



## INTERLIGANDO DIREITO E ECONOMIA

### LINKING LAW AND ECONOMICS

*Camila Paula de Barros Gomes<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O atual cenário social brasileiro presencia uma verdadeira crise sistêmica. Isso porque, apesar de previstos na Constituição Federal, os direitos sociais encontram na escassez de recursos um óbice à sua implementação. Para superar tal dilema, a análise econômica do direito pode ser um interessante aliado, ao aproximar direito e economia, sem perder de vista os parâmetros éticos. A reserva do possível e o mínimo existencial revelam-se como instrumentos aptos, quando utilizados de forma adequada, à construção de um verdadeiro Estado Social, capaz de concretizar os direitos que são assegurados na lei e na Constituição. O presente artigo busca analisar uma aproximação entre o Direito e a Economia, utilizando o método bibliográfico e documental.

**Palavras-chave:** análise econômica do direito; custos; reserva do possível.

**ABSTRACT:** In today's Brazilian social presence a true systemic crisis. This is because, although in the Federal Constitution, the scarcity of resources are an obstacle to the implementation of social rights. To overcome this dilemma, the economic analysis of law can be an interesting ally, to bring law and economics, without losing sight of the ethical parameters. The reserve for the minimum existential turn out to be suitable tools when

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo (Unitoledo), professora universitária, advogada.

used properly, the construction of a true welfare state, capable of achieving the rights that ensures the law and the Constitution.

**Key words:** economic analysis of law; costs; booking possible.

## **INTRODUÇÃO**

A complexidade das relações jurídicas da atualidade e a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, trouxeram para a pauta de discussões jurídicas a questão da necessidade de se analisar os custos dos direitos. Tradicionalmente discutida nos Estados Unidos, onde é conhecida como Law and Economics, a escola da análise econômica do direito busca uma aproximação entre a análise jurídica e a econômica, sendo pouco explorada no Brasil.

O objetivo desse artigo é traçar os fundamentos gerais dessa visão do mundo jurídico para, a partir daí, enfrentar a tormentosa questão da reserva do possível, frequentemente alegada pelos Poderes Públicos para justificar o não cumprimento de ditames constitucionais relativos à implementação de direitos sociais.

### **1. NOÇÕES GERAIS SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Uma análise utilitarista do Direito parte do princípio de que as questões normativas e o respeito à lei fazem parte de um sistema cujo objetivo primordial é a satisfação do bem-estar médio dos indivíduos (DWORKIN, 2007, p.XI). Como assinala Flávio Galdino (2005, p.240), Jeremy Bentham foi um dos maiores defensores dessa concepção, ao analisar os indivíduos como maximizadores de seus próprios interesses. A chamada escola da análise econômica do Direito encontra nas ideias de Bentham suas raízes mais remotas, vez que entende o homem como um ser racional que luta para maximizar sua satisfação pessoal, de acordo com suas preferências, o que faz da utilidade de cada homem algo único, que não pode ser comparado à utilidade dos demais. É justamente nesse ponto que ocorre a dissociação do pensamento de Bentham e da proposta de análise econômica do direito, pois para o renomado autor, a utilidade de cada indivíduo pode ser medida e

comparada a de outrem, o que possibilitaria uma política maximizadora de utilidade geral (LAUDA, 2010, p. 10).

Iniciada, efetivamente, por Ronald H. Coase, em 1960, com a publicação do “Problema do custo social”, no *Journal of Law and Economics*, foi a partir da obra de Richard A. Posner, de 1972, que se consolida a escola da visão econômica do direito, a partir da premissa de que os indivíduos são aptos a ordenar seus próprios interesses de forma racional, realizando cálculos de custo e benefício (CAVALI, 2005, p.89).

As ideias defendidas pelos adeptos dessa forma de pensamento têm por fundamento a alteração do elemento central da teoria do direito, que passaria a ser a eficiência econômica. Esta é a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado com o menor dispêndio de esforços. Em uma visão puramente utilitarista, a eficiência estaria ligada à noção de se propiciar maior felicidade para o maior número possível de pessoas, noção que deixava sem proteção as minorias (ALVAREZ, 2006, p.63). Na busca da superação desse problema, alguns economistas, adeptos da análise econômica do Direito, vislumbram que, diante de um cenário de escassez, típico das modernas sociedades, o objetivo da destinação de recursos é gerar o maior benefício individual possível, sem causar a diminuição do benefício de outra pessoa. É o chamado ótimo de Pareto, que tenta fazer do direito uma engrenagem da alocação de recursos sociais (GALDINO, 2005, p.243).

Note-se, no entanto, que a adoção do critério de Pareto nem sempre conduzirá a uma solução justa, vez que, na análise econômica do direito, a utilidade buscada é individual. Daí o esclarecimento de Vasco Rodrigues (2007, p.27), segundo o qual “dizer que uma situação é Pareto-Eficiente, é um ótimo de Pareto, não é o mesmo que dizer que é justa, boa ou correcta”. Exemplifica o autor com a hipótese de duas pessoas famintas lutarem por dois quilos de comida e uma se apoderar de todo o alimento. Apesar de a situação resultante ser um ótimo de Pareto, pois não é possível aumentar a satisfação da pessoa que não recebeu alimento sem prejudicar a que dele se apropriou, não se trata de uma distribuição justa.

Essa breve explicação sobre os principais fundamentos da escola econômica do

Direito, demonstra que existem sérios riscos que devem ser considerados. A noção de eficiência atrelada ao utilitarismo individual pode trazer consequências desastrosas, caracterizadas pela “tirania do dinheiro” (GALDINO, 2005, p.249). Para tanto, é importante que a análise econômica do direito não se afaste dos preceitos éticos e morais que informam a sociedade e a própria legislação. Hans Küng (apud Alvarez, 2006, p.60) destaca a necessidade de adoção de preceitos éticos:

Os interesses, os imperativos e os cálculos da racionalidade econômica de forma alguma podem atropelar as exigências fundamentais da razão ética baseado no pressuposto de que na economia mundial globalizada não deve imperar um darwinismo social em que sobrevive o mais forte, não podendo sacrificar-se à dignidade humana em nome da liberdade econômica. Para neutralizar a crescente economização da vida é indispensável uma reflexão crítica dos fundamentos que questione as premissas normativas das posições econômicas o que implica em considerar que economia e Estado existem em função do homem, razão porque as instituições estatais e econômicas não só deverão ser expressão do poder, mas deverão responder sempre à dignidade do homem, o que implica ‘Na primazia da ética em relação à economia e à política’ que deverão subordinar-se à humanidade do homem, a regras éticas da humanidade.

As normas jurídicas, agregadas a preceitos econômicos e valores éticos, constituem eficiente meio de maximização da eficiência estatal. O reconhecimento da existência da escassez, pelo Direito, pode contribuir para um verdadeiro processo racional de transformação social, onde os preceitos econômicos são utilizados como forma de auxílio na tomada de decisões, e não como meio de denegação de direitos juridicamente assegurados.

No contexto brasileiro, a discussão tem contornos próprios. Isso porque, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, aqui a Constituição Federal assegura direitos sociais, o que tem gerado o fenômeno da judicialização da política. Com frequência, são promovidas ações em que indivíduos solicitam medicamentos, tratamentos hospitalares entre outros, sem que se faça uma análise cuidadosa dos custos e das repercussões das referidas demandas. Como afirma Casamiglia (2010, p.280), os juristas usualmente se preocupam com as questões legais, sobre o prisma da justiça e da segurança jurídica, mas são, de modo geral, pouco sensíveis à questão dos custos sociais. Daí a necessidade de aproximação entre a leitura econômica e a leitura jurídica da sociedade, pois, como já afirmou Luciano Benetti Timm (2008, p.56), “recursos obtidos via tributação são escassos

e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas”.

Não resta dúvida de que a visão econômica do direito tem muito a crescer à análise puramente jurídica dos conflitos de interesse. A compreensão dessas ideias exige um estudo mais detalhado do fenômeno do custo dos direitos.

## **2. O CUSTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (1999, p.35-48) já demonstraram que tanto os direitos de defesa, protetores da liberdade individual contra os abusos do Estado, como os direitos sociais, que buscam assegurar a igualdade material, são, em termos de necessidades financeiras de disponibilização de recursos, direitos que geram custos e implicam em gastos por parte do Estado.

Considerando que a implementação de direitos implica em custos e, uma vez que os recursos são limitados, impõe-se que escolhas sejam feitas e determinadas políticas públicas priorizadas. É preciso assinalar que, quando se promove a aproximação do universo jurídico com a realidade econômica, o fator escassez não pode ser descartado.

É justamente no que tange aos direitos sociais que a questão referente aos custos de efetivação dos ditames constitucionais tem sido debatida no Brasil. É preciso reconhecer que implementar políticas públicas que assegurem e efetivem os direitos sociais, arrolados na Constituição, demanda recursos e esses são finitos. Impõe-se a ampliação da forma como são tradicionalmente analisadas tais questões. Política, economia e direito precisam ser analisados de modo interdisciplinar, a fim de otimizar a atuação estatal e garantir eficácia aos direitos sociais previstos na Constituição. Aproximar o universo jurídico das ciências econômicas é imperativo a fim de que possam ser planejados os gastos públicos, eleitas prioridades e efetuadas escolhas que podem soar “trágicas”, mas são necessárias quando se busca uma gestão eficiente dos recursos públicos (TIMM, 2008, p.59).

O ponto central do problema está no fato de que o orçamento público é limitado. Como lembra José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p.179), esse foi criado para impedir o

Estado de “requisitar ilimitadamente os bens dos cidadãos, criando-se um sistema tributário de captação de recursos”. Ninguém quer um acréscimo nos tributos. Não se pode admitir uma carga tributária tão grande que impeça o exercício das liberdades individuais. Para plena efetivação de todos os direitos previstos na Constituição é preciso que os Poderes Legislativo e Executivo façam escolhas, tracem metas e definam prioridades, considerando o fator escassez orçamentária.

Todas essas ponderações levam à conclusão de que é preciso planejar políticas públicas de forma coerente com os princípios constitucionais e com a escassez de recursos. Um bom planejamento do uso dos recursos disponíveis, associado à fiel execução das metas traçadas, conduzirá, a médio ou longo prazo, à efetivação gradual dos direitos fundamentais que contemplarão a toda a população e não apenas alguns, que foram beneficiados por decisões judiciais.

Assumir a escassez de recursos e reconhecer a infinidade de necessidades humanas a satisfazer é reconhecer a essencialidade de um planejamento adequado, onde o “emprego daqueles recursos deve ser feito de modo eficiente a fim de que possa atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso” (TIMM, 2008, p.56-57).

Conforme assinala de Fernando Facury Scaff (2008, p.153):

Implementar políticas públicas requer um planejamento mais acurado e uma análise financeira detalhada sobre a receita disponível e em especial sobre os gastos públicos a serem realizados – inclusive indicando o grupo socioeconômico das pessoas que devem ser beneficiadas por elas. Isso é de suma importância sob pena de existirem erros graves na implementação dessas políticas, seja por (a) obter recursos de quem tem capacidade contributiva reduzida, e não deve ser alvo de maior tributação; seja por (b) destinar esses recursos a quem deles pode prescindir, acarretando uma verdadeira ‘captura’ dos benefícios sociais por uma camada da sociedade que deles pode prescindir, e deixando de lado os verdadeiros destinatários daquelas políticas.

Lembra ainda o autor que determinar que o Estado despenda milhões em tratamento de saúde de uma única pessoa, não implementa direito social. Trata-se apenas de uma decisão que se restringe ao grupo que teve acesso àquele juiz e àquela decisão.

O exercício de um direito *social* que gera benefícios apenas a *um indivíduo* ou a *um pequeno grupo* certamente não foi aplicado de forma adequada. É confundir o sentido do que é um *direito social*, tratando-o como um direito que possa ser fruído de forma *individual* ou *coletiva*, e não pelo conjunto dos cidadãos que dele necessitem. (SCAFF, 2008, p.154)

Os magistrados não estão preparados para definir qual a melhor política pública a ser implementada ou a meta a ser perseguida. Isso porque, além dessa não ser uma competência que lhes foi outorgada constitucionalmente, eles não estão preparados para lidar com questões que envolvem profundos conhecimentos de custos e economia na busca de decisões faticamente executáveis. Na grande maioria das vezes, os juízes, atuando diante de um caso concreto, levado a seu conhecimento por um cidadão, julgam um problema social sob a perspectiva individual, perdendo de vista as consequências que sua decisão irá acarretar para outras pessoas, tendo em vista a escassez de recursos. Assim, ao decidirem por conceder a um cidadão uma prestação não devida a todos, implementando uma política pública inexistente, os magistrados criam custos e não consideram, em função das próprias limitações do processo, a existência de uma infinidade de outros conflitos sociais, igualmente relevantes, igualmente trágicos, igualmente carecedores de recursos e políticas governamentais que, por inúmeras razões, não chegam ao conhecimento do Judiciário.

Além disso, é preciso consignar que não cabe ao Poder Judiciário realizar planejamentos de longo prazo, que definam metas de políticas públicas. Ou seja, mesmo diante de uma demanda coletiva, quando o olhar do juiz se volta para toda a sociedade e não para um único indivíduo, ainda assim a atuação jurisdicional se restringe ao controle das políticas públicas, não implicando em substituir a escolha do administrador pela opção do magistrado. Como assinala José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p.184):

O importante é ressaltar que a Corte supervisiona, mas não se substitui ao poder competente. Cria-se um processo de negociação fora da instância parlamentar e/ou executiva, pois estas se mostraram deficientes na consideração dos direitos fundamentais. Mas isso não transfere para o Judiciário a formulação pura e simples dos planos: ele instaura um novo local de deliberação republicana, em que o administrador propõe as mudanças sob a égide mais explícita dos direitos individuais e fundamentais.

Prossegue o autor para afirmar que embora os órgãos judiciais possam verificar a razoabilidade da decisão do administrador, eles “são apenas aplicadores de critérios normativos que dizem se uma escolha é válida ou não. Não podem eles mesmos fazer escolhas onde o critério legal deixou em aberto a avaliação” (LOPES, 2008, p.184).

Ao Poder Judiciário compete a análise da razoabilidade da escolha administrativa diante dos parâmetros constitucionais. Dessa forma, caberá ao Poder Judiciário verificar a compatibilidade entre a política pública adotada pelos Poderes Executivo e Legislativo e o texto constitucional. Do mesmo modo, é atribuição jurisdicional o controle sobre a omissão desses Poderes na implementação de políticas públicas exigidas constitucionalmente. Durante todo esse processo, devem os magistrados considerar a importância dada pelo texto constitucional aos direitos fundamentais, bem como reconhecer a existência de limites orçamentários e atentar para a necessidade de uma atuação eficiente do Estado, nos termos do artigo 37 da Carta Maior. Conforme argutamente observa Marcus Aurélio de Freitas Barros (2008, p.90):

Isso é intuitivo, não sendo razoável pensar em boa administração, em eficiência da atividade administrativa, se as metas previstas em peças orçamentárias ou na própria Constituição, são simplesmente desconsideradas e a missão de implementação gradual dos direitos sociais não logra atendimento.

O reconhecimento de que as políticas públicas demandam grandes investimentos e que o orçamento público não é suficiente para suprir todas as necessidades sociais remete ao seguinte dilema: como assegurar os direitos fundamentais sociais, previstos na Constituição Federal, sem provocar uma falência do Estado?

A resposta a tal questionamento passa pela análise da cláusula da reserva do possível e do mínimo existencial.

### **3. A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL**

O reconhecimento de que, muitas vezes, o Poder Público não tem os recursos disponíveis para ofertar a todos os cidadãos a totalidade de direitos previstos na Constituição Federal, conduz à constatação de que existe um “limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais – que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado ou, em outras palavras, de cobertura financeira e orçamentária – e que não pode ser ignorada pela decisão judicial” (WANG, 2006, p.4). Tal limite tem sido chamado de “reserva do possível”.

Originária dos trabalhos da Corte Constitucional Alemã, a teoria da “reserva do possível” desenvolveu-se a partir dos anos de 1970, disseminando a noção de que a “efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva da capacidade financeira do estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos” (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p.29). O caso emblemático, que levou o Judiciário Alemão a esse entendimento, versava sobre o acesso ao ensino superior e “firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” (SARLET, 2007, p.306).

No contexto brasileiro, a teoria da “reserva do possível” tem gerado grandes controvérsias. Entre os autores que negam reconhecimento à adoção da “reserva do possível”, destaca-se Andreas Krell (2002, p.54). Segundo o autor, a importação de conceitos europeus para países periféricos, não é uma solução adequada, tendo em vista as diferenças sociais existentes entre as duas realidades.

Tal linha de raciocínio, no entanto, ao rejeitar a existência de limites orçamentários, transforma em utopia as políticas públicas. Já foi demonstrado que essas consomem grandes recursos do Estado na implementação de direitos sociais. Não havendo verbas, não existem meios fáticos que possibilitem a concretização dos objetivos constitucionais. O fato de o Brasil ser um país em desenvolvimento só agrava o problema, vez que a arrecadação mostra-se insuficiente para atender todas as necessidades de todos os cidadãos. Como afirmam Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (1999, p.97), “nada que custe dinheiro pode ser absoluto”. Dessa forma, é imperativo que se reconheçam os limites do Estado, e que se estabeleça um diálogo entre as implicações jurídicas e econômicas do reconhecimento constitucional de direitos prestacionais. Na verdade, é fundamental que, além das normas que determinem a concretização de direitos sociais, existam recursos suficientes para a efetiva satisfação desses direitos.

Exatamente no extremo oposto daqueles que negam reconhecimento à cláusula da “reserva do possível”, estão os que defendem sua utilização como obstáculo efetivo à concretização de direitos fundamentais. Gustavo Amaral e Danielle Mello (2008, p.104),

são adeptos dessa visão e afirmam que é descabido tratar o orçamento como “questão menor”, vez que o reconhecimento de direitos, sem a observância dos limites fáticos, exigiria “um custeio ilimitado, a despeito das garantias constitucionais ligadas à tributação, ao respeito da propriedade e dos contratos, que protege não apenas os que contratam com o Poder Público, mas também o direito dos servidores a seus vencimentos”.

É preciso, no entanto, tomar muitos cuidados na aceitação incondicional da cláusula da “reserva do possível”. Isso porque, em uma sociedade onde grupos de influência atuam junto ao Congresso Nacional, pressionando para que a distribuição de recursos ocorra dessa ou daquela maneira, impõe-se que o Poder Judiciário tenha possibilidade de verificar a situação orçamentária do Estado, a fim de checar se as escolhas feitas, no momento da distribuição de receitas, são coerentes com o texto constitucional.

Conforme salienta Paulo Caliendo (2008, p.201), “a chamada *reserva do possível* pode ser de ordem *fática* (falta de recursos) ou *jurídica* (orçamentária)”. Em qualquer dos casos, no entanto, impõe-se que seja provada, a fim de evitar que a Administração Pública faça da cláusula da reserva do possível uma válvula de escape que possibilite justificar qualquer tipo de ação inadequada ou omissão injustificada. É preceito básico do processo brasileiro a noção de que aquele que alega algo deve prová-lo, de modo que tal dispositivo aplica-se, também, ao Poder Público quando esse alega insuficiência de recursos.

Tais considerações remetem à corrente doutrinária daqueles que reconhecem a existência de uma “reserva do possível”, mas impõem uma série de ressalvas. Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.307) admite a existência de limites fáticos e jurídicos à implementação dos direitos sociais, que guardam conexão com a distribuição das receitas tributárias e do orçamento. Ressalta, no entanto que tais questões envolvem a proporcionalidade da prestação, especialmente no que diz respeito a sua exigibilidade, de modo que se deve buscar um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado que trate a reserva do possível não como uma barreira intransponível à efetivação dos direitos fundamentais, e sim, como uma ferramenta que contribua para a garantia desses

direitos.

Tais ponderações fazem da reserva do possível um importante fator que deve ser observado pelo legislador no momento em que ocorre a fixação das prioridades entre os direitos que serão efetivados, tanto para auxiliar na determinação do grau de concretização como para balizar as ponderações sobre a efetivação da igualdade (FRASCATI, 2008, p.97). Desenvolve-se, assim, a noção de que o princípio da reserva orçamentária pode ser superado quando se chocar com a proteção da dignidade da pessoa humana, vez que os direitos sociais estão vinculados a um “mínimo existencial”. Como assinala Andreas Krell (2002, p.63), o padrão mínimo de sobrevivência “incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de moradia; o conteúdo desse *mínimo*, no entanto, variará de país para país”.

Na mesma esteira, Ricardo Lobo Torres (2008, p. 81) sustenta que a “proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a *reserva do possível*”, de modo que o Poder Judiciário pode impor obrigações de fazer dirigidas a assegurar esse núcleo da dignidade humana, não tendo a Administração Pública qualquer discricionariedade para recusar a efetivação desse conteúdo garantidor mínimo.

O cuidado que se deve ter, no entanto, é com o conteúdo da expressão mínimo existencial, ante a possibilidade de variações decorrentes de condicionantes especiais e temporais, além do padrão socioeconômico vigente. Diretamente associado à dignidade da pessoa humana, o “mínimo existencial” tem conteúdo maior que a mera sobrevivência física, razão pela qual Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p.21) sustentam que “se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida a mera existência”. No contexto alemão, Corinna Treisch (apud Leivas, 2008, p.301) salienta que o mínimo existencial compreende a necessidade de vida física, o que compreende alimentação, vestuário e moradia entre outros e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade entre outros. Tais considerações demonstram que o “mínimo existencial” supera o chamado “mínimo vital”, pois exige condições mínimas para uma sobrevivência digna.

Visto como o conjunto de prestações cujo oferecimento a toda a coletividade é indispensável, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana, o conteúdo do chamado “mínimo existencial” pode ser considerado direito social prioritário por excelência, devendo ser atendido por meio de políticas públicas, vez que objetivo dessas é justamente possibilitar o acesso gradual de todos os cidadãos aos direitos constitucionalmente assegurados. Como observa Marcus Aurélio de Freitas Barros (2008, p.150), é fundamental que se identifique, dentre as várias políticas públicas que precisam ser implementadas, aquelas que são prioritárias a partir de um enfoque constitucional. Essas precisam ser priorizadas, em especial diante da existência fática de escassez de recursos.

Como regra geral, a reserva do possível não deve ser alegada para impedir a efetivação desses parâmetros mínimos da dignidade humana, vez que para tais direitos prioritários impõe-se a elaboração de uma política pública adequada e a destinação de recursos orçamentários. No entanto, em países subdesenvolvidos, nem sempre é possível dar ao “mínimo existencial” o conteúdo que deveria ter. Daniel Sarmento (2008, p.578) remete ao caso do salário mínimo brasileiro. Nos padrões fixados hoje, dificilmente se pode afirmar que é suficiente para garantir condições de vida digna a uma família. Em contrapartida, as condições econômicas impossibilitam o aumento para patamares maiores, vez que os empregadores não teriam como sustentar o custo. O exemplo demonstra que, em situações excepcionais, até mesmo o chamado “mínimo existencial” encontrará limites na reserva do possível.

Assim, tem-se que o “mínimo existencial” deve ser visto, ao lado da reserva do possível, como um parâmetro de formulação das políticas públicas. Estas, quando bem definidas, são essenciais para a concretização do mínimo necessário para assegurar condições dignas de vida. É fundamental que se busque a maximização do conceito e amplitude do “mínimo existencial”, vez que como afirma Ricardo Lobo Torres (2008a, p.333), em países em desenvolvimento, essa é a única forma de se concretizar um verdadeiro Estado de Direito, tendo em vista a existência de grande parcela da população vivendo abaixo da linha da miséria. Ressalte-se, no entanto, que a maximização do mínimo existencial passa pela formulação de políticas públicas universais e por demandas

de natureza coletiva (TORRES, 2008a, p.333).

O Supremo Tribunal Federal, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, ponderou, por meio do voto do Ministro Relator, Celso de Mello, sobre as questões aqui discutidas, focando especificamente a amplitude que deve dar à reserva do possível:

Não se ignora 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 alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - 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 (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Como se verifica da decisão, não se pode admitir de forma absoluta a reserva do possível como justificativa para as omissões estatais. Na verdade, tanto o mínimo existencial como a reserva do possível devem ser tratados como critérios que vinculam o legislador, de modo que este, no momento da regulamentação legislativa dos direitos sociais, deve atentar para a priorização das condições mínimas que garantam uma vida digna e para a realidade financeira e orçamentária.

## CONCLUSÃO

A aproximação entre Direito e economia e o conseqüente reconhecimento de que efetivar direitos gera custos, pode representar um grande avanço para as ciências jurídicas. Como bem assinala Eduardo C. B. Bittar (2005, p.394), “política, direito e economia se encontram atolados numa única crise, cuja superação demandará esforços conjugados e articulados nas três esferas”. O reconhecimento de que políticas públicas precisam ser

implementadas para concretização dos ditames constitucionais não pode deixar de considerar a escassez de recursos.

No entanto, é preciso cautela ao transpor as ideias da escola econômica do Direito do contexto norte-americano para o brasileiro. Isso porque naquele país, a busca pelo interesse e pela satisfação individual, que levará à eficiência econômica, é direcionada para direitos de liberdade. No Brasil, tem-se buscado uma aproximação entre direito e preceitos econômicos para a análise de direitos de natureza social, o que transforma totalmente o enfoque dado à questão.

Difícilmente será aceitável, em termos de direitos sociais, a busca pela satisfação social de um indivíduo, sem que se considerem todos os demais. A igualdade passa a ser fator importantíssimo a ser considerado, de modo que a noção de ótimo de Pareto não pode ser acatada. Em termos de direitos sociais, impõe-se a busca pela satisfação gradual e continuada de todos, pautada pela dignidade da pessoa humana. Nesse processo, questões econômicas precisam ser analisadas, o que leva à necessidade de aproximação entre as duas ciências. Afinal, o jurista não pode fechar os olhos para a realidade fática e negar a existência de uma escassez de recursos. Essa aproximação, no entanto, não significa, como parece ser a intenção da escola econômica do direito, substituir uma eficiência jurídica pela eficiência econômica, vez que esta não se preocupa com os valores éticos da justiça.

Tais considerações conduzem à necessidade de se buscar um modelo jurídico-ético-econômico que possibilite concretizar os direitos sociais de modo coletivo, racional e organizado. Esta busca é possível, pois como já afirmou Albert Casamiglia (2010, p.282), as leis devem ser eficientes. Sua função não é apenas declarar princípios morais e sim, alcançar os objetivos a que se propõem, o que torna possível a análise do direito sob o ponto de vista da eficiência. Tal modelo deve reconhecer que as políticas públicas governamentais tendem a uma maior eficiência quando fixadas pelos Poderes competentes, e não por decisões judiciais que, muitas vezes, ignoram as consequências externas que provocam. Também deve uma buscar uma administração racional dos orçamentos, equilibrando os custos, sem deixar de observar o princípio constitucional da

dignidade da pessoa humana. Esse é o grande desafio da atualidade, para o qual uma análise econômica do direito, mitigada, ou seja, adequada à realidade nacional, pode ser um importante instrumento de apoio.

## REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, v.9, n.29, jul-dez, 2006.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? in: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.) *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 87-109.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle jurisdicional de políticas públicas – parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: Maria Paula Dallari Bucci (org.) *Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-161.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 2005.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, traduzido por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. in: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.) *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p.195-208.

CASAMIGLIA, Albert. *Eficiencia y derecho*. Disponível em [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4\\_17.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4_17.pdf), Acesso em 26 de janeiro de 2010.

CAVALI, Rodrigo Costenaro. Análise econômica do direito e justiça distributiva. In: Ivan Guérios Curi

(coord). *Estudos de teoria geral do direito*, Curitiba:Juruá, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, trad. Jefferson Luiz Camargo.

FRASCATI, Jacqueline Sophie P. G. A força jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais a prestações: apontamentos para um debate. *Revista de direito constitucional e internacional. Cadernos de direito constitucional e ciência política*. Ano 16, abr.-jun. 2008, v. 63, São Paulo:Revista dos Tribunais, pp.81-129.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Company, 1999.

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

LAUDA, Bruno Bolson. *A análise econômica do direito: uma visão da crematística no Direito*. Disponível em: <http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a3.pdf>, Acesso em 10de janeiro de 2010.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e direito fundamental ao mínimo existencial. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.) *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 279-312.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. in: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.) *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 173-193.

RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito: uma introdução*. Coimbra:Almedina, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. in: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.) *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p.11-53.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.) *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. in: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.) *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p.149-172.

STF. *Informativo 345/2004*. ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? in: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.) *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 55-68.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. in: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.) *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p.69-86.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (org.) *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008a, p. 313-339.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, 2006, disponível em: <http://www.sbdp.org.br>, Acesso em 25 de janeiro de 2010.

WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia. in: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (org.) *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p.285-303.