa que a sociedade tem recursos limitados e, portanto, não pode produzir todos os bens e serviços que as pessoas desejam ter. Assim como uma família não pode dar a seus membros tudo o que eles desejam, uma sociedade não pode dar a cada membro um padrão de vida alto ao qual eles aspirem. Economia é o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos. (MANKIWI, 2005, p. 04).

Na modernidade, segundo Sztajn (2005), a relação entre direito e economia tem registro nos idos do século XVIII através de pensadores como Adam Smith (1723-1790), quando da análise das conseqüências econômicas resultantes da elaboração de normas jurídicas e Jeremy Bentham (1748-1832), através da associação feita entre legislação e utilitarismo. Nesse período já existia a sustentação de que

a combinação dos interesses dos produtores e dos consumidores em satisfazer o máximo possível dos seus ganhos, levaria automaticamente a um bem-estar comum, [...] (“a máxima felicidade para o maior número.”). (HESPANHA, 2007, p. 203).

Embora Adam Smith tenha contribuído de forma considerável para o desenvolvimento da Economia enquanto ciência autônoma, o utilitarismo de Jeremy Bentham foi um dos principais responsáveis pelo desenvolvimento da atual Análise Econômica do Direito. Explicando, o objetivo de Smith consistia na regulação dos mercados e na liberdade de atuação dos envolvidos, ao passo que a Análise Econômica a partir de Bentham apresenta uma série de outras preocupações que não apenas as situações acima mencionadas.

A economia é entendida como ciência analítica e, enquanto tal, existe a sustentação de que ela seria aplicada

ao Direito na medida em que lhe propicia a metodologia necessária para quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluções com tendências probabilísticas que levem à dissipação dos conflitos e satisfação dos conflitos e satisfação das necessidades, bem como, à elaboração legislativa. (GONÇALVES; STELZER, 2005, p. 207).

Mas, afinal, o que vem a ser a Análise Econômica do Direito? Posner apresenta-nos uma definição preliminar da Análise Econômica do Direito: “é uma construção erguida sobre uma base formalista [...] na medida em que a Análise Econômica do Direito procura moldar o direito para ajustá-lo às normas econômicas.” (POSNER, 2007a, p. 35).

Algo marcado por considerável complexidade diz respeito à delimitação do *Law and Economics*, visto as várias escolas que têm se desenvolvido. Mercurio e Medena (1999) apontam alguns movimentos integrantes dessa construção: a Escola de Chicago (tal movimento, em especial, nos interessa no presente estudo, em razão do pensamento de Posner), a Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*), a Escola Institucionalista e também a Neo-Institucionalista e, ainda, a Escola de New Haven, o Moderno Republicanismo e o Estudos Jurídicos Críticos (*Critical Legal Studies*).

A Análise Econômica do Direito (AED), enquanto movimento propriamente dito surgiu, segundo Rosa e Linhares (2009), nos Estados Unidos da América, no século XX, por volta de 1960 na Universidade de Chicago (*Chicago School of Law and Economics*). A Escola de Chicago³⁴ buscou alicerces na

ética utilitarista e de maximização da riqueza revelando-se o valor independente do individualismo e da livre eleição, acrescentando-se que, paralelamente ao utilitarismo de Jeremy Bentham, pode ser considerado marco-teórico-filosófico, para a *LaE*, o pragmatismo americano muito bem abordado pelo doutrinador William James. (GONÇALVES; STELZER, 2005, p. 205).

Importante mencionar um dos professores mais importantes no que diz respeito ao estudo do elo entre Direito e Economia. Trata-se de Aaron Director, professor do Departamento de Economia da Universidade de Chicago. Director tem uma importante contribuição nessa ligação, pois,

contribuiu para que suas idéias também fossem respeitadas na Faculdade de Direito, onde ele lecionava a disciplina *Economic Analysis and Public Policy*. Na década de cinquenta, Director tornou possível a implantação do primeiro programa especificamente voltado à análise econômica do Direito nos Estados Unidos [...] e, em 1958, Director fundou o *Journal of Law and Economics*, tendo como objetivo central divulgar sua concepção de que a regulação econômica é uma função própria do mercado e não do Estado. (COELHO, 2007, p. 04).

³⁴ Da qual Richard Posner (aspectos de seu pensamentos serão estudados no próximo tópico) é integrante.

Num primeiro momento, anterior à década de 1960, segundo Posner (2007b), o movimento foi visto como sinônimo de lei antitruste. O objetivo nessa época consistia, basicamente, em explicar o funcionamento dos mercados econômicos, a partir de estudos a respeito do Direito de Regulação e o Direito Comercial. Nesse período merecem destaque as publicações de Guido Calabresi a respeito dos danos e Ronald Coase³⁵ sobre o custo social.

Coase sustentou, pela primeira vez, argumentos a respeito dos custos transacionais na década de 1930, no texto intitulado “**The Nature of the Firm**”, por meio do qual explica que o motivo fundamental para a criação de uma empresa consiste no oferecimento de meios eficientes voltados à organização da produção, pois, admite “a celebração de contratos de longa duração [...], reduzindo assim os grandes custos provenientes de uma freqüente negociação.” (COELHO, 2007, p. 5). No entanto, o trabalho produzido por Ronald Coase³⁶ em 1961, intitulado “**The Problem of Social Cost**”³⁷, é considerado um dos mais importantes trabalhos já redigidos a respeito da Análise Econômica do Direito. (Coelho, 2007).

Com mencionado trabalho, Coase

Demonstra que o problema central do mercado reside na existência de custos de transação e não na presença de externalidades [...]. Em linhas gerais, Coase defendeu que o impasse existente entre uma fábrica poluidora e um condomínio vizinho incomodado pela poluição não deve ser analisado sob a perspectiva de que a primeira necessariamente gera externalidades negativas sobre o segundo; pois se os custos envolvidos com a mudança geográfica do condomínio forem inferiores aos custos de se reduzir a poluição, então as externalidades negativas claramente mudam de endereço. (COELHO, 2007, p. 06).

A contribuição do teorema de Coase merece destaque uma vez que a partir do mesmo questões como o conceito de efeito externo (externalidades) e a discussão central envolvendo “o problema do custo do direito na análise da realidade jurídica”³⁸, foram introduzidos no debate jurídico (PACHECO, 1994, p. 28, tradução nossa).

A respeito da definição de externalidade, pode-se entendê-la como sendo

³⁵ A obra de Pigou (pensador da Economia do Bem-estar) influenciou os escritos de Coase, sendo, portanto, anterior. Todavia, no aspecto legal, o pensamento de Pigou exerceu pouca influência.

³⁶ Prêmio Nobel em Economia em 1991.

³⁷ Em tradução livre, “O Problema do Custo Social”.

³⁸ No original: “[...] el problema del coste del derecho en el análisis de la realidad jurídica.”

“custos ou benefícios que as actividades de algum agente impõem a terceiros que não por via do sistema de preços.” (RODRIGUES, 2007, p. 41).

Outro importante conceito trazido por Coase é da “análise custo-benefício” no procedimento de tomada de decisões jurídica. Com isso, foi possível desenvolver uma aproximação, em termos de linguagem, da teoria jurídica com os economistas permitindo, ainda, “recorrer ao aparato analítico destes para examinar e quantificar os efeitos do direito.”³⁹ (PACHECO, 1994, p. 28).

Com a progressão temporal, o intuito do movimento, principalmente a partir de 1960⁴⁰, reside na utilização de construções teóricas, próprias do sistema econômico, na análise e aplicação do Direito. Outro autor que é considerado como um dos precursores da AED é Guido Calabresi. Em seus trabalhos procurou empregar a Teoria Econômica para examinar a amplitude que as significações da distribuição de risco podem ter (PACHECO, 1994). Calabresi foi o responsável pela introdução do conceito de justiça distributiva à Análise Econômica do Direito. Essa utilização tem sido observada em especial no cenário norte-americano.

A aplicação da Análise Econômica é observada na prática jurídica, em situações como a desregulamentação dos serviços de telecomunicações, assim como o de transportes e também a reforma do Direito Criminal em 1984. Com isso observa-se que movimento ganhou força na segunda metade do século XX em função de três motivos, quais sejam,

a) a construção de um estatuto teórico específico (Coase, Becker, Calabresi e Posner, dentre outros); b) proeminência do discurso neoliberal; c) imbrincamento entre as tradições do *civil law* e do *common law*. (ROSA; LINHARES, 2009, p. 56).

Nos últimos trinta anos do século XX, a relação entre direito e economia sofreu alterações de modo que, atualmente, consoante Posner (2007), a relação consiste na aplicação da economia em praticamente todos os campos do Direito.

Nesse período, os estudos e pesquisas a respeito da Análise Econômica do

³⁹ No original: “ recurrir al aparato analítico de estos para examinar y cuantificar los efectos del derecho.”

⁴⁰ Outro artigo que foi muito importante no desenvolvimento da Análise Econômica foi o “**Some Thoughts on Risk, Distribution and the Law of Torts**”, publicado em 1961, na *Yale Law Review*, por Guido Calabresi.

Direito têm crescido substancialmente, não apenas nos Estados Unidos, onde “a partir da década de 1980, pelo menos um economista fazia parte do corpo docente das mais conceituadas escolas de Direito [...]” (COELHO, 2007, p. 01-02), mas também em vários outros países, inclusive no Brasil, como por exemplo, na Universidade de São Paulo (USP), assim como na Universidade de Brasília (UNB) e na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais onde nos cursos de pós-graduação em Direito, existem disciplinas na área da Análise Econômica do Direito. (Coelho, 2007).

Para o movimento da Análise Econômica do Direito, este, o Direito, estaria segundo Rosa e Linhares (2009) situado em uma fase pré-científica, sem condições, portanto, de conseguir a adaptação na

nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Estado de Bem-Estar Social, em uma verdadeira ciência, racional e positiva mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico. (ROSA; LINHARES, 2009, p. 57).

A Análise Econômica do Direito sustenta algumas proposições. A primeira delas implica na observância de uma conformidade das leis jurídicas com as leis da economia. Obviamente que essa conformidade não é absoluta, mas deve existir. A segunda proposição, talvez a mais delicada, está relacionada à colocação do ordenamento jurídico à disposição das relações que envolvem a produção, isto é, o Direito deve proporcionar uma otimização da geração de riqueza e, conseqüentemente, a maximização dos lucros. A terceira proposição implica em uma postura na tomada de decisões. Para os adeptos da AED, o individualismo metodológico deverá preponderar nos pronunciamentos decisórios, isto é, as discussões que envolvam uma coletividade devem ser entendidas como resultantes de uma associação de preferências individuais.

Além disso, alguns conceitos são importantes para a compreensão do pensamento da AED. O primeiro deles está relacionado ao conceito de equilíbrio (*equilibrium*). Equilíbrio “significa um ponto estável, um ponto onde não existe nenhum incentivo para que os vendedores alterem tanto o preço, quanto a produção, exceto se as condições de demanda e da oferta sejam alteradas.” (POSNER, 2007b, p. 08). O segundo termo é a “renda”, que pode ser entendida como uma diferença (em termos positivos), entre os ingressos totais e os custos de oportunidade totais. Outra

consideração importante consiste na tendência de que os recursos sejam direcionados para o seu uso de forma mais valiosa. Ver-se-á, a seguir, que o mercado possibilita isso, pois, permite a troca de modo voluntário.

A discussão, a partir de um enfoque econômico, ganha contornos de fundo monetário, de modo que o objetivo a ser buscado consiste na maximização dos recursos marcados pela finitude. (Caliendo, 2010). Tudo passa por uma análise a partir dos efeitos de determinadas medidas/decisões. Desconsidera-se, portanto, os direitos em si em prol de uma prevalência das razões estatais, muitas vezes ligadas às questões econômicas, levando-se em consideração a presença dos cursos marginais (*marginal effects*), isto é, uma medição do “nível de proteção a ser conferido a determinado direito fundamental com base nas conseqüências advindas de sua proteção.” (CALIENDO, 2010, p. 182).

Segundo Posner (2007b), A abordagem econômica do direito admite dois aspectos: o **positivo**, segundo o qual o direito poderia ser entendido a partir da maximização da riqueza (critério econômico, portanto) e procura de benefícios (rent-seeking), ou seja, o “impacto das normas jurídicas no comportamento dos agentes econômicos, aferido em face de suas decisões” (ROSA; LINHARES, 2009, p. 57), e, ainda, o **normativo**, a partir do qual se procura adaptar o direito às disposições da maximização da riqueza, isto é, quais as vantagens (ganhos) das normas jurídicas em face do <<bem-estar social>>, cotejando-se as conseqüências.” (ROSA; LINHARES, 2009, p. 57).

Posner aponta duas críticas que são feitas ao aspecto positivo:

a primeira diz que o modelo econômico de comportamento humano está errado, é que a ciência econômica é uma impostura. A segunda diz que o estudo apropriado da economia é uma atividade mais de mercado do que independente do mercado. (POSNER, 2007a, p. 486-7).

No caso da primeira crítica, Posner desenvolve um raciocínio sustentando que a economia, embora seja consideravelmente fraca em relação às ciências naturais, representa a mais forte dentre as ciências humanas. A economia aborda os fenômenos que pretende explicar destinando uma profunda confiança

no cálculo para a formação de seus modelos [sendo que] a economia se assemelha à física newtoniana. Essa semelhança enfatiza a confusão da crítica comum à economia, que a vê como 'reducionista' ao procurar usar modelos matemáticos para descrever o comportamento social humano. (POSNER, 2007a, p. 491).

Mas, Posner continua defendendo a Análise Econômica,

A economia do direito pode muito bem ser um campo fraco, compartilhando a fragilidade geral da economia e outras fragilidades que lhe são específicas. Contudo, será forte a psicologia do direito? A Sociologia do Direito? A antropologia jurídica? A filosofia do direito como teoria positiva do direito? Esses campos de estudos interdisciplinares, além de outros que aqui poderíamos citar, são mais antigos do que a Análise Econômica do Direito, mas ainda assim são candidatos mais fracos a um papel de liderança na configuração de uma teoria positiva do direito. (POSNER, 2007a, p. 493).

Um alerta importante feito pelo autor está relacionado ao entendimento da Economia como ciência que estuda os mercados. Conforme destaca Posner (2007b), a ênfase é sobre o mercado, mas a Economia não estuda apenas os mercados, como alguns possam imaginar. E não somente a Economia estuda os mercados. A Sociologia, por exemplo, também aborda o mercado em suas pesquisas. Ela, a Economia, ajuda a encontrar respostas para situações do mercado, mas não tem, segundo Posner, a “missão predestinada de esclarecer todos os mistérios do mercado.” (POSNER, 2007a, p. 495).

No caso do pesquisador da Análise Econômica, Posner entende que

o economista é uma pessoa que atua na área da economia e, se ele desenvolver esta atividade sem um diploma (talvez por ser advogado e estar cansado da formação acadêmica) ou em colaboração com alguém que tenha tal diploma, ele continuará atuando na área da economia: uma economia que talvez seja menos elegante, menos refinada [...], mas não necessariamente menos capaz de aumentar nosso conhecimento do direito ou de outra atividade independente do mercado. (POSNER, 2007a, p. 496).

Nesse sentido, o Direito estaria fundado em uma racionalidade econômica, a partir de bases como o valor e a eficiência. Na visão econômica, o Direito deve buscar a maximização dos resultados, com a finalidade de minimizar e até mesmo extinguir, os custos sociais, as externalidades e os desperdícios (desaproveitamento). Segundo Posner (2005), a ambição desse enfoque da Análise Econômica do Direito sustenta que

a utilidade do Direito é “facilitar a operação dos mercados livres e, em áreas onde os custos de transação no mercado são proibitivos, ‘imitar o mercado’, estabelecendo o resultado que seria esperado se as transações neste forem factíveis.”⁴¹ (POSNER, 2005, p. 08).

Com essa finalidade, alguns estudiosos da Universidade de Chicago passaram a estudar, a partir de uma ótica econômica, vários campos do Direito. Um desses estudiosos é Gary Becker, que sustentou a utilização da “teoria neoclássica de preços para explicar questões jurídicas, tais como de discriminação racial, organização familiar e prevenção de crimes.” (COELHO, 2007, p. 07). Em outras palavras a economia seria pertinente em outras áreas além daquela do mercado, áreas como, v.g., a caridade e o amor.

Outro estudioso já citado, cujo pensamento será analisado no presente trabalho, é Richard Posner. A partir da análise das obras de Posner, em especial a obra intitulada “**Economics Analysis of Law**”, percebe-se a sua intenção de expandir a Análise Econômica para todos os campos do direito. Nesse sentido é que se verifica na introdução do livro acima mencionado a amplitude da incidência das análises do autor, amplitude esta que ultrapassa os campos da responsabilidade civil e do direito de família⁴², alcançando esferas ligadas ao direito criminal, opções religiosas e uso de entorpecentes.

Mas, a partir de qual cenário a Análise Econômica do Direito parte para a discussão e análise do Direito? Em outras palavras, qual outra ordem seria levada em consideração para compreensão do Direito? Para os adeptos da AED, seria a liberdade de mercado que “produz sempre vantagens, pois os contraentes, se decidem negociar, em geral ganham ambos com isso, pelo menos do seu ponto de vista e segundo as suas expectativas.” (HESPANHA, 2007, p. 201). E qual a relação, portanto, entre o direito e o mercado? Segundo Hespanha (2007, p. 201),

as conseqüências [...] são que, a menos que haja prejuízo para terceiro, a negociação no mercado deve ser fomentada pelo direito (e não impedida,

⁴¹ No original: “[...] es facilitar la operación de los mercados libres y, en áreas en donde los costos de transacción en el mercado son prohibitivos, ‘imitar al mercado’, estableciendo el resultado que podría esperarse si las transacciones em él fueran factibles.”

⁴² Abordagens tradicionais nos trabalhos de Posner.

limitada ou dificultada, tornada onerosa) [...]. A intervenção do direito haveria de ser mínima e, nesse mínimo, imitando as normas do mercado.

O mercado, na ótica de Hayek é considerado como uma “ordem espontânea catalisadora” (ROSA; LINHARES, 2009, p. 42), responsável pela satisfação “do maior número de fins individuais mediante a criação de meios para o fomento da riqueza através da proteção da liberdade e da propriedade.” (ROSA; LINHARES, 2009, p. 42).

Conseqüentemente, o Direito, a preocupação com o interesse público e o arcabouço coercitivo estariam direcionados para a “manutenção da ordem espontânea representada pelo mercado.”⁴³ (ROSA; LINHARES, 2009, p. 42). Essa manutenção é importante, na visão econômica, pois, o mercado contém “falhas”, como as externalidades, que atrapalham, diretamente, a eficiência. O Estado, através do Direito, deve intervir para buscar a correção das falhas observadas. Isso permitiria que o Mercado de forma espontânea “atingisse de volta o seu ‘equilíbrio natural’. É o Estado na condição de sócio preferencial do Mercado, especialmente pelo uso da ‘força’” (ROSA; MARCELLINO JR., 2009, p. 181).

No entanto, se for admitida uma preocupação com a norma visando a institucionalização do mercado estar-se-á diante de um grande problema para a manutenção do Direito adequado a um Estado Democrático.

O jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin (1978) desenvolve várias críticas a respeito dessa abordagem econômica do direito. Será que o ordenamento jurídico deveria considerar a riqueza como o grande motivo da norma? Provavelmente a justiça não seria importante nessa visão, visto que o homem, enquanto busca a maximização de seus interesses, não se preocuparia com questões relacionadas à idéia de justo ou mesmo equânime. Basta verificar que o mercado implica em uma distribuição desigual de recursos, ou seja, a distribuição é pautada “em quem ‘tem a sorte’ de possuir as capacidades e recursos necessários para satisfazer os seus desejos[...]”. (HESPANHA, 2007, p. 215).

Além disso, os desfavorecidos, aquela parcela da comunidade esquecida por muitos, em um cenário dominado pelo mercado, provavelmente tem a “vontade de

⁴³ Hayek atribui ao Judiciário um papel mais ativo por meio dos pronunciamentos decisórios. Seriam eles, os pronunciamentos, responsáveis pela manutenção da ordem espontânea consubstanciada no “melhor interesse do mercado”.

pagar” limitada pela “possibilidade de pagar”, o que aumenta ainda mais o problema envolvendo a efetivação dos direitos sociais. O mercado não recepiona a todos, além do que nem todos os “valores” são passíveis de apreciação mercadológica.

2.2 – A proposta de Richard A. Posner: a eficiência econômica

O movimento Direito e Economia encontra em Richard Posner um de seus expoentes. Richard Posner exerce um notório papel no cenário jurídico, tanto norte-americano como mundial. Além de ser um importante juiz federal, é um estudioso de grande conhecimento jurídico e técnico. Ex-assessor de William Brennan Jr., da Suprema Corte Norte-Americana, foi nomeado juiz federal para a Corte Federal de Apelações da Sétima Região, no ano de 1981, pelo então presidente Ronald Reagan. Foi presidente desta Corte de 1993 a 2000. Atualmente, além de juiz, é professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago.

O pensamento de Posner se enquadra no pragmatismo contemporâneo, que conta com nomes como Thomas Grey, Daniel Farber, Philip Frickey e Martha Minow. Para estes pensadores, as regras de cunho jurídico devem ser compreendidas a partir de uma visão instrumental. No desenvolvimento de suas idéias, Posner foi influenciado pelos escritos de Ronald Coase em especial no que diz respeito à questão dos custos mercadológicos. Posner (2007b) observa que se tais custos não existirem, as operações privadas atingirão a forma eficiente, inclusive, deixando de considerar a questão da atribuição inicial de direitos.

Mas, em termos de operações mercadológicas, tais custos muitas vezes existem o que resulta na dificuldade de uma distribuição eficiente. Como veremos, o Direito, nesse sentido, funciona como o responsável pela minimização dos custos de transação.

Posner acredita na possibilidade de se aplicar as especulações e as técnicas empíricas da economia para a instituição do sistema jurídico. Nesse sentido procurar-se-á, a partir de uma reflexão crítica sobre o pensamento de Posner verificar a sua inadequabilidade quando a discussão orbita a efetivação dos direitos sociais.

Através de seu Manifesto Pragmático, constante da obra **Problemas de Filosofia do Direito**, Posner sustenta que a base para o pronunciamento decisório de um Juiz deve estar pautada em uma relação de custo benefício. Ele traça as linhas basilares da Análise Econômica do Direito em sua obra **Economic Analysis of Law**, publicada pela primeira vez em 1973, obra que será “determinante na consolidação da AED por vários motivos.”⁴⁴ (PACHECO, 1994, p. 30), dentre os quais destacam-se “a demonstração por parte do autor de que a análise econômica era um teoria apta para realizar uma explicação global dos diversos aspectos do ordenamento jurídico.”⁴⁵ (PACHECO, 1994, p. 30).

A partir do desenvolvimento da obra de Posner, observa-se que o juiz deve sempre buscar (no *Common Law*), ao decidir casos de maior complexidade, a maximização da riqueza. Em relação a este conceito, Posner entende que a riqueza é entendida como a reunião

[...] de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: preços ofertados (o que as pessoas se dispõem a pagar por bens que ainda não possuem) e preços solicitados (o que as pessoas pedem para vender o que possuem). (POSNER, 2007b, p. 477).

Para este autor, o papel do juiz é o de garantidor da eficiência no que diz respeito à destinação de direitos para os envolvidos em uma relação jurídica. Todavia, o que vem a ser a eficiência a partir de Posner? Poder-se-ia sustentar uma defesa “com” Posner a respeito da eficiência?

Estudar a eficiência em autores como Richard Posner exigirá uma pressuposição, qual seja, as premissas do individualismo metodológico, assim como a racionalidade maximizadora, elementos constitutivos do desenvolvimento da Análise Econômica. (Coelho, 2007).

Em termos de conceituação da eficiência, uma das definições mais disseminadas é resultante dos estudos de Vilfredo Pareto⁴⁶. Para Pareto, a eficiência pode ser

⁴⁴ “[...] es determinante em la consolidación del AED por varios motivos.”

⁴⁵ “[...] la demostración por parte del autor de que el análisis económico era una teoría apta para realizar una explicación global de los diversos aspectos del ordenamento jurídico.”

⁴⁶ Pareto (1848-1923) foi responsável pelo desenvolvimento de uma vertente da Teoria Econômica do Equilíbrio da concorrência perfeita.

compreendida em moldes estatísticos “como sendo um ponto de equilíbrio no qual não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos outro agente econômico.” (COELHO, 2007, p. 12). Essa definição será importante para a compreensão da noção de mercado, pois,

O “paretonismo” fornece uma medida para aumentos marginais na utilidade ou bem-estar. A situação B é “pareto-superior” à situação A, se na situação B ao menos um dos envolvidos está em situação melhor e nenhum está em situação pior. Uma situação “pareto-ótima” vislumbra o fim de uma possível cadeia de mudanças pareto-superiores na qual não haja situação subsequente em que uma das partes estaria melhor sem que as demais estivessem pior. [...] Dito de outra maneira, ninguém fica de fora. (GUEST, 2010, p. 226).

A utilização do termo de eficiência nos moldes do Ótimo de Pareto é muito austera, além de ter pouca aplicabilidade “no mundo real.” (POSNER, 2007b, p. 12). Isso porque, em mencionado mundo existem situações onde o “paretonismo”, na situação de pareto-superiores, será raramente observado pelo fato de que, geralmente, existirá um terceiro envolvido na relação (em face de A ou B) que sairá prejudicado, como por exemplo, “o negociante que é deixado de fora da transação entre A e B. (GUEST, 2010, p. 226).

O termo “eficiência” (*efficiency*), quando é utilizado por Posner no livro **Economics Analysis of Law** tem o intuito de exprimir a atribuição de recursos que maximiza o valor. Esse conceito se nos apresenta limitador se o considerarmos, nas palavras de Posner, “como um critério ético de tomada de decisões sociais.” (POSNER, 2007b, p.11).

Posner, ao abordar a eficiência explica que esse conceito é denominado de “conceito Kaldor-Hicks de eficiência, ou maximização de riqueza.”⁴⁷ Este conceito também é denominado de “superioridade potencial de Pareto: os ganhadores poderiam compensar aos perdedores, embora não o façam efetivamente.” (POSNER, 2007b, p. 12, tradução nossa).⁴⁸

Entretanto a aplicação do conceito de Kaldor-Hicks contém um problema, pois não existe uma preocupação com quem é deixado em pior situação. No caso da

⁴⁷ No original: “*Kaldor-Hicks concept of efficiency, or wealth maximization.*”

⁴⁸ No original: “potential Pareto superiority: The winners could compensate the losers, whether or not they actually do.”

presente pesquisa, em termos da efetivação dos direitos sociais, seria equivalente mencionar que determinada decisão seria considerada “maximizadora de riqueza” se a quantidade de riqueza criada pela decisão for satisfatória para compensar quem ficou com uma parcela menor de riqueza depois da decisão. (Guest, 2010).

Nesse sentido, o seguinte exemplo (Guest, 2010) é bastante elucidativo: pensamos em um fábrica que pretende transferir suas instalações para outra cidade com o objetivo de atrair, mediante preços mais baixos, tanto mão de obra quanto terrenos. A cidade anteriormente sede da fábrica sofrerá prejuízo financeiro; no entanto, a fábrica, assim como o setor empresarial da nova cidade receberão, em termos financeiros, o suficiente para compensar a perda da riqueza daqueles prejudicados com a mudança.

Posner entende que as normas eficientes são aquelas que “procuram maximizar a disponibilidade das partes envolvidas para participar (se manter) no mercado (“willingness to pay”); [...]” (HESPANHA, 2007, p. 205). Nessa orientação, Posner entende que a “Eficiência [...] quer dizer explorar os recursos econômicos de tal modo que a satisfação humana, medida pela disponibilidade somada dos indivíduos para pagar bens e serviços seja maximizadora.” (POSNER *apud* HESPANHA, 2007, p. 208).

A partir de Posner (2007a), observa-se que a análise denominada “custo-benefício” pelos estudiosos da Economia, essencial para a busca da eficiência corresponde à racionalidade meio-fim utilizada pelos filósofos da razão prática. Esta análise é importante inclusive no contexto jurídico. Em razão dessa importância, Hespanha (2007, p. 210) indica uma estruturação a respeito da noção de eficiência pautada em uma análise de custo-benefício. Como primeiro passo,

o decisor político hierarquiza a ordem das preferências de cada indivíduo envolvido na situação, relativamente à sua vontade de negociar (*willingness to pay*) referida a cada uma das várias políticas disponíveis (ou a cada uma das soluções possíveis para o caso *sub judice*), *em função das suas particulares possibilidades de cumprir.* (em itálico no original). (HESPANHA, 2007, p. 210-211).

Na seqüência, o segundo passo (Hespanha, 2007) consiste em uma somação das predileções particulares, resultando daí uma disposição da eficiência levando-se em considerações as várias soluções aceitáveis.

O expoente da Análise Econômica do Direito aponta como possível justificativa para a incursão da economia no direito o fato de “a estrutura implícita de quase todo o raciocínio jurídico é econômica.” (POSNER, 2007a, p. 144).

Mas isso é problemático. Ronald Dworkin, cujo pensamento será estudado no Capítulo 03, afirma que a forma de pragmatismo adotada por Posner

não dá em nada, é vazia, pois embora ele insista em que os juízes devem decidir seus casos de modo a produzirem as melhores conseqüências, não especifica de que modo esses juízes devem decidir quais são essas melhores conseqüências.(DWORKIN, 2010, p. 36).

Além disso, outras críticas, próximas àquela de Dworkin, podem ser apontadas. Dentre elas, a situação que destina aos juízes uma avaliação do “bem-estar”⁴⁹. Mas, é irrefragável a constatação de que os agentes julgadores carecem de maior formação em áreas como a estatística, a psicologia, a economia entre outras áreas. (Hespanha, 2007).

Richard Posner considera a Constituição como “uma espécie de contrato”⁵⁰ que enquanto tal está relacionada com outros contratos. A partir de uma visão econômica, Posner entende adequada a comparação acima apresentada, pois, “um contrato, à diferença de um estatuto, pode ser alterado somente com o consentimento das partes, ou seja, a alteração requer o consentimento unânime e não uma mera preferência majoritária.” (POSNER, 2007b, p. 680).

Outra comparação estabelecida entre o contrato e a Constituição está relacionada à presença de regras flexíveis, assim como de regras gerais. Entretanto, quanto mais geral for determinada disposição e conseqüentemente, mais flexível a sua interpretação, maior será a possibilidade de um desvio por parte do “agente-intérprete” (o Supremo Tribunal Federal, por exemplo), em relação ao que foi estabelecido pelos constituintes.

Se se observar a configuração e a exegese dos Textos Constitucionais, a partir de uma abordagem econômica, essa observação implica uma tensão entre a eficiência e a democracia uma vez que

⁴⁹ Mesmo porque eles deverão atuar como maximizadores desse bem-estar.

⁵⁰ No original: “The Constitution is often discussed as a kind of contract and related to other nonstandard contract [...]”.Com isso, a Constituição seria vista como resultante de um jogo de forças.

A eficiência se maximiza com uma constituição que confia ao governo as medidas de prevenção das externalidades negativas e estímulo das externalidades positivas, e que insiste (na medida do possível) que, dentro de sua esfera restrita, o governo aplique políticas de minimização de custos. (POSNER, 2007b, p. 681).⁵¹

O problema dessa abordagem consiste na observação de que mencionado governo seria limitado e não democrático, visto que nessa ótica existe pouco espaço para a eleição popular. Mas, a linha adotada por Posner considera que

os 'direitos' são mais valiosos em certas mãos ou em certos usos do que em outros, pelo que o direito deve promover a concessão de direitos àquelas capazes de usos mais valiosos desses direitos. Ora, de acordo com o conceito adoptado de 'valor', quem dá mais valor às coisas ou aos direitos, é que está disposto e *pode* pagar mais por eles, dada uma certa distribuição existente de riqueza. Daí que seja normal que a análise econômica do direito favoreça os mais ricos ou aqueles capazes de um uso de recursos mais produtivo ou mais predatório. (HESPANHA, 2007, p. 218).

Segundo Rosa e Linhares (2009), Posner entende que as questões litigiosas advindas da “nova economia” exigem soluções rápidas e que o Judiciário não tem condições de apresentar uma prestação jurisdicional em tempo, em razão da “lentidão dos processos, seja pelo princípio do <<devido processo legal>> [...], seja pela atuação de juízes não especializados em questões do campo econômico” (ROSA; LINHARES, 2009, p. 62). Como resultante disso, observa-se, na visão de Posner, um corolário funesto para o bom desempenho do mercado.

Logo, “ o direito e a economia não são perfeitamente congruentes depois de tudo. Porém isto você já sabia.”⁵² (POSNER, 2007b, p. 750).

⁵¹ No original: “Efficiency is maximized by a constitution that confines government to measures to prevent negative externalities and encourage positive externalities and that insists (so far as possible) that, within its circumscribed sphere, government follow cost-minimizing policies.”

⁵² No original: “So law and economics are not perfectly congruent after all. But you knew that.”

2.3 - A eficiência no *Common Law*: os adeptos do *Law and Economics*

As pessoas buscam maximizar de forma racional as suas satisfações (Medena; Mercurio, 1999). Grande parte das atividades desempenhadas pelos indivíduos, tanto aquelas reguladas pelo ordenamento jurídico, quanto aquelas que ocorrem internamente, representam uma grande área de interesse para o economista.

Segundo Goulart, (2005, p. 160), “o principal referencial adotado pela ciência econômica é a eficiência.” Ela é observada tanto na produção dos bens, como na utilização dos fatores de produção, assim como a distribuição da riqueza na sociedade.

Os juízes, numa abordagem econômica, apresentam uma função dúplice: compreender as negociações dos grupos de interesses que estejam anexadas à legislação e proporcionar o serviço público consistente na solução legítima dos pleitos.

Os magistrados são vistos como agentes responsáveis pela contribuição da maximização da riqueza da sociedade, uma vez que, principalmente no *common law*, contribuem para a elaboração das normas a partir de práticas costumeiras, de outros sistemas jurídicos, assim como de suas próprias concepções. (Posner, 2007a). Isso encontra justificativa na autonomia dos magistrados, com destaque para o sistema jurídico norte-americano. Os juízes estão “em condições muito mais favoráveis do que o legislador para chegar a decisões que correspondam à maximização da ‘eficiência’ das soluções jurídicas.” (HESPANHA, 2007, p. 204).

No capítulo XII da obra **Economic Analysis of Law**, Posner esclarece o significado da expressão “maximização da riqueza”. Ela, a riqueza não representa, pura e simplesmente, uma medida de cunho monetário. Para o autor, a palavra “riqueza” em mencionada expressão está associada à

soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: preços ofertados (o que as pessoas se dispõem a pagar por bens que ainda não possuem) e preços solicitados (o que as pessoas pedem para vender o que possuem). (POSNER, 2007a, p. 467).

Diante disso, Posner apresenta um exemplo no intuito de esclarecer a idéia de “maximização da riqueza”. Assim,

se A estiver disposto a pagar até \$ 100 pela coleção de selos de B, ela vale \$ 100 para A. Se B estiver disposto a vender a coleção de selos a qualquer preço acima de \$ 90, ela vale \$ 90 para B. Portanto, se B vender coleção de selos para A [...], a riqueza da sociedade aumentará em \$ 10. (POSNER, 2007a, p. 467).

Voltando à eficiência, ainda que os magistrados tenham “pouco compromisso com a eficiência, suas decisões ineficientes irão, por definição, impor custos sociais maiores do que aqueles impostos por suas decisões eficientes.” (POSNER, 2007a, p. 483).

Por isso Posner sustenta a busca pela maximização da riqueza como a “melhor justificativa filosófica da atuação do Sistema de Justiça” (ROSA; MARCELLINO JR.; p. 185).

2. 4 - - Afinal, como fica a realidade brasileira? A análise econômica do direito, o *civil law* e os pronunciamentos decisórios a respeito dos direitos sociais e a sustentação em uma relação de custo/benefício

O enfoque da Teoria Econômica leva em consideração aspectos matemáticos e principalmente empíricos. O direito, diferentemente, se desenvolve a partir de um enfoque hermenêutico, não se preocupando com questões ligadas pura e simplesmente aos custos, mas antes, preocupa-se com as situações atreladas à legalidade e legitimidade.

O contato do direito com a economia apresenta muitas peculiaridades e aproximações. Entretanto, segundo Hayek (1973), tanto o direito, quanto a economia (e também a política, ética entre outros) tencionam encontrar uma ordem social adequada o que representa um problema, pois, “em nenhum campo a divisão entre especialidades é mais destrutiva do que entre as duas mais antigas destas disciplinas, a economia e o direito.” (HAYEK, 1973, p. 04).

A respeito do diálogo entre o Direito e a Economia, Luciano Timm apresenta três pontos justificadores. Segundo ele,

em primeiro lugar, porque a Economia é a ciência que descreve de maneira

suficientemente adequada o comportamento dos seres humanos em interação com o mercado, que é tão importante para a vida real em sociedade. Em segundo lugar, porque a Economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico, sendo hoje uma das grandes estrelas dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático e econométrico dos seus modelos. Em terceiro lugar, a Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência no manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas - que é um problema-chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais. (TIMM, 2010, p. 53).

A partir da lógica da Análise Econômica do Direito, apresentada no tópico 2.1, observa-se que os direitos podem ser objeto de valoração em termos econômicos, e que, por isso, mencionada análise seria responsável pelo direcionamento das normas jurídicas (o que implicaria a atividade jurisdicional) visando, com isso, alcançar a eficiência econômica.

Nesse contexto de aproximações entre as instituições jurídicas e os agentes econômicos, o caso do Brasil merece especial atenção, principalmente em razão das modificações introduzidas no Ordenamento Jurídico Brasileiro em nível constitucional.

O Texto Constitucional faz menção expressa ao princípio da eficiência como um dos norteadores da atuação da Administração Pública. Mencionado princípio implica a exigência de que a Administração Pública apresente, de forma satisfatória, os motivos pelos quais não reúne condições de promover determinado Direito Social. Em verdade, o que isso tem significado é justamente a inviabilização da efetivação dos Direitos Sociais, em razão da insuficiência de recursos na Lei Orçamentária.

Observa-se, portanto, que a previsão constitucional do princípio da eficiência, conforme disposição do art. 37 da Constituição Federal⁵³, com redação alterada em razão da Emenda Constitucional n. 19 de 04 de junho de 1998, que dispõe, dentre outros assuntos, sobre os princípios da Administração Pública promoveu uma modificação na orientação relacionada à análise dos Direitos Fundamentais.

Essa Emenda Constitucional abriu caminho para a denominada “Reforma Gerencial do Estado”, ou seja, “em plena era Fernando Henrique Cardoso, com o apoio técnico de seu Ministro-Secretário Bresser Pereira. [...] a ofensiva neoliberal se deu ‘por

⁵³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]. (BRASIL, 2008).

dentro' da estrutura constitucional [...]” (ROSA; MARCELLINO JR., 2009, p. 177).

Obviamente, a pretensão do presente trabalho não é a de desconsiderar a importância da eficiência; afinal, o bem-estar da coletividade, assim como o desenvolvimento econômico do país são consideravelmente aspectos importantes. No entanto, a pretensão é a de sustentar que ela, a eficiência, não é o princípio mais importante e nem pode ser o objetivo a ser buscado pelos juízes.

Todavia, o Judiciário brasileiro constantemente tem sido objeto de críticas pelos neoliberais, por representar um “estorvo” ao crescimento econômico. Segundo Rosa e Marcellino Jr. (2009), aponta-se a deficitária qualidade do Poder Judiciário como uma das razões que impedem que o Brasil alcance o crescimento econômico condizente com a ordem mundial.

Nesse encadeamento lógico, o agente julgador pragmático verificará, na análise de um caso, quais conseqüências devem sobressair a partir do critério da razoabilidade, tomando por norte a eficiência econômica. E essa é uma das questões apresentadas na presente investigação: a preocupação da fundamentação dos pronunciamentos decisórios do agente julgador. Defende-se aqui que a

fundamentação da decisão há de apresentar tal consistência que possa, em tese, convencer racionalmente a parte cuja pretensão não foi acolhida da impossibilidade de se fazê-lo sem ferir a justiça e, portanto, a própria segurança jurídica. (CARVALHO NETTO, 2003, p. 160).

Nessa linha de raciocínio, em termos da efetivação dos direitos sociais, o agente julgador deve observar as especificidades dos casos, principalmente quando considerar a existência do “mínimo existencial”. Em razão da existência de vários direitos sociais, o conteúdo desse “mínimo existencial” terá considerável variação, cabendo ao juiz, quando da apreciação do caso, não somente contextualizá-lo, mas interpretá-lo de forma adequada, visto a necessidade da

extração de alguma conseqüência jurídica em termos de proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e do seu conteúdo essencial, seja ele, ou não, diretamente vinculado a alguma exigência concreta da dignidade da pessoa humana. (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 26).

No cenário brasileiro, a Constituição Federal de 1988 dedicou especial atenção aos direitos sociais, apresentando várias disposições constitucionais a respeito de tais

direitos, conforme vimos no capítulo 01. Além da previsão contida no art. 6º a 11º da CF/88, outros dispositivos dispõem a respeito dos direitos sociais, como o art. 196 e o art. 205, dispositivos estes que abordam a saúde e a educação, respectivamente. Tais direitos, antes vistos, segundo Lopes (2010) em uma ótica privada, visto a possibilidade de sua aquisição no mercado, passam a ser objeto de especial proteção do Estado, integrando o rol dos direitos fundamentais sociais.

Entretanto, não se pode deixar de lado a realidade econômica na qual o Brasil está inserido. Enquanto país “em desenvolvimento”, o Brasil sofreu e ainda sofre consideráveis influências das discussões neoliberais travadas durante o Consenso de Washington, pois,

Com efeito, a globalização do Consenso de Washington nos humilha, nos constrange, nos castiga, nos fere direitos, nos sonega franquias e liberdades como se fôramos a colônia de banqueiros e especuladores onde os régulos do poder subserviente envergonham o país de Rui Barbosa, Artur Bernardes e Getúlio Vargas; país que ontem empunhava com as personalidades do pensamento republicano, [...] com os batalhadores dos direitos sociais a bandeira arriada há pouco pelos globalizadores do neoliberalismo, que desertaram o campo de batalha e capitularam sem honra. (BONAVIDES, 2001, p.147).

Por isso, não basta a previsão constitucional do Estado Democrático de Direito, assim como a afirmação de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa um texto consideravelmente avançado. (Dallari, 2001). A previsão constitucional dos direitos fundamentais sociais, especialmente no atual cenário marcado pela influência da globalização econômica, não garante a sua plena utilização. A Constituição de 1988 tem o grande mérito de promover e proteger a Dignidade da Pessoa Humana. Mas ela sozinha não resolve o problema. Textos sem uma adequada interpretação e coerente aplicação não melhoram a vida das pessoas. A participação popular, a mobilização dos setores da sociedade civil e o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais como inegociáveis são premissas a serem efetivadas no Brasil.

A partir dos argumentos de Antunes Rocha (2001), observa-se que o que está faltando é uma “mudança de postura social no sentido de se determinar que a que se tem [a Constituição Federal, no caso] seja cumprida por todos, especialmente pelos governantes que juraram, ao se assumirem nesta condição, subordinar-se aos seus

comandos.”⁵⁴ (ROCHA, 2001, p. 31).

⁵⁴ Nesse sentido, acredita-se que uma mobilização social de base, pautada em um projeto de educação condizente com o Estado Democrático contribua para isso.

3 – EM BUSCA DE ALTERNATIVAS ADEQUADAS AO ESTADO DEMOCRÁTICO: A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN E A CONTRIBUIÇÃO DE KLAUS GÜNTHER

Para Dworkin (e, creio, para o praticante cotidiano) o direito é uma entidade real, viva, e isso significa que o direito, adequadamente entendido, impõe obrigações morais diretamente para que os indivíduos se conformem a suas exigências.

*Stephen Guest, **Ronald Dworkin**, p. 01)*

No capítulo anterior pesquisamos o surgimento e o desenvolvimento do movimento da Análise Econômica do Direito, com destaque para o pensamento de Richard Posner. Vimos, também, a realidade brasileira no que diz respeito à adoção dos argumentos da Análise Econômica.

Este capítulo tem por finalidade apresentar algumas alternativas para a adequada compreensão da efetivação dos direitos fundamentais sociais. Tais alternativas consistem nas Teorias do norte-americano Ronald Dworkin e do alemão Klaus Günther, sendo que a Teoria de Dworkin será objeto de um estudo mais pormenorizado.

3.1 – A Teoria de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin, nascido em 1931 em Massachusetts, nos Estados Unidos, pode ser considerado um dos mais importantes filósofos do orbe jurídico na atualidade. Despertou primeiramente para a Filosofia, obtendo o seu Bacharelado no Harvard College. Posteriormente graduou-se em Direito pela Universidade de Oxford. Advogado, foi escrevente do famoso juiz norte-americano Learned Hand, tendo iniciado sua carreira como professor em 1962, na Universidade de Yale.

Autor de inúmeras obras, dentre as quais destacam-se “**Law’s Empire**” e “**A**

Matter of Principle⁵⁵, nos dias atuais Dworkin é professor na cadeira de Teoria do Direito na New York University. No histórico, lecionou em outras importantes universidades, como Yale, Oxford⁵⁶ e University College of London. Nos idos do ano de 2007, Ronald Dworkin foi contemplado com o “**Holberg Prize**”, importante prêmio destinado àqueles que prestam importantes contribuições no campo jurídico e filosófico.

A construção teórica desse autor foi influenciada pela tradição política e jurídica do liberalismo norte-americano. Vários pensadores da Teoria do Direito contribuíram para o desenvolvimento do pensamento de Dworkin, dentre os quais mencionamos Herbert L. A. Hart (1907-1992) e John Rawls (1921-2002). Mas, além destes autores, outros pensadores, em especial da filosofia americana do pós-guerra, influenciaram a teoria de Dworkin. Trata-se, por exemplo, de Quine, que “ensinou que a filosofia era praticamente orientada e limitada pela lógica e pela racionalidade.” (GUEST, 2010, p. 13). Outro pensador que merece menção é Bernard Williams (1929-2003), que contribuiu para o progresso das concepções de Dworkin sobre a igualdade e o utilitarismo.

Ainda em termos de influências teóricas incidentes no pensamento de Ronald Dworkin, Gareth Evans (1946-1980) merece destaque. Evans,

capacitado em muitos campos diferentes da filosofia, inclusive a epistemologia e a ética [...] e Dworkin ofereceram [no período 1973-75], uma série de seminários em Oxford sobre o tópico da objetividade no direito e na moralidade [...]. Aqueles seminários foram a bigorna em que muitas idéias foram forjadas. (GUEST, 2010, p. 13).

A teoria de Ronald Dworkin é um trabalho de considerável volume no qual ele tem se debruçado há mais de quatro décadas. Inúmeros trabalhos, artigos, livros foram publicados por Dworkin nesse interregno, sendo que a publicação da Obra “**O império do Direito**”⁵⁷, em 1986, estabeleceu a parte jurídica de sua Teoria.

Dworkin, em razão de sua postura em relação à Teoria do Direito, é um autor que recebe(u) várias críticas, tanto favoráveis, como aquelas desenvolvidas por Stephen Guest (2010), quanto desfavoráveis, como as desenvolvidas por Hart, que

⁵⁵ Traduzidas para o português com os títulos “O Império do Direito” e “Uma questão de princípio”, respectivamente. Tais trabalhos foram publicados no Brasil pela Editora Martins Fontes.

⁵⁶ Em Oxford, Dworkin sucedeu a Hart na cátedra de Teoria do Direito.

⁵⁷ No original em inglês “**Law’s Empire**”.

considerava Dworkin um “nobre sonhador” e as de “Fitzpatrick (1992) [que] chama de ‘criadora de mitos’ a estratégia dworkiniana de conferir unidade sistemática ao sistema e à prática jurídicos” (MORRISON, 2006, p. 495). Através do estudo do seu pensamento, observa-se que o filósofo defende “idéias de equidade, processo legal justo e direitos individuais como aspectos fundamentais da legalidade.” (MORRISON, 2006, p. 496).

Aliás, os pontos de vistas de Dworkin

Estão se desenvolvendo e não estão de forma alguma consolidadas, particularmente suas visões a respeito da natureza da justiça. Contudo, o enorme volume de livros e dissertações que ele produziu, juntamente com a formidável profusão de palestras e seminários proferidos em muitos lugares do mundo, conquistou para ele larga reputação como pensador altamente original, com muitas coisas importantes a dizer. Em resumo [...] sua teoria da justiça é que todos os juízos políticos devem, em última instância, basear-se na injunção de que as pessoas são iguais como seres humanos, independentemente das circunstâncias em que nascem. (GUEST, 2010, p. 07).

E qual seria o objetivo de Ronald Dworkin? Posicionando-se contra concepções como o pragmatismo e o convencionalismo, conforme veremos a seguir, Dworkin objetiva à construção de uma teoria que reorganize, de forma racional, o Direito vigente, permitindo, com isso, um aspecto coeso da sua elaboração, levando em consideração uma principiologia e uma solidariedade⁵⁸ entre os membros participantes daquela comunidade. (PEREIRA, 2001). Isso resulta em um respeito mútuo entre os participantes daquela comunidade, pois, essa construção

Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. [...] os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. (DWORKIN, 1999, p. 254).

Dworkin inicia sua produção nos idos na década de 1960, a partir de escritos analíticos sobre a obra “**O conceito de Direito**” publicada por Herbert L. A. Hart que

⁵⁸ Dworkin menciona postura “fraternal” na obra “O império do Direito” (p. 228). Pelo contexto no qual o autor desenvolve a sua obra sustenta-se mencionada utilização.

considerava o Direito como uma questão que exigia uma análise dos fatos, isto é, o Direito como uma questão de fato. Dworkin não concorda com essa definição baseada em “fatos simples” visto que “não faz sentido falar do direito como simplesmente ‘aí no mundo’. Em vez disso, ele oferece uma descrição interpretativa.” (GUEST, 2010, p. 130). Hart, enquanto representante do positivismo jurídico, definia o Direito como um conjunto de regras primárias e secundárias. (Hart, 1961).

As regras primárias podem ser entendidas como aquelas que fixam direitos e obrigações para uma comunidade política. Segundo Streck (2009a), essas regras seriam aquelas observáveis quando do estabelecimento de alguns direitos, como o direito de propriedade e de liberdade. No que diz respeito às regras secundárias, elas podem ser compreendidas como aquelas que autorizam a elaboração das regras primárias, como, a título de exemplificação, as regras que fixam a competência de determinado órgão estatal. Tais regras (as primárias e as secundárias) seriam diferenciadas das demais ordens sociais a partir do que ele denomina “critério último de validade”, isto é, a “**regra de reconhecimento**”. Enquanto um critério último de validade, mencionada regra é compreendida de forma convencionalmente pressuposta, podendo ser entendida como análoga à Norma Fundamental na Teoria de Hans Kelsen (1881-1973), ou seja, ambas servem para a compreensão do fundamento último de validade do sistema jurídico (Streck, 2009a).

Além desse entendimento, Hart considerava a existência de uma linguagem peculiar, própria ao Direito, cuja inscrição encontrar-se-ia “nas práticas sociais, que, como toda linguagem, comporta regras sobre o uso e o significado de seus termos.” (OLIVEIRA, 2007b, p. 88).

Isso vai explicar, a partir de Hart, um dos grandes problemas do positivismo, qual seja, a possibilidade do agir discricionário. Como em outras linguagens, a linguagem jurídica apresenta uma “textura aberta”. Isso implica na seguinte situação:

Na hipótese de não haver uma regra que preveja o tratamento a ser dado a uma questão objeto de apreciação judicial, entre assumir uma atitude formalista e uma atitude cética em relação ao Direito deve-se reconhecer ao juiz, em certas circunstâncias, o poder discricionário de escolher indiferentemente, entre possíveis decisões, a decisão a ser tomada. (OLIVEIRA, 2007b, p. 88).

Tomando por base a construção de Dworkin, podemos observar que a dualidade entre as perspectivas externa e interna do Direito em Hart, assim como a distinção entre “ser obrigado” (*being obliged*) e “ter uma obrigação” (*having a obligation*), que não têm condições de compreender o significado das práticas jurídicas para os que estão relacionados naquele contexto, pelo fato de desconsiderar, segundo Oliveira (2007b), o ponto de vista dos envolvidos em mencionadas práticas.

Dworkin contrapõe-se ao positivismo que sustentava a possibilidade do agir discricionário por parte do agente julgador em razão da diversidade de decisões possíveis.

Mas, além do positivismo, o jusfilósofo também se contrapõe com a tradição realista, “que advoga uma teoria do direito ‘sem direitos’, segundo a qual as decisões em nada se ligariam ao passado de uma comunidade jurídica, mas tão-somente a um futuro a ser projetado politicamente a cada nova decisão [...]”. (OLIVEIRA, 2007b, p. 87).

Para trabalhar a coerência de princípios, Dworkin lança mão da interpretação construtiva. Ressalte-se que o desenvolvimento da noção de interpretação integra um momento relativamente tardio no desenvolvimento do seu pensamento. Verifica-se que “a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imaginam que pertençam.” (DWORKIN, 1999, p.64). Para isso, o filósofo lança mão do “romance em cadeia” (**chain novel**), entendido como um encadeamento de idéias, trabalhado em sua obra **“Uma questão de Princípio”** (1985), no capítulo 06 intitulado “De que maneira o Direito se assemelha à Literatura”⁵⁹.

Essa teorização, a do “romance”,

ilustra um processo de aprendizado social subjacente ao Direito como prática social interpretativa, um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reflexivamente construída à luz dos princípios jurídicos de moralidade política que lhe dão sentido. (OLIVEIRA, 2007, p. 89).

Um esclarecimento, neste momento, sobre a moralidade em Dworkin é cabível.

⁵⁹ Este texto foi publicado, pela primeira vez, em 1982 na revista *Critical Inquiry*.

Dworkin sustenta uma extração de sentido moral do direito (Guest, 2010), deixando, ao longo de seus escritos transparecer a conclusão de que a moralidade se nos apresenta como o ponto fulcral da sua Teoria moral e política. Para Dworkin, a moralidade “baseia-se no que podemos chamar de seu princípio fundamental (*foundational*), o de que as pessoas devem ser tratadas com igual consideração e respeito.” (GUEST, 2010, p. 17).

A compreensão do Direito pode ser melhorada “comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura.” (DWORKIN, 2001, p. 217). De acordo com Dworkin, para que a comparação entre a interpretação literária e a jurídica seja proveitosa, aquela precisa ser considerada em determinada perspectiva. O que importa na interpretação artística não é necessariamente o significado do texto, isto é, o que o autor procurou transmitir com a utilização de determinados elementos lingüísticos, mas, as teses que subjazem a isso, indicando uma interpretação que considere a obra como uma totalidade. (DWORKIN, 2001).

De acordo com Dworkin, o romancista quando recebe uma obra já iniciada para que ele dê continuidade aos seus capítulos, deve observar o que já foi produzido textualmente. Mas há uma obrigatoriedade nesse procedimento: a criação deve ocorrer da melhor maneira possível. Isso resultará na visualização da obra como sendo resultado da elaboração de um único autor.

No entanto, segundo Guest (2010), essa construção em cadeia não ocorre de forma plenamente harmoniosa. Observa-se a existência daquilo que ele denomina “as limitações de ajuste” de capítulo para capítulo, verificando-se um crescimento de tais limitações conforme o desenvolvimento dos capítulos. Questões como “nome de personagens, [...] linguagem [...] e enredo [...] algo que é exigido no início e, assim, a criatividade posterior é limitada pela sua aceitação [...]” (GUEST, 2010, p. 52).

Quanto a isso, Dworkin entende que a questão do “ajuste” é uma questão de ajuste em si mesma. Exemplo disso é, ainda com Guest (2010), a própria idéia do “romance”. Não existiria, por exemplo, nenhum problema, embora pareça improvável visto a contratação conjunta dos autores, em interpretar a primeiro capítulo como sendo integrante de uma ficção científica, ou um drama policial, talvez até uma comédia.

Assim como “[n]esse estranho exercício literário”, a decisão dos casos difíceis, a partir de Dworkin, segue a mesma idéia, ou seja, cada juiz atua como um romancista tendo o compromisso de ler tudo o que os outros julgadores desenvolveram no passado. Ele, o juiz, deve interpretar o que foi decidido anteriormente, pois ele “tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.” (DWORKIN, 2001, p. 238).

Desse modo no direito,

os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.(DWORKIN, 1999, p. 305).

Embora ressaltado no capítulo 0 que a construção do “romance em cadeia” esteja melhor adequada à tradição do *Common Law*, sua abordagem pode ser transposta para a realidade brasileira, visto que, em termos de um Estado Democrático de Direito, e sob as exigências de uma hermenêutica constitucional (Carvalho Netto, 2004), exige-se “do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a texto, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira [...]” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 44).

Mas esse exercício não parece fácil. E de fato não o é. É aqui que tem guarida outra criação de Dworkin, a do juiz **Hércules**. Hércules se nos apresenta como um agente julgador que adota a integridade no Direito. Este juiz leva em consideração os pronunciamentos históricos como integrantes de uma vasta história. Aliás, cabe ao juiz Hércules dar continuidade ao romance, lançando mão da integridade, pois, ela é a única que oferece uma explicação plausível para a adequabilidade da *práxis* jurídica.

Conforme o seu criador,

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. (DWORKIN, 2002, p. 177).

Embora Dworkin tenha desenvolvido a construção mítica do juiz Hércules para justificar a “relevância e a grandiosidade do modelo de prestação jurisdicional” (PEREIRA, 2001, p. 155), ele não “transforma o seu ‘juiz Hércules’ em um juiz solipsista e tampouco em alguém preocupado apenas em elaborar discursos prévios, despreocupados com a aplicação (decisão). Hércules é uma metáfora [...]” (STRECK, 2009a, p. 106). O objetivo de sua construção é o de apresentar a plausibilidade de controle do “sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules se quer dizer que não é necessário, para superar o sujeito solipsista da modernidade, substituí-lo [...]” (STRECK, 2009a, p. 106).

Mas nem todos entenderam a metáfora de Dworkin. Um de seus críticos, Frank Michelman (1936-), por exemplo, sinalizou um provável isolamento de Hércules, como também, “uma presumida desconsideração, por Dworkin, do caráter coletivo e dialógico das construções jurisprudenciais.” (OLIVEIRA, 2007, p. 89).

Nesse sentido Guest estabelece um paralelo entre a construção “ideal” do juiz Hércules e “a idéia de um economista do mercado perfeito” Está é, “de maneira semelhante, um ideal. Nós julgamos as imperfeições do mercado no mundo real por referência ao ideal sem sentirmos que há necessidade de dizer que há mercados perfeitos no mundo real. Então por que deveríamos ficar incomodados com o fato de uma pessoa tal como Hércules não existir?” (GUEST, 2010, p. 51).

Observa-se, então, que “os juízes tem obrigação de fazer cumprir os direitos constitucionais até o ponto em que o cumprimento deixa de ocorrer nos interesses daqueles que os direitos deveriam proteger.” (DWORKIN, 1999, p. 467).

Com isso, a teoria de Ronald Dworkin fornece uma nova compreensão do Direito. O Direito passa a ser entendido como uma prática argumentativa e interpretativa, que exige uma postura auto-reflexiva, fraterna e também construtiva, pois, tem por intuito o erigir de um futuro melhor visto à luz dos princípios.

Quando se nos apresenta o problema de uma relativização da efetivação dos direitos sociais em razão de sua análise econômica, de modo que eles tenham por escopo uma função utilitária em um cenário de neoliberalismo, observar-se-á a incompatibilidade da utilização do critério da eficiência econômica, conforme veremos

no próximo capítulo. Por ora, para contradizer a adoção da eficiência como critério sustentador para a efetivação dos direitos sociais, apresentaremos a proposta de Ronald Dworkin, a do Direito como **Integridade**, que representa uma hipótese de incidência apta a contribuir para a análise de mencionado problema, pois, conforme visto, Dworkin sustenta a possibilidade de se falar em uma única resposta correta nos casos submetidos à análise pelos agentes julgadores e assim sustentá-la ao longo dos anos. E isso se nos apresenta possível, por meio da denominada virtude da integridade.

A partir da leitura dos escritos de Dworkin, é possível classificar a integridade em dois sentidos: um princípio legislativo⁶⁰ e também um princípio adjudicatório (*principle of integrity in adjudication*), ou seja, uma integridade direcionada para a atividade legiferante e outra para a atuação jurisdicional. No primeiro sentido, ele “diz aos legisladores que simples barganhas entre justiça e imparcialidade estão erradas [...]” (GUEST, 2010, p. 51). Ou seja, um legislativo que tenha por intuito a criação de seu arcabouço jurídico sem observar a coerência de outros direitos, ou mesmo que auspicie objetivos políticos mediante a realização, portanto, de acordos “arbitrários” que resultem em privilégios para alguns, não observa o tratamento de igual respeito e consideração.

Já o segundo sentido é direcionado aos juízes e aos advogados, exigindo que ambos “façam suas decisões e argumentos se integrarem ao corpo do direito existente.” (GUEST, 2010, p. 51). Ou seja, impõe-se que a aplicação das leis, dos conceitos antecipados e das posições dogmáticas, parta da pressuposição de que cada uma dessas encontre justificativa em uma composição mais abrangente.

Com isso, a Integridade enquanto princípio

requer dos nossos juízes, à medida que isso for possível, que tratem do nosso presente sistema de padrões públicos como de um sistema que expressa e respeita um conjunto coerente de princípios, e isso de tal maneira que interpretem esses padrões para encontrar padrões implícitos sob os padrões explícitos. (DWORKIN *apud* GÜNTHER, 2004, p. 410).

A Integridade relaciona-se com outros princípios importantes, “como lealdade, justiça e devido processo (*due process*): e isso, como a virtude de lidar coerentemente com estes princípios, expressa-se na máxima de tratar casos iguais de modo igual.”

⁶⁰ Na presente pesquisa atribuir-se-á maior ênfase à Integridade na Jurisdição, o que, todavia, não exclui o reconhecimento da importância da Integridade na Legislação.

(GÜNTHER, 2004, p. 407).

Dworkin desenvolve a **Tese da Única Resposta Correta**, partindo do pressuposto da reconstrução do Direito Moderno, onde a sociedade democrática é compreendida como uma “comunidade de princípios” (*principled community*). Seu entendimento consiste na visão conjectural de que o Direito não está reduzido a uma conjugação de regras que foram estabelecidas através de convenções pretéritas, nem tampouco se “dissolve em diretrizes políticas a serem legitimadas em razão de sua eficácia ótima.” (OLIVEIRA, 2007b, p. 88). Dessa forma, Dworkin promove uma quebra de conexão com duas vertentes exauridas: a versão positivista, tanto de ciência quanto de Teoria do Direito, como também com o próprio paradigma positivista de Direito. (Oliveira, 2007b).

A “resposta correta”, a partir de Dworkin,

Não é algo dado, mas construído argumentativamente. A sua elaboração sugere a analogia da prática jurídica com o exercício literário [...] consubstanciando a idéia da *chain of law*, a qual constituir-se-á no *turning point* para a consideração do direito como um conceito interpretativo. (CHUEIRI, 1995, p. 68).

Por meio de sua Teoria, sustenta que o Direito como Integridade contraria as intenções factuais retroativas do Estado ou a instrumentalização de interesses ultrativos do pragmatismo. Para Dworkin (1999) o direito, enquanto integridade, considera tanto as interpretações pretéritas, quanto aquelas que estão por vir. Ou seja, Dworkin rejeita tanto o convencionalismo, que entende que a melhor interpretação é aquela feita pelos agentes julgadores, que descobrem e aplicam as convenções legais especiais, como também o pragmatismo, no qual os juízes são os grandes responsáveis pela edificação de um futuro melhor. Estão inseridos, neste último, os adeptos da Análise Econômica do Direito, com destaque para Posner. Observa-se, no caso do pragmatismo uma indeterminação do Direito, modificado em ferramenta para a realização de uma felicidade “diferida e aplicável pelos juízes apenas na medida em que otimizem esse objetivo.” (PEREIRA, 2001, p. 136).

O pragmatismo parte de uma desconsideração dos pronunciamentos decisórios que foram tomados no passado, não levando em consideração os princípios que

alicerçam a sociedade. Dentre os argumentos do pragmatismo, existe aquele segundo o qual os juízes devem agir “como se” os indivíduos possuíssem algum direito, pois, essa compreensão pode resultar, em um porvir, em benefícios para a sociedade. Mas isso representa, em verdade, um estratagema do pragmatismo.

Sobre isso,

o pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor. Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita tudo aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o Pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes. (DWORKIN, 2003, p. 195).

Entretanto, a bem da verdade, e com Dworkin, “o pragmatismo provoca a autodestruição onde quer que apareça: oferece conselhos que nos diz para não acatar.” (DWORKIN, 2010, p. 55).

Dworkin, a respeito da Integridade e do deslocamento temporal do direito, dirá que

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...], em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. (DWORKIN, 1999, p.274)

Dessa maneira, a “integridade do direito”, nos termos desenvolvidos por Dworkin, ou seja, aquela que promove um retorno tanto para o passado, assim como um olhar para o futuro, contribuirá para a diferenciação estabelecida entre

“Densificação” e *descumprimento* dos princípios fundamentais, especialmente mediante a capacidade e a sensibilidade do intérprete de, no processo de densificação e concretização das normativas, diante de uma situação concreta de aplicação, impor normas que se mostrem “adequadas” para reger essa situação de modo a dar pleno curso ao Direito em sua integridade, a reforçar a crença na efetividade da comunidade de princípios. (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2009, p. 97).

Não se trata de uma decisão que vise ao aumento da riqueza social, mas antes, uma decisão pautada na análise do *Sistema de Direitos*⁶¹ da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas, mediante a liberdade relacionada à vontade do indivíduo assim como a igualdade do seu agir no que diz respeito aos discursos de aplicação e também nos discursos de justificação quando da abordagem das normas jurídicas no discurso. (GALUPPO, 2002, p. 206). Conseqüentemente, o direito restará legítimo se permitir a igualdade de intervenção de todos no discurso jurídico, de modo que o provimento final não seja uma questão política de cunho econômico e sim uma questão de princípio decidida por uma comunidade de intérpretes/participantes do direito.

Na afirmação de que ao aplicador do Direito cabe a observação, não somente das regras, mas também dos princípios, a contribuição de Dworkin sobre essa importante discussão merece destaque. Já por volta de 1967, Dworkin publica um artigo intitulada “**O modelo das Regras**”, dirigindo, mais uma vez, suas críticas ao pensamento positivista de Hart. Com Dworkin podemos encontrar, na argumentação jurídica os denominados padrões (*standards*) que são subdivididos em três espécies: as regras (*rules*), os princípios (*principles*) e as políticas. A partir disso, Dworkin assume a tarefa de justificar “completamente” todos os argumentos concebíveis. Não somente isso, pois, “no fim do dia ele quer a melhor justificação possível para tomar uma decisão que afeta as pessoas.” (GUEST, 2010, p. 16).

A partir disso, a política pode ser entendida “como um tipo de padrão que estabelece um objetivo social a ser alcançado, como por exemplo, a promoção do crescimento econômico” (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 248).

Os princípios, diferentemente, são entendidos como “o tipo de padrão que formula uma ‘exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade’ e que deve ser observada em virtude de seus próprios termos.” (MARTINS, OLIVEIRA, 2006, p. 248).

Para Dworkin, a forma de aplicação das regras observa a lógica do tudo ou nada (*all ou nothing*), isto é, a hipótese na qual a regra aplicável é preenchida. Se estivermos

⁶¹ O Sistema de Direitos é desenvolvido por Habermas na sua obra “*Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurtheorie des Recht und des demokratischen Rechtsstaats*”, traduzida para o português como **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**.

diante de uma colisão entre regras, certamente uma delas será considerada inválida. No entanto, no caso dos princípios, a situação é consideravelmente diferente. Eles, os princípios, não são responsáveis pela determinação da decisão, mas fornecem os alicerces sobre os quais a decisão será elaborada levando em consideração a contribuição de outros princípios. Por isso Dworkin afirma que os princípios apresentam o que ele denomina de “dimensão de peso” (*dimension of weight*). Aqui se um princípio tiver maior “peso” no caso em análise, isso não significa que o de peso “menor” perderá a sua validade.

A distinção entre regras e princípios implica em algumas observações essenciais. Essa distinção

Não pode significar que as regras sejam uma espécie de regeneração do passado - e de seus fracassos - e nem que os princípios traduzam o ideal da “boa norma”. Regra e princípio são textos, donde se extraem normas. Regras (se se quiser, preceitos), produzidas democraticamente podem/devem, igualmente, traduzir a institucionalização da moral no direito. (STRECK, 2008, p. 292)

No pensamento de Dworkin, adotado como norte na presente pesquisa, observamos que os princípios podem estar em posições contrárias se que isso signifique que sejam contraditórios, ou seja, não ocorre uma eliminação recíproca. (Carvalho Netto, 2004).

Nesse raciocínio, observa-se o sentido atribuído por Dworkin quando este diz que o agente julgador deve decidir utilizando-se de argumentos de princípios e não de políticas, qual seja, “não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da ‘comunidade jurídica’ como enunciados assertóricos ou categorias (significantes primordiais-fundantes)” (STRECK, 2009a, p. 105), e sim porque esse sentido implica em uma limitação no que se refere ao ato de aplicação judicial, afastando os subjetivismos e as argumentações instrumentais.

Mais que isso, pelo que foi pesquisado, em especial no que diz respeito à Integridade, é possível sustentar, que esta em associação com a coerência contribuem para o atamento do intérprete, evitando, dessa forma, “discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos [...]” (STRECK, 2009, p. 110).

Conforme o próprio Ronald Dworkin,

Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a prática requer. (DWORKIN, 1999, p. 274).

Enfim, a partir da Teoria de Ronald Dworkin constata-se que “os direitos a serem protegidos através das práticas jurídicas estão fundados no mais fundamental direito de igual respeito e consideração.” (CHUEIRI, 2008, p. 423).

3. 2 - Da distinção entre os discursos de justificação (*Begründungsdiskurs*) e os discursos de aplicação (*Anwendungsdiskurs*) – o pensamento de Klaus Günther.

Klaus Günther (1953-), filósofo e jurista alemão, estudou Filosofia e Direito em Frankfurt. Atualmente leciona Teoria do Direito, Direito Processual Penal e Direito Penal no Instituto de Ciências Penais e Filosofia da Universidade Johann Wolfgang Goethe.

Günther, por meio da sua obra **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**, que foi resultado da Tese de Doutorado apresentado por ele à Faculdade de Direito da Universidade de Frankfurt (Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main), prestou importantes contribuições para o desenvolvimento da Teoria da Argumentação.

Günther desenvolve o pensamento segundo o qual os discursos de justificação e de aplicação das normas têm escopos diferenciados, onde princípios específicos orientam cada discurso. Apresentar em que consiste cada um dos discursos é um dos objetivos do presente tópico.

O discurso de justificação jurídico-normativo está relacionado à elaboração de normas válidas e está embasado em um princípio universalista (U) que leva em consideração os objetivos de todos aqueles que possam, potencialmente, ser afetados pela norma em questão.

A partir do princípio do Discurso, adotado por Habermas, na obra **Teoria da Ação Comunicativa** (1987), verifica-se que “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de discursos racionais.” (PEDRON, 2008, p. 188).

Em outras palavras

o que importa em um discurso de justificação é a determinação do conteúdo semântico de uma norma para que ela seja traduzida em ‘termos universais’ passíveis de aceitação por todos os interessados em circunstâncias gerais e previsíveis. (MARTINS, OLIVEIRA, 2006, p. 244).

De acordo com Günther, a norma será considerada válida desde que as resultantes e os “efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um individualmente.” (1992, P. 67).

Para, Günther, portanto, o discurso de justificação se nos apresentam por meio da **universalidade do princípio moral**, por meio do qual “se estabelece um sentido recíproco-universal de imparcialidade.” (MOREIRA, 2004, p. 17). De acordo com Moreira (2004), o princípio moral precisa relacionar-se tanto à pessoa, quanto aos procedimentos, ou seja, “uma norma será imparcial quando puder obter assentimento de todos, e tal conduta, a concordância universal de todos os envolvidos.” (MOREIRA, 2004, p. 17).

Já no discurso de aplicação, verifica-se a incidência de alguns princípios como o da não-contradição, da consistência semântica, da simetria na participação dos sujeitos do discurso estando, a aplicação, relacionada à adequabilidade. O ponto de partida desse discurso é a presença de normas que são válidas e aplicáveis “*prima facie*”, mas que deverão ser adequadas no caso em análise, ou seja, no momento de sua concreção.

Com isso, é possível apontar como caracterização do discurso de aplicação “a tentativa de considerar *todas as características* de uma situação em relação a *todas as normas* que possam remeter-se a elas.” (MOREIRA, 2004, p. 17). Esse procedimento seria possível a partir do conceito de *coerência*, pois, a “aplicação será imparcial quando *coerentemente* realizar a adequação entre todas as características e todas as

normas envolvidas em cada caso.” (MOREIRA, 2004, p. 17).

A necessidade de um “conceito normativo de coerência”, como pretende Günther lembra o que foi abordado anteriormente em termos da Integridade de Ronald Dworkin. A coerência, a partir de Günther, é entendida não apenas como exigência de racionalidade, mas como algo que implique em um *sistema* de princípios válidos, onde tais princípios, “podem ser identificados por estarem amparados, cada um, a pretensões de validade normativa – no caso, de *correção* – e por serem produtos de discursos universalizantes” (PEDRON, 2008, p. 190), que observam os interesses dos indivíduos envolvidos.

Günther a partir dessa diferenciação coloca-se em contraposição ao pensamento de Alexy. Como veremos no próximo capítulo, Alexy sustenta a utilização da “ponderação” para resolver o conflito entre os princípios (para eles entendidos como valores). No entanto, Klaus Günther não reconhece o conflito normativo como sendo uma disputa entre valores; por outro lado, sustenta a determinação de uma norma mais adequada ao caso concreto. É possível apontar uma aproximação da construção teórica de Günther com a de Ronald Dworkin, a respeito da existência da “unicidade do caso concreto: cada caso é único, assim como cada evento reconstituído no interior de cada processo é singular.” (PEDRON, 2008, p. 60).

É nesse sentido que Günther sustenta o “*senso de adequabilidade*”, essencial em termos de tomada de decisões em um Estado Democrático de Direito, pois, a análise do caso abordará as suas características, assim como as normas que puderem, potencialmente, ser objeto de aplicação. Mas a adequabilidade não deve ser entendida como sinônimo de ponderação de comandos otimizáveis como pretende Alexy.

Obviamente que embora as normas possam “refletir valores no sentido de que a justificação jurídico-normativa envolve questões não só acerca de o que é bom, no todo e a longo prazo, para nós (éticas), não que dizer que elas *sejam* ou *devam ser tratadas* como valores” (OLIVEIRA, 2002, p. 88-89).

Bens, interesses e valores, tudo isso pode ser alvo de negociação no que diz respeito à aplicação, pois representam preferências otimizáveis. Mas e os direitos? Levando-os a sério, e com Dworkin, os direitos são entendidos como “trunfos” que tem a aplicação na discussão jurídica contra os argumentos de política. Essa utilização de

argumentos principiológicos pode contribuir consideravelmente para a solução dos casos difíceis (hard cases), pois, tais princípios funcionam como a justificação dos pronunciamentos decisórios jurídicos, por meio dos quais os Direitos (Fundamentais Sociais) são reconhecidos ou não. (Günther, 2004).

No entanto, no que se refere à Integridade na Teoria de Dworkin, Günther esclarece que ela não diz respeito aos direitos individuais, nem tampouco “aos argumentos principiológicos que representam, mas reporta-se à maneira como a comunidade política aborda tais direitos e argumentos, tanto na legislação quanto na jurisprudência.” (GÜNTHER, 2004).

E isso

porque direitos não podem ser aplicados isoladamente, tampouco podem ser restritos a um círculo de pessoas privilegiadas⁶², eles exigem, em cada decisão a respeito de normas jurídicas, um exame coerente. A obrigação interna que o princípio de coerência desenvolve faz com que todas as pessoas de uma comunidade política sejam tratadas como portadores de direitos iguais, isto é, com igual consideração e respeito [...]. (GÜNTHER, 2004, p. 408).

⁶² Infelizmente, e muitas vezes, aquelas que podem pagar.

04 – DA (IN)SUSTENTABILIDADE DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA ENQUANTO PARÂMETRO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A análise econômica não considera que exista algum argumento moral independente a favor de conceder ou negar esse direito. Portanto, não se pode afirmar, a favor da análise econômica, que ela indica qual é, independentemente, a resposta certa, [...]. Pelo contrário, afirma que a resposta certa é certa apenas porque a resposta promove a riqueza social.

*Ronald Dworkin, **A Matter of Principle**, p. 375.*

No capítulo anterior, a pesquisa investigou duas contribuições importantes para a adequada compreensão da efetivação dos Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. A Teoria de Ronald Dworkin, em especial o seu conceito de Integridade e a contribuição de Günther a respeito da distinção entre os discursos de justificação e aplicação, servirão de sustentáculo para a análise que será desenvolvida no presente capítulo.

Este capítulo, por sua vez, tem por objetivo sustentar a impropriedade da utilização da eficiência econômica como parâmetro para a efetivação dos direitos sociais. O presente capítulo desenvolverá o raciocínio segundo o qual os direitos sociais devem ser vistos como uma questão de princípio. A Teoria da Ponderação de Robert Alexy, assim como a posição adotada por Richard Posner serão objetos de uma reflexão crítica, em razão das impropriedades de tais posições em termos da efetivação dos direitos sociais.

Por fim, o último tópico do presente capítulo adotará a Integridade como uma alternativa plausível para a análise da efetivação dos direitos fundamentais sociais.

4.1 - Os Direitos Sociais como uma “*Matter of Principle*”: uma reflexão crítica sobre a Teoria de Robert Alexy e o combate à AED na vertente de Richard Posner.

A partir de Dworkin podemos sustentar que os direitos fundamentais sociais podem ser compreendidos como “trunfos”, sendo considerados no discurso de aplicação como contrários aos argumentos de política (*policies*), como no caso da argumentação pragmática de Richard Posner.

No Estado Democrático de Direito verifica-se a constatação do Direito como um conjunto de princípios, regras e diretrizes políticas, superando dessa forma as concepções positivistas que concebiam o direito apenas como “um sistema de regras”. Os princípios ganham especial importância no Estado Democrático contribuindo para “a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado (e sonogado) pelo positivismo” (STRECK, 2008, p. 275), em especial em jusfilósofos como Herbert Hart e Hans Kelsen.

No capítulo 02 estudamos que os argumentos da Análise Econômica do Direito admitem (no aspecto normativo) que a questão da maximização da riqueza representa um objetivo apropriado, no sentido, portanto, de que as decisões judiciais deveriam buscar essa maximização a partir da atribuição de direitos àqueles que os comprariam se não fossem levados em conta os custos transacionais (Dworkin, 2001). Isso é justificado pelo fato de que, se tais custos forem altos, os recursos (direitos), em uma situação de mercado, serão destinados a quem mais os valorizem. Mas como visto anteriormente, se tais custos não existirem, o Teorema de Coase será confirmado.

Para Richard Posner (2007), a abordagem econômica do direito tem provocado uma insatisfação em alguns operadores jurídicos, em especial os juristas acadêmicos. A idéia de que a lógica do direito possa ser econômica provoca certo desgosto, haja vista, que muitos não dominam o “seu idioma”, como também a fundamentação do enfoque normativo provoca uma repulsa resultando na impossibilidade de sua adoção.

No campo da Análise Econômica do Direito o Poder Judiciário seria objeto de uma reestruturação

Inclusive com formas alternativas de resolução de conflitos (arbitragem e

mediação), por outro, a partir do *pragmatic turn* refunda a Teoria da Decisão Judicial pelo critério da maximização de riqueza, levado a efeito por agentes racionais enleados num processo de desenvolvimento social. Há uma rearticulação interna do Direito pela intervenção externa (e decisiva) da Economia. (ROSA; MARCELLINO JR., 2009, p. 180-181).

O enfoque econômico do direito também é criticado porque o mesmo ignoraria a justiça. Todavia, segundo Posner (2007b), é preciso ter em mente os vários significados que esse termo comporta. Às vezes a justiça pode significar justiça distributiva, às vezes pode significar eficiência. Entretanto, as noções de justiça contemplam algo mais que a eficiência. A justiça, segundo Richard Posner, é algo a mais que a economia.

Assim,

a economia sempre poderá prover um esclarecimento do valor mostrando à sociedade o que deve ser sacrificado para se alcançar um ideal não econômico de justiça. A demanda pela justiça não é independente de seu preço. (POSNER, 2007b, p. 33).

Neste tópico, Posner deixa claro o papel do governo e do Direito em uma economia de mercado: em geral, é somente o controle das externalidades e a redução dos custos de transação. Isso é, pois, o que requer a eficiência econômica, visto que a Teoria Econômica é erigida como o

único conhecimento relevante no estudo do direito.[...]. Todos os demais saberes são secundários. Essa exclusividade da teoria econômica a converte em uma nova teologia que prescreve e mediatiza o estudo do direito. Assumindo seus dogmas fundamentais, isto é, o *paradigma do homo oeconomicus*, o *sistema de mercado* como modelo de decisão ótima e a *eficiência econômica* como o único valor social, a economia se converte em princípio de explicação e justificação última de toda decisão.⁶³ (PACHECO, 1994, p. 36).

A função principal do Direito, a partir de uma perspectiva econômica (marcada por um sistema lógico dedutivo) é a da alteração dos incentivos. Ou seja, o direito “não ordena o impossível, porque uma ordem impossível não modificará o comportamento.”

⁶³ “[...] único conocimiento relevante en el estudio del derecho [...]. Todos los demás saberes son secundarios. Esa exclusividad de la teoría económica convierte a ésta en una nueva teología que prescribe y mediatiza el estudio del derecho. Asumiendo sus dogmas fundamentales, esto es, el *paradigma del homo oeconomicus*, el *sistema de mercado* como modelo de decisión óptima y la *eficiencia económica* como único valor social, la economía se convierte en principio de explicación y justificación última de toda decisión.”

(POSNER, 2007b, p. 272).

Para Richard Posner (2007a), o Direito é “funcional”, não existindo, portanto, uma razão para que ele seja interpretativo, como sustenta Dworkin, por exemplo. E essa consideração pode ser feita tanto em relação ao *Common Law*, quanto ao *Civil Law*. Nesse sentido, Posner (2007a) considera que a interpretação funciona, quando muito, como um lembrete de que existe um texto em análise.

Além disso, a noção de que a lei deve tratar os iguais de forma igual representa outra forma de afirmar que ela, a lei, deve ter uma estrutura racional, pois seria, de fato, uma irracionalidade atribuir tratamento desigual a coisas que são iguais.

Sustentando a aplicação da teoria econômica no direito, Posner salienta que desde Aristóteles já existia uma preocupação com a justiça corretiva. Esta estaria ligada à retificação do justo legal e não necessariamente a uma compensação pelos danos causados, assim como de atos injustos e não necessariamente danosos. Por isso, se se sustentar uma atuação consentida, e em termos econômicos, *ex ante*, muitas situações danosas seriam evitadas tendo em vista a preocupação dos lesionadores potenciais em evitar a ocorrência dos danos. Logo, “a noção de consentimento usada aqui é que os economistas denominam compensação *ex ante*. Afirmando [...] que se você compra um bilhete de loteria e perde a loteria [...] você consentiu com a perda.” (POSNER *apud* GUEST, 2010, p. 227).

Com isso, para Guest (2010), a aparência com a loteria é uma apresentação “infeliz”, em termos de justificativa por parte de Richard Posner, uma vez que a

justiça da maximização de riqueza é um recurso partidário ao que ele pensa ser o negócio do litígio. Se a questão é de imparcialidade, portanto, o argumento de Posner a favor da justiça da maximização de riqueza é circular. Ele não pode importar a imparcialidade para o modelo que pretende usar para nos mostrar que a maximização de riqueza é imparcial. (GUEST, 2010, p. 228).

Ou seja, observa-se que a idéia de consentimento sustentada por Posner é confundida com a noção de imparcialidade, ou seja, ao que tudo indica, Posner contempla

o consentimento *efetivo*, dizendo que seus argumentos aprimoram o tipo de consentimento ficcional da posição original de Rawls, porque o consentimento

sob a maximização de riqueza está interessado em pessoas efetivas que fazem escolhas sob o que ele denomina ignorância “natural”. (GUEST, 2010, p. 227).

Assim como o mercado, o sistema jurídico “recorre à igualdade de preços com custos de oportunidade⁶⁴ para induzir os indivíduos à maximização da eficiência.” Sobre a definição de custo de oportunidade, ele se nos apresenta como a “expressão utilizada para exprimir os custos no que se refere às alternativas sacrificadas [...]. Para que tenhamos a ocorrência do Custo de Oportunidade é preciso *não só que os recursos sejam limitados, mas que estejam sendo plenamente utilizados.*” (PASSOS; NOGAMI, 2006, p. 51). (POSNER, 2007b, p. 555). Além disso, do mesmo modo que o mercado, o direito também direcionaria ao indivíduo os custos de seus atos, deixando em suas mãos a decisão de incorrer, ou não, em tais custos.

Ainda nesse sentido de aproximação entre o mercado e o direito,

o processo legal recorre para sua administração primordialmente a indivíduos provados motivados por seus próprios interesses econômicos, mais que a indivíduos altruístas ou funcionários públicos.” (POSNER, 2007b, p. 555).

Outra semelhança, apontada por Posner (2007b) existente entre os dois sistemas (mercado e direito) está na impessoalidade, isto é, “em termos econômicos, a subordinação das considerações distributivas.” (POSNER, 2007b, p. 555). Dessa forma, haveria uma aproximação entre a “mão invisível”⁶⁵ do mercado e a atuação do magistrado no âmbito jurídico. O termo “mão invisível” foi cunhado por Adam Smith e serve de base para o liberalismo. A partir do pensamento liberal, “milhões de consumidores e milhares de firmas, sozinhos, como que guiados por uma mão invisível, encontram a posição de equilíbrio nos vários mercados, sem que haja intervenção do Estado.” (PASSOS; NOGAMI, 2006, p. 647). Com isso, em termos econômicos, o

⁶⁴ Ou seja, quando escolhemos algo, qual o valor da próxima melhor alternativa que sacrificaremos? Logo, o fazer escolhas resulta em custos de oportunidade. Imaginemos: fazer a escolha de estudar direito, ou melhor Teoria do Direito. Quando escolhemos estudar essa área, negamos a nós mesmos os benefícios que seriam obtidos se fizéssemos outras atividades. Logo, qualquer outra coisa que escolhamos fazer ao decidir não estudar Teoria do Direito representará o nosso custo de oportunidade de estudar Teoria do Direito. Um bom custo, diga-se de passagem.

sistema econômico pode ser entendido como “a forma na qual uma sociedade está organizada em termos políticos, econômicos e sociais para desenvolver as atividades econômicas de produção, troca e consumo de bens e serviços.” (PASSOS; NOGAMI, 2006, p. 06).

Mas, em verdade, não parece haver “nenhum consentimento em situações de litígio e, portanto, o argumento deve basear-se no interesse próprio (que claramente fracassa) ou na imparcialidade.” (GUEST, 2010, p. 227).

A partir disso, o objetivo da análise econômica do Direito, segundo Posner, é o de alcançar a riqueza social. O mundo apresenta uma limitação em termos de disposição de recursos, razão pela qual o homem tem que fazer escolhas racionais, deixando de lado decisões inconscientes. Conforme observado, Posner entende que as escolhas estão diretamente relacionadas com a maximização da riqueza. Todavia, conforme visto no capítulo 02, esse objetivo, de maximizar a riqueza é buscado tendo em vista outros fatores que não a justiça (Dworkin, 2001).

Constata-se que

A análise econômica fornece padrões para identificar e medir o bem-estar dos indivíduos que compõem uma comunidade [...] e sustenta que as questões normativas de uma Teoria da Legitimidade, da justiça legislativa, da jurisdição e da controvérsia, bem como do respeito à lei e de sua execução, devem todos ser resolvidos mediante a suposição de que as instituições jurídicas compõem um sistema cujo objetivo geral é a promoção de mais elevado bem-estar médio para esses indivíduos. (DWORKIN, 2007, p. xi).

Dworkin critica essa argumentação, pois, segundo ele “não está claro por que a riqueza social é um objetivo digno.” (DWORKIN, 2001, p. 356), principalmente em razão de ser ela, a riqueza social, o único valor a ser buscado pelos juízes na análise e decisão dos casos. A Análise Econômica do Direito não contribui para verificar se a distribuição de riqueza é algo justo ou não.

Nos textos “**Is Wealth a Value?**” e “**Why Efficiency?**”⁶⁶ Dworkin direciona importantes críticas ao pensamento de Posner, lançando indagações a respeito da observação da riqueza social nas sociedades. Uma sociedade mais rica (aspectos

⁶⁶ Estes textos, anteriormente artigos publicados por Dworkin, compõem atualmente, a parte IV (Visão Econômica do Direito) da obra de sua autoria intitulada “**A Matter of Principle**” (Uma Questão de Princípio).

econômicos) estaria em melhor situação que uma sociedade menos rica?

Entendendo a riqueza como integrante do valor, Dworkin responde negativamente a tal indagação, uma vez que em determinadas sociedades pode ser possível a identificação de outros valores em prejuízo, como a própria distribuição da riqueza. Nesse sentido, Dworkin lança mão de um exemplo, na obra “Uma Questão de Princípio”:

Derek tem um livro que Amartya quer. Derek venderia o livro a Amartya por \$ 2. Amartya pagaria \$ 3 por ele. T (o tirano encarregado) toma o livro de Derek e o dá a Amartya com menos gasto de dinheiro ou equivalente do que seria consumido em custos de transação se os dois fossem regatear a distribuição do valor excedente de \$ 1. A transferência forçada de Derek para Amartya produz um ganho de riqueza social, embora Derek tenha perdido algo que valoriza sem nenhuma compensação. Chamemos de “Sociedade 1” a situação que ocorreu antes da transferência forçada e “Sociedade 2” a que ocorreu depois dela. A Sociedade 2 é superior à Sociedade 1 *em qualquer aspecto*? Não estou perguntando se o ganho em riqueza é superado pelo custo em justiça, ou em igualdade de tratamento, ou em qualquer outra coisa, mas se o ganho em riqueza, considerado por si só, chega a ser um ganho. Acho que a maioria das pessoas concordaria comigo se eu dissesse que a Sociedade 2 não é melhor em nenhum aspecto. (DWORKIN, 2001, p. 360).

Para Dworkin, não existe fundamento para a alegação de ser, a maximização de riqueza, o objetivo das decisões judiciais. Analisando as discussões relacionadas ao conceito de “riqueza”, Dworkin (2001) observa que não existe uma uniformidade em sua definição, isto é, seria ela, um componente do valor, ou apenas um instrumento que outros valores sociais possuem e que são buscados pela sociedade? Sendo um instrumento, como sustenta Posner (2007a e 2007b), outros resultados seriam alcançados, todavia, resultados diferentes da equidade, por exemplo. Entendida como instrumento, o aumento da riqueza contribuiria para a disponibilidade de auxílios para outros melhoramentos, contribuindo para a impropriedade do enfoque normativo da análise econômica do direito.

Isso porque os Direitos Fundamentais Sociais seriam adequados à condição de instrumentais, no sentido que serviram para alcançar a riqueza, pois “segundo a análise econômica do direito, os direitos devem ser atribuídos instrumentalmente, de tal maneira que a atribuição de direitos promova a maximização da riqueza.” (DWORKIN, 2005, p. 374).

Nesse ambiente de discussões a respeito da riqueza das sociedades e em meio à influência do neoliberalismo, “o capital se diz não ter pátria, nem vínculos, e pretende também não ter normas; também não quer ter ética ou moral a frear o seu comportamento.” (ROCHA, 2001, p. 27). E aqui mais uma vez temos o problema da Análise Econômica do Direito a partir do pensamento de Posner. Quem pode pagar é aceito pelo sistema. Quem não pode sofre com a exclusão social e a marginalização tanto política, quanto econômica.

Nesse contexto, alguns aspectos daquilo proposto pelo “Consenso do Washington” foram superados, como o entendimento de que o Estado seria a origem dos males que envolvem a questão da efetivação dos direitos sociais. Atualmente, o Estado tem sido considerado como “um princípio de solução” (BENTO, 2002, p. 383), a partir da efetivação daquilo que assegura o Texto Constitucional.

Apesar disso, um alguns termos não podem ser confundidos. Eficiência não pode ser entendida como sinônimo de efetividade, uma vez que esta está relacionada aos fins, enquanto aquela diz respeito aos meios. O Direito tem limites, tanto de ordem democrática, quanto de ordem fundamental, motivo pelo qual, um rompimento de tais limitações em prol de uma rapidez, isto é, uma eficiência de cariz neoliberal representa um risco para o projeto da construção de um Estado Democrático.

Por isso, admitir a análise custo/benefício sob uma influência neoliberal (às vezes implícita) pode resultar na difusão do “neoescravagismo. Legiões de escravos brancos e de todas as cores dominam ruas, praças, viadutos e fazem o cenário banalizar a miséria, insensibilizar para o sofrimento, esquecer a solidariedade humana.” (ROCHA, 2001, p. 27), pois, a análise custo/benefício permite a relativização de algumas garantias constitucionais, o que, indubitavelmente, está em contrariedade com a verificação do caráter deontológico dos princípios, conforme visto antanho.

Essa postura de adoção da análise de custo/benefício está em dissonância com o que defende Dworkin. Para ele

O modelo de princípios [...] exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou para o pior; que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos no campo da batalha, na cruzada pela justiça total. [...] sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa. (DWORKIN,

1999, p. 256).

Na presente pesquisa, defende-se a insustentabilidade do critério da eficiência econômica de Posner enquanto parâmetro para a efetivação dos direitos sociais. Ora, a partir das críticas de Posner, vê-se que a teoria constitucional de Dworkin “não afirma que devemos perguntar se uma prática contestada estava nos pensamentos conscientes dos autores da Constituição.” (POSNER, 2007a, p. 264). Mas,

ele quer que os tribunais considerem o nível de generalidade do dispositivo legal, os valores que o informam, o curso dos acontecimentos não previstos pelos autores, as decisões judiciais que o interpretam.” (POSNER, 2007a, p. 264).

A divergência para com Dworkin é perceptível em várias passagens dos escritos de Posner, como quando, v.g., Posner, analisando a questão da resposta certa, salienta que “um caso jurídico deve ser decidido quando se apresenta, e a decisão pode engendrar uma confiança que torna impossível a reconsideração quando a ‘resposta certa’ for finalmente descoberta.” (POSNER, 2007a, p. 265).

Dworkin entende que uma questão de direito não é indeterminada, na medida em que nenhum observador a descreve como “empate”, assim como argumenta que a correção em direito é semelhante à correção na interpretação literária. Tanto na interpretação literária, quanto na interpretação jurídica se nos apresentam respostas corretas e respostas erradas. Entretanto, Posner (2007a) pontua que esta argumentação de Dworkin olvida o aspecto de que

uma interpretação é proposta como hipótese e comprovada ou refutada por seu sucesso em explicar os dados fornecidos pelo texto -, uma interpretação literária não é verificável pelos métodos da investigação exata, uma vez que os dados não se prestam à observação experimental, estatística, ou sobre outros aspectos, exata. (p. 266)

A comparação apresentada por Ronald Dworkin entre os dois tipos de interpretação (a literária e a jurídica) resultaria em uma destruição da busca pelas respostas certas em direito, visto que, segundo Posner (2007a), três aspectos contribuiriam para isso: em primeiro lugar, em questões literárias, o número de situações indeterminadas é consideravelmente alto. Nesse sentido, muitas questões

jurídicas também apresentam uma indeterminação parecida. Segundo, as pessoas que possuem a mesma formação seguirão posturas convergentes; eis, um problema na visão de Posner, pois, a interpretação objetiva parte do pressuposto de que a comunidade interpretativa seja homogênea. Por fim, o terceiro aspecto leva em conta a vida e a obra do autor, por meio das quais seria possível supor os passos que seriam adotados por ele.

Apesar dessas críticas feitas por Posner ao pensamento de Dworkin, na abordagem da Análise Econômica do Direito, principalmente a partir do e com o pensamento de Posner, enquanto parâmetro para fundamentar os pronunciamentos decisórios do agente julgador, o próprio Dworkin deixa claro que

Podemos argumentar (como fizeram alguns autores) que a lei será economicamente mais eficiente se os juízes forem autorizados a levar em conta o impacto econômico de suas decisões; isso, porém, não responderá à questão de saber se é justo que eles procedam assim, ou se podemos considerar critérios econômicos como parte do direito existente, ou se decisões com base no impacto econômico têm, por essa razão, um maior ou menor peso moral. Suponhamos que um juiz esteja persuadido, por exemplo, de que a indústria automobilística prosperará se ele rejeitar uma regra antiga e inventar uma nova que a beneficie e que a economia em geral se beneficiará se isso ocorrer com a indústria automobilística. Essa é uma boa razão para mudar a regra? Não podemos decidir esse tipo de questão por meio de uma análise que apenas associe meios e fins. (DWORKIN, 2007, p. 11).

Com isso, Dworkin expressa sua reprovação para com a Análise Econômica do Direito. Isto é, ele rejeita “uma teoria política sobre o Direito muitas vezes chamada de análise econômica do Direito [...]. O conceito de riqueza está no centro tanto dos aspectos descritivos como dos normativos da teoria” (DWORKIN, 2001, p. 351).

Observa-se que

Os valores sobre os quais se construíram a escola, o mundo do trabalho e o Estado entraram, se não em colapso, pelo menos em claro retrocesso. As novas identidades se constituem em torno do sucesso monetário e do consumo associado a estilos de vida cada vez mais personalizados. (SORJ, 2004, p. 48)

O posicionamento de Dworkin, portanto, contrapõe-se à postura utilitarista altamente ilimitada de Richard Posner. Ademais, Guest (2010) entende que esta vertente da Análise Econômica do Direito é “um tipo particularmente vulnerável a críticas baseadas na importância de ser justo (*fair*) para com as pessoas e tratá-las

como iguais.” (GUEST, 2010, p. 228).

Para Dworkin,

Posner não pode reivindicar uma justificação paretônica genuína para decisões do direito consuetudinário, seja em casos difíceis, seja em casos fáceis. Sua versão relaxada de paretonismo é apenas o utilitarismo com todas as suas feridas. (GUEST, 2010, p. 228).

Diante dessas observações, o respeito à integridade altera substancialmente esse enfoque. O bem-estar da comunidade será alcançado, conforme Dworkin (1999), não por meio de instituições como o Estado e principalmente o Mercado, mas “resulta da própria estrutura da convivência política, da essência, do estar-se em comunidade e não como mero ideal externo a ser atingido por instituições paralelas [...]” (PEREIRA, 2001, p. 140). Ou seja, Dworkin defende algo substancialmente diferente do que é sustentado por Posner, pois a maximização para aquele está no bem-estar, de modo que o “bem-estar médio seja medido em toda a comunidade, em conformidade com o princípio de que as pessoas devem ser tratadas como iguais.” (GUEST, 2010, p. 229).

Isso significa, portanto,

que há um elemento distributivo, o princípio de que ‘nenhuma pessoa deve valer mais ou menos que um’, que acrescenta algo a mais à idéia de igualdade do que um simples conteúdo de fechamento de conta ou de ‘números’. (GUEST, 2010, p. 229).

Segundo Posner (2007b), o juiz não pode omitir o futuro em sua análise dos casos. O seu pronunciamento decisório é um precedente que influenciará em casos futuros. No entanto, Dworkin aborda a questão da responsabilidade do juiz (e também intérprete), “obrigando-o (*has a duty to*) a obedecer a integridade no direito, evitando que as decisões se baseiem em raciocínios *ad hoc* (teleológicos, morais ou de política).” (STRECK, 2009b, p. 105), protegendo, dessa maneira, a própria democracia.

Em outras palavras, Posner em sua obra **Economic Analysis of Law**, entende que o juiz deve ser visto como o responsável pela promoção da eficiência (no caso econômica), o que resulta em decisões contingentes. No entanto, Dworkin atribui ao juiz outra função, pautada na busca de uma única resposta correta, que estando afastada

de influências políticas e econômicas, contribui para a promoção da equidade⁶⁷.

Outro importante ponto merece destaque na presente investigação ao discutirmos os Direitos Sociais como “uma questão de princípio”. Trata-se de uma reflexão crítica a respeito da forma como os direitos sociais têm sido discutidos em sede da Jurisprudência brasileira, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, isto é, a utilização da técnica da ponderação do professor alemão Robert Alexy.

A construção teórica de Robert Alexy⁶⁸ está embasada na denominada “Jurisprudência de Valores” observada por ele no julgamento do caso “Lüth”, em 1958 perante a Corte Constitucional Alemã. Mencionada construção leva em consideração “que uma construção principiológica do Direito só se torna possível caso o Judiciário venha a realizar, no momento da aplicação normativa, uma ponderação ou balanceamento de interesses.” (COURA, 2004, p. 422).

Nas palavras de Alexy,

Quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação. (ALEXY, apud COURA, 2004, p. 422).

Conforme apresentado no Capítulo 01, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, em especial, tem compreendido a Constituição como uma “ordem concreta de valores”⁶⁹, o que conseqüentemente autoriza a utilização da ponderação para a solução e fundamentação dos casos jurídicos.

Com isso, as decisões “são equacionadas segundo o chamado princípio da proporcionalidade, sobretudo pela influência, aqui no Brasil, do trabalho do professor Robert Alexy e da sua ‘**Teoria da Argumentação Jurídica**’.” (CHUEIRI, 2008, p. 415).

Alexy entende que os princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais

⁶⁷ Conforme já ressaltado, por isso a criação da metáfora do juiz Hércules, uma vez que a tarefa é consideravelmente difícil.

⁶⁸ Por uma questão de limitação temática, a discussão a respeito da Teoria de Alexy restringir-se-á aos princípios, ressaltando, todavia, a grande importância de outros aspectos de sua Teoria.

⁶⁹ Crítica desenvolvida por Habermas seguindo o filósofo e jurista alemão Klaus Günther.

existentes” (ALEXY, 1993b, p. 86, tradução nossa)⁷⁰, sendo, portanto, concebidos como “mandados de otimização”. Além disso, sustenta que a diferença dos princípios para as regras é de ordem morfológica, enquanto Dworkin sustenta uma distinção de cunho lógico-argumentativa entre os dois tipos de normas.

A questão de se considerar princípios como “mandados de otimização” envolve a possibilidade de que a aplicação dos princípios ocorra em níveis diferenciados, conforme a situação apresentada, isto é, o conjunto das situações fáticas e jurídicas. São considerados, em Alexy, como razões *prima facie*, em razão de determinarem “que algo deve ser realizado na maior medida possível, levando-se em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas.” (ALEXY, 1993b, p. 99, tradução nossa)⁷¹.

Em relação a Ronald Dworkin, Alexy admite que, por meio do procedimento da ponderação, a sustentação de uma única solução correta para cada caso não seria possível, mas apenas uma decisão aceitável. Ou seja, “em todo caso, está claro que não existe nenhum procedimento que permita, com uma segurança intersubjetivamente necessária, chegar em cada caso a uma única resposta correta.” (ALEXY, 1993a, p. 22, tradução nossa)⁷².

Ou seja, em determinadas situações, o agente julgador deve levar em consideração, ou melhor, “ponderar”, quais os interesses que estão em discussão visando descobrir qual deles tem maior “peso” no caso em análise.

Todavia, a presente pesquisa sustenta que os princípios devem ser compreendidos como normas e não como valores, isso porque a teoria de Alexy não deixa clara a separação entre princípios e valores, embora explique a diferença entre os princípios enquanto conceitos deontológicos em contraposição aos valores, que se nos apresentam como conceitos axiológicos. Exemplo dessa obscuridade está na passagem de Alexy quando o mesmo entende que “toda colisão de princípios pode expressar-se como uma colisão entre valores e vice-versa.” (ALEXY, 1993a, p. 16,

⁷⁰ No original “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.”

⁷¹ No original “que algo debe ser realizado em la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fáticas”.

⁷² No original: “en todo caso, está claro que en la realidad não existe ningún procedimiento que permita, com una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta.”

tradução nossa)⁷³.

Habermas, filósofo que tem desenvolvido estudos a respeito dos princípios entende que

princípios ou normas superiores, à luz das quais outras normas podem ser justificadas, têm um sentido deontológico, enquanto valores têm um sentido teleológico. Normas de ação válidas obrigam seus destinatários a satisfazer, igualmente e sem exceção, expectativas generalizadas de comportamento, enquanto valores são compreendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas. (HABERMAS, 1996, p. 239-240).

O pensamento de Robert Alexy fornece importantes contribuições para o campo jurídico. Todavia, a compreensão da Constituição como uma ordem concreta de valores, segundo Habermas (2003), acaba por promover uma diluição do seu aspecto jurídico, uma vez que os direitos fundamentais, no caso da presente pesquisa, os sociais, são edificados consoante compreensão de que são normas de ação obrigatórias e não bens “atraentes”, como no caso daqueles que melhor se harmonizam com o orçamento em detrimento daqueles que resultam em igual respeito e consideração dos indivíduos.

Pelo que foi apresentado e desenvolvido até então na presente pesquisa, observa-se que a utilização do critério da eficiência econômica, na vertente de Posner, um dos expoentes da Análise Econômica do Direito e todas as defesas e justificativas apresentadas linhas acima pelo autor, se nos apresentam insustentáveis quando a discussão abrange a efetivação dos direitos sociais, assim como a técnica da ponderação de princípios desenvolvida por Alexy e adotada por grande maioria do Judiciário brasileiro.

Embora para o vulgo a noção de eficiência possa aparentar uma ótima idéia para solucionar problemas ligados aos direitos sociais, atribuir ao direito uma função utilitarista (sim, porque em verdade é disso que se trata quando discutimos a questão da eficiência), é admitir a modificação segundo a qual a “*lex mercatoria* parece ver-se a transformar em nova *lex fundamentalis*.” (ROCHA, 2001, p. 26). Como abordado em linhas pretéritas, o mercado, em especial a *Lex mercatoria* é considerado de forma análoga à “lei da selva” (Rocha, 2001, p. 26), pois, fundamenta o processo de

⁷³ No original: “toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores e viceversa [...]”

“civilização do capital feito ao preço de homens.”

A preocupação no que diz respeito à Análise Econômica do Direito está relacionada à utilização de formas interpretativas e operacionais como, *v.g.*, “a teoria de custos”, corolário da idéia de ação eficiente. Nesse sentido, a ação eficiente oriunda de um Estado Eficiente não encontra compatibilidade com a Constituição de 1988, visto que o Estado, a partir do Texto Constitucional “traz consigo o projeto de um Estado voltado a recompor o déficit social existente.” (ROSA; MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p. 178). Com isso, alguns padrões têm sido estabelecidos, no cenário brasileiro, no intuito de promover uma aceleração, como no caso das Súmulas Vinculantes, entendidas como “baluarte do discurso da eficiência [que vem] atender, com folga, à demanda de velocidade total.” (ROSA, LINHARES, 2009, p. 62).

A partir desse cenário,

O eficientismo busca um Estado Mínimo, sonegador de direitos, em detrimento absoluto de um Estado social como o apontado pelo constituinte de 1988. E reconhecer isso, torna-se fundamental para melhor compreender as manifestações ideológicas decorrentes e as nocivas repercussões da ascensão do econômico sobre o jurídico que, já de longa data, pretende se estabelecer. (ROSA; MARCELLINO JR., 2009, p. 178-179).

Os riscos da adoção do “constitucionalismo econômico” (ROSA; MARCELLINO JR., 2009, p. 182) no modelo proposto por Richard Posner está, justamente, no entendimento da Constituição como um contrato, pura e simplesmente, um contrato.

Dessa forma, Dworkin não acredita, nem tampouco defende que os juízes devam desconsiderar as conseqüências de seus pronunciamentos. Pelo contrário, essa consideração deve existir, todavia, “eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais conseqüências são pertinentes [...]” (DWORKIN, 2010, p. 148). Ou seja, os juízes devem observar a coerência de princípios e não suas preferências pessoais ou políticas, nem tampouco econômicas. A sustentação de uma “Justiça da Velocidade não respeita [...] as limitações de compreensão, exigindo sempre e sempre um resultado mais eficiente, vinculado à lógica dos custos.” (ROSA; LINHARES, 2009, p. 63). Uma vez mais, esse modelo proposto por Richard Posner abre caminho para uma “decisão sem compreensão, no ritmo da velocidade total, sem contextualização

histórica, isto é, sem fracionamento temporal.” (ROSA; LINHARES, 2009, p. 63).

Por isso, então, considerar os Direitos Fundamentais Sociais, não como simplesmente “atrativos” e sim como algo que “é devido”, pois

Direitos Fundamentais não são ‘valores’, ‘privilégios’, ‘exceções’ do poder do Estado ou ‘lacunas’ nesse mesmo poder, como o pensamento que se submete alegremente à autoridade governamental ainda teima em afirmar. Eles são normas, direitos iguais, habilitação dos homens, i. e., dos cidadãos, a uma participação ativa. No que lhes diz respeito, *fundamentam* juridicamente uma sociedade libertária, um estado democrático. (MÜLLER, 1998, p. 63).

4.2 – Da plausibilidade da Integridade no Direito enquanto sustentáculo para a efetivação dos Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Estudamos que o pensamento de Ronald Dworkin é contrário tanto ao positivismo, quanto ao utilitarismo econômico, duas linhas de pensamento que “rejeitam uma teoria geral do direito apto a garantir *direitos fundamentais*.” (MUÑOZ, 2008, p. 221).

No Estado Democrático de Direito verifica-se, a partir da perspectiva de Ronald Dworkin, que a sustentação, por parte dos agentes julgadores, de que a decisão em sede dos direitos sociais pode observar uma análise de seu custo/benefício, consoante a versão da Escola do *Law and Economics*, na versão do utilitarismo econômico ilimitado de Richard A. Posner, se nos apresenta como passível de críticas de cunho científico, uma vez que as decisões em sede de direitos sociais devem ser interpretadas como uma questão de princípio e não meramente como argumentos de política. Com isso, para Posner (2007a), o direito deve ter o seu olhar voltado para o futuro. Deve ser ele, o direito, “o servo das necessidades humanas.” (POSNER, 2007a, p. 41).

Afinal, não parece nada interessante pensar o Direito como caudatário da Economia, principalmente porque a “passagem do mundo ideal ao mundo da necessidade” (SORJ, 2004, p. 14), implica escolhas, articulações, gestão de recursos escassos entre outras situações que, por vezes, colocam em risco a noção de igual

consideração a todos os cidadãos.

Aliás, atualmente, muitas palavras têm sido freqüentemente utilizadas no cenário jurídico-econômico. Observa-se que

Mercado, consumo, câmbio, bolsa de valores, dolarização, grandes fusões empresariais, especulação, nova economia, formação de oligopólios figuram entre as locuções da globalização que mais de perto dizem com a natureza desse capitalismo de começo do século, cuja concentração de força econômica, servida de instrumentos e meios de expansão jamais vistos, por obra das inovações tecnológicas, decreta na arrogância de sua linguagem o crepúsculo das soberanias. (BONAVIDES, 2001, p. 137).

Nessa atualidade, o Estado Democrático de Direito se nos apresenta como uma forma de superar os paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, conforme visto no Capítulo 01. A supremacia da vontade popular é um princípio imperante no Estado Democrático de Direito que põe fim à faculdade de alguém impor sua vontade a outrem, o que retira do governante a possibilidade do exercício arbitrário do poder, tendo, assim, que se sujeitar às leis estabelecidas pela própria sociedade.

A presente pesquisa se nos apresenta pertinente no atual cenário brasileiro uma vez que a Constituição da República de 1988 consagra um rol de direitos sociais. Via de consequência tais direitos devem ser vistos não como regras ou políticas (principalmente as de conteúdo econômico), mas sim como princípios que são resultantes de lutas e conquistas. Como são os direitos fundamentais sociais entendidos como princípios, a sua interpretação deve ser construtiva consoante a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin. Dessa forma, mencionada interpretação promove a superação das diferenças entre o *common law* e o *civil law*.

A Integridade na Teoria de Dworkin tem o objetivo de evitar as discricionariedades e decisionismos. Ela será garantida por meio do reconhecimento de que também para os casos difíceis (*hard cases*), como nas discussões envolvendo os direitos sociais, existe a possibilidade de uma resposta correta (*right answer*). Quanto à discricionariedade (**discretion**), a Teoria de Dworkin consiste no entendimento de que “os juízes são legalmente limitados no exercício de seu poder de decisão final.” (GUEST, 2010, p. 18). Essa limitação (**bound**), deriva do próprio Direito, sendo que o

agente julgador não tem autorização para utilizar sua força de decisão “em um sentido forte.” (GUEST, 2010, p. 18).

Essa importante elaboração de Dworkin, a Integridade, é plausível para servir de norte na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. Levando-se em consideração a exigência da Integridade, observamos que

os princípios devem ser concebidos como direitos decorrentes do pluralismo constitutivo das sociedades contemporâneas, que não podem ser enumerados previamente a uma situação específica, nem hierarquizados. (GALUPPO, 2002, p. 189).

Todavia, o fato de o intérprete promover uma interpretação construtiva não quer dizer que haja uma substituição da tarefa legislativa no que diz respeito à elaboração de políticas sociais e públicas de conteúdo legislativo. Isto porque, ambas as tarefas são complementares, co-origiárias e não excludentes, no sentido da garantia dos direitos sociais.

A grandiosidade do Estado não reside somente na maximização da riqueza da sociedade, mas também, no respeito e promoção dos direitos de cada um e de todos os indivíduos, em uma democracia que se encontra em desenvolvimento. Ou seja, a decisão em sede de direitos sociais, como em qualquer outra, deve partir de uma construção participada dos integrantes da comunidade de princípios e não apenas daqueles que representam a vontade do povo. Deve ser, aliás, uma questão hermenêutica e não de avaliação valorativa.

Ademais, observar-se-á, na edificação do Estado Democrático de Direito, que ao intérprete/participante do discurso jurídico faz-se imperiosa a (re)interpretação dos direitos fundamentais, mormente os sociais, no sentido de considerá-los como direitos que permitam a participação de todos (numa visão de intersubjetividade) em prol da gênese da opinião pública da comunidade de princípios e que também, segundo Habermas (1987), contribuam para o controle dos sistemas sociais.

Conseqüentemente, no Estado Democrático de Direito, se se cogitar da utilização pragmática de argumentos pautados no sistema da economia, pode-se afirmar uma conseqüente indeterminação no cenário jurídico. Mesmo porque, a economia lida com modelos, situações, ao passo que o Direito tem por campo de

atuação a realidade, o que, em termos de Brasil, é reconhecidamente delicada quando a discussão envolve Direitos Sociais.

Tal postura, aquela dos adeptos da Análise Econômica do Direito, se aproxima “de algumas posturas positivistas”. Em outros dizeres, a AED – Análise Econômica do Direito permite variadas formas de interpretações, algumas, talvez a maioria, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

No entanto, segundo Almeida (2007), as relações estabelecidas entre o direito e a economia não podem ser desconsideradas, mas, em seu aspecto normativo, a economia carece de contribuições deontológicas passíveis de observação no cenário jurídico. Por outro lado, no aspecto positivo, a economia não apresenta um padrão teórico que descreva o raciocínio jurídico, como defendem autores como Richard Posner.

Ademais, o contexto envolve a influência do neoliberalismo sobre o contexto jurídico. O Direito, portanto, nesse raciocínio é “manejado como se fosse algo natural, advindo do discurso científico econômico capaz de guiar em direção à salvação da felicidade eficiente” (ROSA;LINHARES, 2009, p. 135). Por isso, é importante deixar claro que “a queda do muro de Berlim não foi um erro de cálculo de engenharia. E o empresariado individualista e transnacional viu nesta queda a sua ascensão.” (ROCHA, 2001, p. 25). O liberalismo, agora com etiqueta diferenciada (neo) e todas as preocupações de outrora retornam como fantasmas a assombrar a efetivação dos direitos sociais. Essa assombração, disfarçada de um discurso de desenvolvimento econômico, foi “naturalizado como sendo uma das exigências decorrentes da globalização, sem qualquer possibilidade de discussão.” (ROSA;LINHARES, 2009, p. 54).

Nisso, a incompatibilidade do *Law and Economics* com o Direito

herdado da modernidade, acontece, de logo, pela ausência de produção legislativa conforme os critérios apontados economicamente. A tensão que se instala é a da revisão do ordenamento jurídico e da mentalidade dos atores jurídicos ao menor custo econômico possível. (ROSA;LINHARES, 2009, p. 60).

Mas, o direito restará legítimo se, e somente se permitir a igualdade de intervenção de todos no discurso jurídico, de modo que o provimento final não seja uma

questão política de cunho econômico e sim uma questão de princípio decidida por uma comunidade de intérpretes/participantes do direito na busca de um consenso. Esse é um dos objetivos de Ronald Dworkin, isto é, construir um sentido para o Direito que perpassa a igual consideração pelos indivíduos.

Mesmo porque, no Estado Democrático de Direito, observa-se o

aprofundamento da democracia participativa, social, econômica e cultural, no sentido de se realizar um ideal de justiça social processual e consensualmente construído, só possível com o fortalecimento da esfera pública política, de uma opinião pública livre e de uma sociedade civil organizada e atuante. (OLIVEIRA, 2002, p. 63).

Diante da necessidade de concretizar aquilo que fora reconhecido no pronunciamento decisório, o agente público julgador deve observar o que tem sido construído até então no edifício do direito aplicado. Mediante a adoção da eficiência como princípio orientador para o provimento final no caso dos direitos sociais, vê-se que esta decisão que servirá para algum propósito, no caso, um fim político e consistirá em um aumento da opulência social, isto é, a maximização da riqueza (*wealth maximization*). (POSNER, 2007).

Conseqüentemente, o agente julgador, para Posner (2003), quando da elaboração do dispositivo de seu pronunciamento, poderá, para os adeptos desse movimento (*Law and Economics*), escolher as premissas do valor, da utilidade e da eficiência, pois, segundo mencionado autor, o homem, enquanto ser racional é responsável pela maximização da riqueza social, quando faz escolhas pautadas em referidas premissas, que estariam embasadas em argumentos de política (*policies*) e não de princípio.

Nesse sentido, vimos que Dworkin diferencia argumentos de princípio e argumentos de política, entendendo que somente o princípio constitui base sólida para os direitos judicialmente declarados, bem como uma limitação a eles. Todavia, para Posner, a definição de Dworkin não é convincente, pois, para ela os princípios são apenas diretrizes políticas que “confirmam e enaltecem a vertente do liberalismo político de Dworkin.” (POSNER, 2007a, p. 32). Posner salienta que a partir da concepção de Dworkin, pode-se dizer que a amplitude da definição de direito implica em uma maior insegurança do “Estado de Direito” (Posner, 2007a). Aliás, contra Dworkin, salienta que

em algumas circunstâncias em que a homogeneidade social esteja ausente, tanto a cultural quanto a política, um ordenamento jurídico não teria condições de fornecer respostas que sejam, demonstravelmente, certas ou erradas.

Ademais, Posner não aceita

que o juiz se torne juridicamente ilegítimo quando permite que 'direitos' baseados em 'princípios' sejam superados por 'políticas públicas', contexto no qual Dworkin define 'política pública' como um objetivo coletivo. Muitos objetivos coletivos, desde a sobrevivência nacional até a prosperidade e o seguro social, passando pela ordem pública, não são menos profundamente interligados à trama de nossa moralidade política do que os princípios que afirmam que devemos tratar igualmente os iguais, ou que nenhuma pessoa deve valer-se de sua própria torpeza. Fazer distinção entre diretrizes para políticas públicas e princípios, e associar os direitos a estes, mas não àquelas, é arbitrário. (POSNER, 2007a, p. 321).

Entretanto, o Direito a partir de Ronald Dworkin não deverá ser lido à luz de critérios como o valor, a utilidade ou a eficiência, como pretende Posner, mas sim à sua melhor luz, isto é, o direito deve estar pautado em argumentações de princípio e não de política. Por isso, o operador jurídico deve “construir uma sensibilidade criticamente orientada para a justiça” (OLIVEIRA, 2007a). Dessa forma, observa-se que os juízes, a partir de Dworkin, em vez de utilizarem argumentos pautados nas políticas públicas, visando com isso à criação ou alteração do direito, devem interpretar os princípios para descobrirem qual lei será passível de aplicação ao caso em análise. (POSNER, 2007a).

Por isso, a partir da idéia de Ronald Dworkin dos direitos fundamentais (e nisso incluem-se os direitos sociais), como uma questão de princípio, a decisão do agente julgador deve considerar o diretamente afetado pelo provimento final, isto é, o cidadão, que “é o destinatário [...] da atuação estatal, não, porém, na condição de mero cliente, mas de eixo central em torno do qual gravitam as decisões políticas da esfera pública.” (LOPES, 2008). O juiz deve promover um juízo de adequabilidade, conforme vimos a partir do pensamento de Klaus Günther, isto é, a aplicação deve observar as circunstâncias fáticas envolvidas no caso em análise. Mesmo porque ele, os juízes, são representantes no procedimento de aplicação do direito, motivo pelo qual a interpretação do Direito não pode partir de considerações pessoais do julgador ou de outros interesses que não o respeito da coerência dos princípios (igualdade e justiça), dos quais a sociedade compartilha.

Os juízes, então, não devem apresentar suas decisões a partir de um juízo discricionário. A missão do Judiciário, na direção das reflexões de Dworkin, é de fundamentar suas decisões em “argumentos de princípio”, argumentos que, conforme visto alhures, devem “justificar uma decisão política mostrando que ela representa ou assegura o direito de algum indivíduo ou grupo.” (MUÑOZ, 2008, p. 229). A teoria de Dworkin está preocupada com a “*applicatio*”, o que significa que ela “não desonera o aplicador (juiz) dos *Begründungsdiskurs* (discursos de fundamentação).” (STRECK, 2009a, p. 106). E mais, os princípios jurídicos precisam ser levados em consideração pelas atividades de cunho econômico, pois,

Ao contrário de quase tudo o que é veiculado pela mídia e das ‘ameaças’ de conseqüências trágicas que os economistas alardeiam acerca de determinadas decisões judiciais, o sentido da influência entre direito e economia é contrário ao suposto pela análise econômica do direito. (ALMEIDA, 2007, p. 80).

E isso é de considerável importância para a presente investigação, uma vez que os argumentos utilizados pelos adeptos da Análise Econômica do Direito têm por intuito maximizar o bem-estar, intuito este delicado, especialmente quando a abordagem da idéia de “bem-estar” deve levar em consideração sociedades pluralistas, como no caso do Brasil. Tais argumentos fundamentam uma decisão de cunho político no sentido de que ela “avança ou protege uma finalidade coletiva da comunidade como um todo.” (MUÑOZ, 2008, p. 229).

05 – ILAÇÕES FINAIS

Um das questões não solvidas da análise econômica do direito reside na sustentação de que seria possível, a partir da visão econômica, assumir atividades normativas. Mencionada sustentação ganha contornos “delicados” quando a abordagem incide sobre um mundo da falta, da escassez, o nosso mundo limitado e em crise, onde o ser humano cada vez necessita mais, onde os recursos são finitos e muitas vezes tais indivíduos escolhem visando o interesse pessoal e encontram na “reserva do possível” uma justificação falaciosa para a omissão estatal (inclusive judicial) em termos de efetivação dos direitos sociais. Em regimes que adotam a democracia, situações como a crescente desigualdade socioeconômica, assim como o aumento de problemas de ordem estrutural na sociedade, representam constantes desafios para o Direito.

Se estamos em um Estado Democrático de Direito, as finalidades objetivadas devem ser resultantes de uma interação entre os indivíduos, pois os destinatários das normas também são os seus autores. Atribuir esse papel à economia, especialmente ao mercado, como grande responsável pela realização da felicidade do Homem, a partir de uma lógica de custo/benefício, conforme vimos anteriormente, é inadequada ao projeto do Estado Democrático de Direito.

O presente estudo teve por intuito, conforme visto nos prolegômenos, a abordagem da efetivação dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito, a partir da Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin em contraposição ao critério da eficiência adotado por adeptos do movimento *Law and Economics* (Direito e Economia), em especial Richard Posner, no que diz respeito à questão da acumulação da riqueza e distribuição da justiça.

Obviamente, o trabalho não teve a intenção de esgotar o tema, em termos qualitativos e quantitativos. Os temas desenvolvidos na presente pesquisa contribuem para a identificação dos riscos da adoção dos “princípios” advindos da Análise Econômica do Direito, especialmente em termos da realidade brasileira.

Apesar de sua plena discussão em sede do modelo do *Common Law*, em termos

de Brasil, isto é, um país inserido na tradição do *Civil Law*, em se tratando da efetivação dos direitos sociais, a adoção da análise econômica pode resultar alarmante, tendo em vista a grande dificuldade de sua efetivação, ainda mais quando pautada em argumentos pragmáticos (políticos). O Direito, pois, estaria ligado a uma atuação utilitária (portanto, o Direito enquanto servo dos interesses). Uma vez que para tal atuação não seria possível a prestação jurisdicional a todos os destinatários do provimento, dar-se-ia preferência para os grupos que exercem o poder hegemônico, resultando muitas vezes, e consoante Streck (2009) no abandono daqueles direitos reconhecidos na Constituição.

E por que então, talvez perguntariam alguns, discutirmos a importância de se considerar uma argumentação pautada em “argumentos de princípio”? Por que não fundamentá-la em “argumentos de política”? A partir de Dworkin vimos a exigência de observância do princípio da Integridade do Direito quando da fundamentação dos pronunciamentos decisórios, principalmente quando da análise e decisão dos casos difíceis (**hard cases**), princípio este que se nos apresenta subentendido à construção do Estado Democrático de Direito e que está em contraposição ao critério da eficiência econômica, pois, como visto ao longo da pesquisa, o reconhecimento, a garantia e o exercício dos direitos sociais não podem estar condicionados a uma racionalidade estratégica, isto é, uma análise de custo/benefício, análoga à lógica mercadológica, onde o indivíduo objetiva aumentar os seus benefícios através de escolhas (*choices*), que resultem no menor custo possível.

Conseqüentemente, no Estado Democrático de Direito, se se cogitar pela atribuição, aos direitos sociais, de uma função instrumental/utilitária, pautada em uma relação de custos e benefícios, visando a maximização da riqueza, promover-se-á um enfraquecimento na perspectiva interna do direito, que buscará a satisfação dos interesses de forma utilitária apenas.

Apesar dessa cogitação e partindo-se do entendimento do direito como uma prática interpretativa, a aplicação (**to enforce the law**) do Direito necessariamente deve perpassar o entendimento do sistema jurídico como um conjunto de princípios marcado pela coerência, cabendo ao juiz, enquanto aplicador/intérprete, apresentar respostas consistentes com esse sistema.

Não podemos desconsiderar a força dos Direitos Fundamentais Sociais, enquanto conquistas do Homem e para o Homem, em razão de uma instrumentalização do Direito no sentido de servir aos interesses do proveito financeiro e do aumento da riqueza.

Logo, em que pese a constatação de que os direitos sociais implicam em gastos para a sua efetivação, o que é denominado de **custos dos direitos**, o que pressupõe escolhas políticas, não podemos interpretá-los de forma dissociada dos ideais insculpidos no art. 3º do Texto Constitucional⁷⁴, quais sejam, os ideais de uma sociedade livre, justa e solidária. Buscar otimizar ações para satisfazer direitos “mais fundamentais” ao discurso neoliberal, isto é, propriedade privada e liberdade contratual mediante a alegação de que nem todos os direitos serão satisfeitos, não encontra consonância com o que dispõe o Texto Constitucional.

Ademais, em se tratando de direitos sociais, o reconhecimento de um “**mínimo existencial**”, enquanto uma garantia fundamental do indivíduo deve ser observado e priorizado, implicando, desse modo, em uma relativização da “**reserva do possível**” (enquanto óbice) e exigindo uma adequação nas destinações orçamentárias para que o indivíduo possa viver de forma condigna.

Afinal, o Texto Constitucional consagrou importantes Direitos Sociais mediante a observação da realidade social brasileira, direitos esses resultantes de um sentimento de ordem social, ou conforme Hesse, “a vontade da constituição”. Em termos de Direitos Fundamentais, deve-se considerar o Texto Constitucional, em seu aspecto formal, com algo passível de adequações permanentes, no sentido de uma ampliação de tais direitos objetivando, desse modo, a afirmação da cidadania, estando seu exercício garantido pela jurisdição constitucional que deve compreender que o seu exercício é uma questão de princípio e não de interesses.

Embora a posição adotada no presente estudo seja de contraposição à utilização de algumas premissas da Análise Econômica do Direito (AED), seria ingênuo desconsiderar sua importância, por exemplo, para a compreensão da escassez de

⁷⁴ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

recursos e para a conscientização no tocante ao desperdício. Mas isso não significa adotar os princípios do mercado e desconsiderar o cenário democrático, principalmente o jurídico.

Ora, em termos de Judiciário, a fundamentação das decisões dos casos, especialmente os “difíceis”, no Estado Democrático, deve estar pautada em argumentos de princípios, que demandam uma argumentação e justificação de maneira mais ampla e complexa. E isso deve ser construído de forma participada em sede da jurisdição constitucional que se nos apresenta como protetora dos direitos fundamentais (aí incluídos os sociais), estando, pois, comprometida com o ideal democrático de levar os direitos a sério, tratando todos com igual respeito e consideração e observando as peculiaridades do cenário brasileiro, marcado pela desigualdade social e pelo pluralismo.

Nesse sentido, sustenta-se a partir da pesquisa desenvolvida, que é plausível exigir os direitos sociais (inclusive e principalmente os prestacionais) dos poderes públicos, ainda que inexista a elaboração legislativa a respeito do tema. Em outras palavras, o indivíduo pode reclamar um direito social através de uma demanda judicial, buscando a efetivação do direito pretendido, uma vez que o Judiciário pode e deve atuar no sentido da efetivação dos direitos fundamentais sociais.

É verdade que em termos de Brasil, ações têm sido praticadas no sentido de uma maior efetivação dos direitos sociais. Apesar disso, atualmente faz-se imperiosa a proteção de tais direitos contra as argumentações atraentes advindas da globalização econômica e do neoliberalismo, conforme ressaltado acima, argumentações que têm obstaculizado o debate de idéias necessário em um contexto democrático, gerando antíteses como a do luxo e da pobreza. Essa proteção deve buscar sustentação em uma compreensão do direito como um conjunto de regras, princípios e diretrizes em sua integridade, para que seja possível o respeito à comunidade de intérpretes (em especial os aplicadores do direito) e aos preceitos constitucionais.

Consoante Galuppo (2002), a sociedade marcada pelo pluralismo e a manutenção do dissenso desfavorecem a sustentação do pensamento com base em um quadro definido de regras jurídicas. Logo, o juiz deverá verificar o caso concreto e adotar em sua fundamentação, argumentos pautados em princípios essenciais na

regência da vida do sujeito social. O princípio funciona, nesse sentido, como a *conditio sine qua non* para a justiça.

Enfim, seria a efetivação dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito, a partir de construção de Dworkin, impossível? Acreditamos que não. E, ainda que alguns a considerem, devemos buscá-la assim mesmo, de forma incessante por todos os destinatários e participantes do projeto de construção do Estado Democrático, no intuito de fortificar a democracia e a cidadania e extirpar o resquício de demagogia que tem “colonizado” o discurso jurídico.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 3. ed. total. rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993a.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica: A teoria do discusso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993b.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A análise jurídica da Economia. **Revista do Mestrado em Direito**, Brasília, v.1, n.1, p.49-101, jan./jun. 2007.

AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 5.ed. Rio de Janeiro: Delta, 1987.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 315-346.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo. Raízes filosóficas do Estado Democrático de Direito ou porque estudar filosofia do direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 01, n. 05, p. 319-332.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BENTO, Leonardo Valles. Além do “Consenso de Washington”: impactos sociais e imperativos de eficiência e democratização. In: ANNONI, Danielle (coord.). **Os novos conceitos do novo direito internacional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 372-386.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. A Globalização e a soberania: Aspectos Constitucionais. in: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. (Orgs.). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 133-168.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF – n. 45). **Requerente: PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB (CF 103, VIII). Requerido :PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Relator: Ministro Celso de Mello**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=05&processo=45>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 564035/ SP – São Paulo. **Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 30/04/2007**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2E SCLA%2E+E+564035%2E%29&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 5). Relator: Nelson Jobim. **Requerente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTES AQUAVIÁRIO , AÉREO ,**

NA PESCA , E NOS PORTOS – CONTTMAF. Requerido :PRESIDENTE DA REPÚBLICA INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=5&processo=5>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** Brasília: promulgada em 05 de outubro de 1988. Obra Coletiva de autoria da Editora Saraiva, com a colaboração de Antônio Toledo, Maria Cristina Windt e Livia Céspedes. 48. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Vinte anos de Constituição, é hora de fazê-la valer. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 01, n.06, p.367-382.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial.** BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos et al (Orgs.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

CALIENDO, Paulo. Reserva do Possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 175-186.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.** Coimbra: Coimbra, 2001a.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001b.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial.** Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização dos direitos. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de.; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 95- 110.

CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**. 2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: Um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. Parte I, p. 47-78.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Ronald Dworkin: De que maneira o Direito se assemelha à Literatura?. **Revista da Faculdade de Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p. 87-103, 1º semestre, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CERQUEIRA, André; COELHO, Nuno M. M. S.; MAGALHÃES, J. L. Q.. A refundação da ordem jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito: reconstrução não essencialista do princípio da dignidade da pessoa humana. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 16, 2007, Belo Horizonte. **Anais...** Florianópolis: JOSE ARTHUR BOITEUX, 2007.

CHUEIRI, Vera Karam de. A Constituição Brasileira de 1988: entre constitucionalismo e democracia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 01, n.06, p. 413-429, 2008.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.

CLÈVE, Clémerson Mérlin. O Controle de Constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 347-384.

COELHO, Cristiane de Oliveira. A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. **BERKELEY PROGRAM IN LAW & ECONOMICS: LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN LAW AND ECONOMICS ASSOCIATION (ALACDE) ANNUAL PAPERS**. Berkeley: University of California, 2007. Disponível em: <<http://repositorics.cdlib.org/bplc/alache/050107-10>>. Acesso em: 05 de out. de 2009.

COOTER, R.; ULEN, T. **Law and Economics**. 2. ed. California: Addison-Wesley, 1996.

COOTER, Robert. The Confluence of Justice and Efficiency in Economic Analysis of Law. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles (Eds.). **The Origins of Law and Economics, Essays by the Founding Fathers**. [S.l.]: Edward Elgar Publishing, Inc., 2005.

COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da Tutela Jurisdicional no Paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da “jurisprudência dos valores”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. Parte III, p. 403-446.

COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Breve Exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 487-514.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel da Jurisdição Constitucional na realização do Estado Social. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício. **Direito ao extremo: coletânea de estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível?** 2. ed., São Paulo: Cortez, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 87-136.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. (Orgs.). **Debates sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 49-67.

DANTAS, Ivo. Jurisdição Constitucional e promoção dos Direitos Sociais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 435-450.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 07, n. 13 e 14. p. 150-163, 1º e 2º semestre de 2004.

DINIZ, Carine Silva. **A (im) possibilidade da análise econômica do direito de família brasileira na perspectiva civil-constitucional**. 2009. 181f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

DUXBURY, N. **Patterns of American Jurisprudence**. Oxford: Clarendon Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the moral reading of american constitution**. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. "The 1984 McCorkle Lecture: Law's ambitions for itself". **Virginia Law Review**, v. 71, n. 02, mar. 1985, p. 173-187.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A cultura dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 239-250.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito: Paranóia ou mistificação? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FRANCISCO, José Carlos Francisco. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 859-874.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. A Epistemologia Jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (Orgs.). **Direito ao extremo**: coletânea de estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa**: monografias e teses jurídicas – atualizado conforme as normas 6023/2002, 10520/2002, 14724/2002, 6024/2003 e 6027/2003. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença**: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 213-238.

GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes Diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 207-231.

GHERSI, Carlos Alberto. Aproximação à análise econômica do direito e suas conexões com o Direito Econômico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.13, n.51, p.249-257, jul./set. 2004.

GILPIN, Robert. **A economia política das relações internacionais**. Trad. de Sérgio Bath. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2002.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José. **Tomemos a sério os direitos sociais, económicos e culturais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O direito e a *law and economics*: possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. **JURIS – Revista do Departamento de Ciências Jurídicas**, Rio Grande, n. 11, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

GÜNTHER, Klaus. **Um concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica**. Doxa: México, v.17-18, p. 271-302, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms**. Trans. William Rehg. Cambridge/Mass.: MIT Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade, volume I, 2.ed.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **The postnational constellation**. Trad. Max Pensky. Cambridge: MIT, 2001.

HAYEK, Friedrich August Von. **Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – Normas e Ordem**. Trad. Ana Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Vol I. São Paulo: Visão, 1985.

HART, Herbert L. A. **The concept of Law**. Londres: Oxford University, 1961.

HAYEK, Friedrich August Von. **Law, Legislation and Liberty**. Chicago: The University of Chicago Press, 1973, v. 01.

HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2007.

HOFFMANN Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 383-416.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Right: Why Liberty Depends on Taxes.** New York-London: W.W. Norton & Company, 1999.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KRELL, Andreas J. Direitos Sociais (verbetes). In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito,** Porto Alegre, 2006.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à Economia.** Trad. Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. A Teoria Econômica e a Discriminação Compensatória em Ronald Dworkin. **Recensões,** Brasília, v. 7, n.76, dez/2005-jan/2006. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_76/Recensoes/CarlaPatricia.htm>. Acesso em: 12 set. 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 155-173.

MANKIW, Gregory. **Introdução à Economia.** 3. ed. São Paulo: T. Learning, 2005.

MARCELLINO JR. Júlio César. **O Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa:** (des) encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARTIN-LAHERA, Yohannis. ¿Teoría ou Metateoría? Em el domínio do usuário. **Ciência da Informação,** Brasília, v. 33, n. 03, p. 50-60, set./out 2004.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista DIREITOGV 3**, v. 02, n. 11, p. 241-254, jan./jun. 2004.

MERCURO, N.; MEDENA, S. G. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton University Press, 1999.

MORAIS, José Luis Bolsan de; ESPINDOLA, Angela. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição Brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 01, n.06, p. 207-238.

MOREIRA, Luiz. Introdução à Edição Brasileira. In: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: A questão Fundamental da Democracia**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MUÑOZ, Alberto Alonso. **Transformações na Teoria Geral do Direito: Argumentação e interpretação do jusnaturalismo ao pós-positivismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. **Para que serve a teoria do Direito?** In: Seminário "Para que serve a Teoria do Direito?" Belo Horizonte: PUC Minas – Programa de Pós-Graduação em Direito, 2005.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 208p. (Primeiras linhas ;3)

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da construção democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007a.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin: De que maneira o Direito se assemelha à Literatura? **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.10, n. 19, 1º sem. de 2007b, p. 87-103.

PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del Derecho: Una Reconstrucción Teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PASSOS, Carlos Roberto Martins; NOGAMI, Otto. **Princípios de Economia**. 5. ed. Rev. São Paulo: Thomson Learning, 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud Pedron. A Distinção entre Jurisdição e Legislação no pensamento de Klaus Günther. **Revista CEJ**, Brasília, ano XII, n. 41, p. 59-66, abr./jun. 2008.

PEDRON, Flávio Quinaud Pedron. A Contribuição e os limites da Teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 48, p. 187-201, 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

POSNER, Richard A. **El Análisis Económico del Derecho**. Trad. Eduardo Suárez. Fondo de Cultura Económica: México, 2000.

POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho en el *Common Law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. Trad. Enrique Pasquel R. **Revista de Economía y Derecho**, Lima, v. 02, n. 07, p. 07-15, Inverno 2005.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007b.

POSNER, Richard A. Law and economics in common-law, civil-law and developing nations, **Ratio Juris**, v. 17, n. 1, mar. 2004 p. 66-79.

POSNER, Richard A. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem direitos sociais” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 137- 176.

RIBEIRO, Fernando Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do direito na perspectiva hermenêutica de Hans-George Gadamer. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 11, n. 21 , p. 121-143, jan. 2008.

RIBEIRO, Fernando Armando. **Conflitos no Estado Constitucional Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e Ordem Econômica. In: FIOCCA, Demian; GRAU, Eros Roberto. (Orgs.). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 09-34.

RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do Direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007. 243 p.

ROSA, Alexandre Morais da. A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (Law and Economics). **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – 20 anos de Constitucionalismo Democrático – e agora?** , Porto Alegre, v. 01, n. 06. p.15-34, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso Linhares. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da.; MARCELLINO JR. Julio Cesar. Law and Economics, Neoliberalismo e Eficiência: Desvelando conexões. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 1, n. 07. p. , 173-189, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reinventar a Democracia: entre o Pré-Contratualismo e o Pós-Contratualismo**. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua efetividade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – 20 anos de Constitucionalismo Democrático – e agora?**, Porto Alegre, v. 01, n. 06, p. 163-206, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto em crise. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 02, p. 121-168, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira. In: ANNONI, Danielle (Coord.). **Os novos conceitos do novo direito internacional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 219-251.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.251-314.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos com o Constitucionalismo**: Direito, Neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 405-422.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada**: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o Direito fundamental à obtenção de respostas corretas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 01, n. 06, p. 273-311, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Pré-compreensão e decisão jurídica: respondendo a algumas críticas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 01, n. 07, p. 99-126, 2009a.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de.; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b. p. 03- 27.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2006.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de provar direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 51-62.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.) **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 313-331.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63-78.

VASCONCELOS, Marco Antônio Sandoval de. **Economia**: micro e macro: Teoria e exercícios, glossário com os 300 principais conceitos econômicos. 4. ed. 4 reimp. São Paulo: Atlas, 2008.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A evolução da interpretação dos direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 347-383.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 349-371.