



## ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND THE ACHIEVEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

---

**Marcia Carla Pereira Ribeiro**

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1987), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998). Atualmente é professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, professora adjunta da Universidade Federal do Paraná, Procuradora do Estado - ex-Procuradora Geral do Estado do Paraná. Foi professora visitante em estágio de pós-doutoramento na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas e pesquisadora convidada da Université de Montréal. Foi consultora da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná e é integrante de conselhos editoriais e consultivos de Revistas Especializadas. É diretora do Programa de Pós-graduação em Direito da PUCPR. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Comercial e Contratual, atuando principalmente nos seguintes temas: Empresa, Direito Empresarial, Direito Falimentar, Análise Econômica do Direito e Direito Contratual. Ex-Presidente da Associação Paranaense de Direito e Economia - ADEPAR (2009-2011) e da ABDE - Associação Brasileira de Direito e Economia (2010-2011). Última atualização do currículo em 10/05/2012. CV: <<http://lattes.cnpq.br/1514127912243020>>. *E-mail*: mcarlaribeiro@uol.com.br.

**Diego Caetano da Silva Campos**

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2010). Atualmente é mestrando (PPGD da Pontifícia Universidade Católica do Paraná) e advogado associado à AKMPS Sociedade de Advogados. Última atualização do currículo em 20/11/2011. CV: <<http://lattes.cnpq.br/1383990743666823>>. *E-mail*: diegocampos\_88@hotmail.com.

#### Resumo

Os direitos fundamentais são à base do ordenamento jurídico em Estados Constitucionais Democrático. Em decorrência da privilegiada posição, a

---

doutrina constitucionalista é unânime em afirmar a necessidade de sua concretização. Para que tal aconteça é imprescindível a atuação do Estado nas esferas legislativa, executiva e judiciária. No campo jurídico, o simples fato de a estrutura normativa ser delineada com o escopo de concretização dos direitos fundamentais não garante que efetivamente cumprirá este papel. Neste passo, defende-se neste trabalho que a *análise econômica do direito* pode contribuir para a concretização dos direitos fundamentais, pois fornece instrumental útil para avaliar se as políticas públicas escolhidas pelo Estado para tal desiderato efetivamente atingem os fins a que se propõe. Defende-se a eficiência da atuação estatal no sentido da máxima efetivação dos direitos fundamentais, com melhor aproveitamento dos recursos, sempre observando as limitações dos valores éticos e morais reconhecidos pela sociedade.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Políticas Públicas. Análise Econômica do Direito.

### Abstract

Fundamental rights are the basis of legal framework in democratic constitutional states. As a consequence of privileged position, the constitutional doctrine is unanimous in affirming the need for their realization. For this to happen it is essential the action of state in the legislative, executive and judicial spheres. In the legal field, the simple fact that the regulatory framework to be outlined with the scope of realization of fundamental rights does not guarantee that fulfills this role effectively. In this step, it is argued in this paper that the economic analysis of law can contribute to the achievement of fundamental rights, because it provides useful instrument to assess whether the policies chosen by the state to reach this aim the purposes for which it is proposed. It supports the effectiveness of State action in the direction of maximum enforcement of fundamental rights, with better use of resources, observing the limitations of ethical and moral values recognized by society.

**Keywords:** Fundamental Rights. Law and Economics. Public Policies.

**Sumário:** Introdução 1. A Necessidade de Atuação Estatal para a Concretização dos Direitos Fundamentais. 2.1. Linhas Gerais do Método. 2.2. Principais Fundamentos Teóricos Utilizados pelo Método da Análise Econômica do Direito. 3. A Contribuição da Análise Econômica do Direito para a Concretização dos Direitos Fundamentais. Considerações Finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

O nascimento dos modernos Estados Constitucionais está assentado na ideia de submissão dos poderes públicos a um conjunto de direitos fundamentais previstos na Constituição. Conquanto hajam variados modos de conformar as Constituições, de acordo com o modelo estatal adotado e peculiaridades de cada sociedade, o ponto comum entre as diferentes concepções de Constituição repousa na vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais plasmados na Constituição (FERRAJOLI, 2010, p. 33).

Atualmente, após longa evolução histórica na formatação dos direitos fundamentais, pode-se afirmar, de um modo geral, que a previsão de direitos fundamentais nas Constituições está conectada à proteção do ser humano em suas mais variadas dimensões (CANOTILHO, 2003, p. 377)<sup>1</sup>. Neste prisma, na linha da classificação tradicional, fala-se na existência de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, conforme a esfera de interesses e valores que foram paulatinamente protegidos ao longo da trajetória de transformação do reconhecimento jurídico dos direitos fundamentais<sup>2</sup> (SARLET, 2004, p. 53).

Os direitos fundamentais são à base do ordenamento jurídico em Estados Constitucionais Democrático. Isso porque definem a forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, além de integrarem a essência do Estado constitucional. Neste prisma, constituem parte não só da Constituição formal, como também da Constituição material (SARLET, 2004, p. 68).

Especificamente em relação à democracia, leciona Afonso da Silva que a fonte da existência de direitos fundamentais é a própria soberania popular, cuja existência é condição necessária para o regime democrático (SILVA, 2007, p. 179). Na mesma linha, Cunha e Scarpi afirmam que um Estado não é verdadeiramente democrático sem o

---

<sup>1</sup> Segundo Canotilho, os direitos fundamentais são “direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional”, sendo que a positivação de tais direitos na Constituição “significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”.

<sup>2</sup> Os direitos fundamentais denominados de primeira dimensão consistem os direitos fundamentais referentes às liberdades civis e políticas; os de segunda dimensão dizem respeito ao direito geral à igualdade material, consubstanciado em direitos sociais e econômicos; e os de terceira dimensão referem-se a questão da solidariedade, protegendo o desenvolvimento, o meio ambiente e a paz.

---

respeito aos direitos fundamentais, tendo em vista que o exercício da autonomia pública somente é possível se os cidadãos forem independentes em razão dos direitos fundamentais assegurados (CUNHA; SCARPI, 2007, p. 84).

Feitas estas considerações, não há como negar o papel central ocupado pelos direitos fundamentais na conformação dos Estados Constitucionais. Sintetiza este protagonismo, os ensinamentos de Alexy, quando destaca que os direitos fundamentais (i) ocupam o grau máximo de hierarquia em nos Estados Constitucionais, pelo simples fato de estarem previstos na Constituição – *lex superior* em relação às normas infraconstitucionais; (ii) gozam da máxima força jurídica, por vincularem os três poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), inclusive mediante controle jurisdicional; e (iii) gozam da máxima importância de seu objeto (ALEXY, 2005, p. 32-36).

Em decorrência desta privilegiada posição no Estado Constitucional, a teoria constitucionalista contemporânea é unânime ao afirmar a necessidade de concretização dos direitos fundamentais. Conforme registra Pablo Lucas Verdù, seria insuficiente a simples garantia de proclamação ou vigência dos direitos fundamentais, sendo preciso que as estruturas jurídica, econômica e social os tornem efetivos (VERDÙ, 2007, p. 59). Nesta medida, há densa formulação teórica no sentido da eficácia dos direitos fundamentais. Propugna-se que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, “direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem jurídica objetiva” (MENDES, 2010, p. 2). Como direitos subjetivos, permitem que os titulares imponham os interesses tutelados por seu direito fundamental perante o Estado e a coletividade; como elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, compõe “a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático” (MENDES, 2010, p. 2).

Não obstante o escopo de efetivação dos direitos fundamentais verifica-se que, na prática, não são raros os casos de não realização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Verifica-se a existência de violações a direitos fundamentais em todas as suas dimensões, mas especialmente no que se refere aos direitos fundamentais sociais (segunda dimensão), mediante omissão estatal em proporcionar as condições necessárias ao exercício de direitos sociais relativos à saúde, educação, moradia, dentre outros.

Para justificar suas omissões na satisfação dos direitos fundamentais, tornou-se comum os órgãos estatais suscitarem motivos econômicos como causadores do problema da não concretização dos direitos fundamentais, afirmando que a insuficiência de recursos seria o fator que implicaria em incapacidade de prestação adequada dos direitos fundamentais de defesa e sociais. Nesta linha, surgiu, inclusive, a famigerada teoria da reserva do possível, importada ao Brasil na década de 80, que por vezes serviu de sustentáculo para o Estado justificar sua omissão na concretização dos direitos fundamentais sociais, conferindo o fundamento teórico para a não efetivação de tais direitos.

Em reação a este cenário, densa foi a formulação doutrinária acerca da impossibilidade de opor fatores econômicos como alicerce para “fraudar” a concretização dos direitos fundamentais sociais<sup>3</sup>. Vários foram os autores que rechaçaram a motivação econômica, entendendo que a efetivação dos direitos fundamentais não poderia ser condicionada por este fator.

Ocorre que esta aparente oposição entre questões econômicas e concretização dos direitos fundamentais parece ter contribuído, em certa medida, para que fossem escassos no Brasil os estudos aproximando a formulação teórica da ciência econômica e a questão da concretização dos direitos fundamentais, senão quando para afirmar que motivos econômicos não poderiam amesquinhar a finalidade de efetivação dos direitos fundamentais.

Outro fator que colaborou para a segregação da ciência econômica nos debates sobre concretização dos direitos fundamentais foi a propugnada incompatibilidade entre os valores de justiça ínsitos na formulação dos direitos fundamentais e alguns conceitos característicos da ciência econômica, como, por exemplo, o conceito de eficiência alocativa. Robustas foram as críticas formuladas por Dworkin contra a aproximação entre Direito e Economia, muitas delas elencadas no livro *Uma questão de princípio*, especialmente na parte quatro, intitulada “A visão econômica do Direito” (DWORKIN, 2001, p. 351-436).

---

<sup>3</sup> Esta tese está acolhida inclusive em precedentes do Supremo Tribunal Federal (v.g. ARE 639.337 AgR/SP).

---

Não obstante a aparente oposição que se instalou entre as questões econômicas e o problema da efetivação dos direitos fundamentais, o presente trabalho visa demonstrar de que forma a aproximação entre a ciência econômica e a teoria dos direitos fundamentais, utilizando o ferramental teórico da análise do direito sob a ótica econômica (Análise Econômica do Direito ou Direito & Economia), pode contribuir para a concretização dos direitos fundamentais. Sem a pretensão de esgotar a matéria, pretende-se destacar algumas interconexões entre o instrumental da Economia e a efetivação dos direitos fundamentais, estimulando maiores pesquisas nesta seara.

Assim, inicia-se o artigo abordando a necessidade de atuação estatal para a concretização dos direitos fundamentais. Na sequência, trata-se da caracterização e dos principais postulados do movimento denominado *análise econômica do direito*, a fim de melhor entender o arcabouço teórico utilizado por este método de análise. A partir da argumentação traçada, debruça-se sobre a possível contribuição do instrumental da análise econômica para a formatação das estruturas normativas e das políticas públicas tendentes à concretização dos direitos fundamentais. Por fim, passa-se às considerações finais.

## 1. A NECESSIDADE DE ATUAÇÃO ESTATAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A previsão de direitos fundamentais como elementos estruturantes dos Estados é característica do constitucionalismo do período pós-Segunda Guerra Mundial (BARROSO, 2007, p. 3). O contexto de seu surgimento marca a reintrodução de concepções jusnaturalistas nos sistemas jurídicos estatais, reinserindo no topo dos ordenamentos a ideia de direitos naturais inerentes ao ser humano, os quais não só não poderiam ser desrespeitados pelos poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), como também seria dever do Estado promover sua efetivação, quando necessária a atuação estatal. Assim, os direitos fundamentais passam a formar a base elementar das Constituições dos Estados, vinculando em especial o Poder Legislativo, de modo a evitar a repetição das atrocidades contra a dignidade humana, que foram

cometidas sob o manto da legalidade, na Alemanha nazista e na Itália fascista (LUÑO, 2007, p. 41-42).

Considerando a origem dos direitos fundamentais – conjunto de valores considerados condição fundante da vida humana – sua inclusão nos textos constitucionais se dá preponderantemente por meio de princípios gerais, com robustez valorativa, mas com baixa definição normativa específica. Conforme observa Lunardi, em razão de sua forma de positivação, função e finalidade, os direitos fundamentais possuem alta carga valorativa, mas baixa densidade normativa (LUNARDI, 2008, p. 201-202).

Significa dizer que não decorre das normas de direito fundamental quais serão os exatos contornos das medidas que deverão ser adotadas pelos órgãos estatais para a efetivação dos direitos fundamentais no plano concreto. Assim, por exemplo, a Constituição Federal brasileira de 1988, ao prever, no seu artigo 5º, inciso LXXVIII, o direito fundamental à razoável duração dos processos judiciais e administrativos não clarifica quais seriam as medidas a serem adotadas para garantir a observância da razoável duração do processo no plano concreto, limitando-se a prever o princípio geral valorativo em comento.

Neste sentido, Sarlet sustenta que os direitos fundamentais “reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador”, sem que se negue, em virtude desse fato, a eficácia e aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, tal qual previsto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal brasileira de 1988 (SARLET, 2004, p. 259). Segundo o autor, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais implica imputar aos poderes públicos o dever de atuar de modo a extrair das normas de direito fundamental a maior eficácia possível, realizando as gradações e conformações consonantes à “forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha” (SARLET, 2004, p. 265-266).

Também neste viés, Maria Schuster Bueno registra que os direitos fundamentais impõem aos agentes políticos, jurídicos e sociais o dever de agir em prol de possibilitar a todos a fruição de tais direitos, não bastando o mero reconhecimento formal de sua existência (BUENO, 2007, p. 204).

---

Esta necessidade de atuação estatal não se restringe à realização dos direitos fundamentais sociais. Ao contrário do que possa parecer, para efetividade dos direitos fundamentais de defesa não é suficiente a mera abstenção do Estado frente aos particulares. Conforme ensina Galdino, os “deveres negativos impõem para o Estado outros correlatos deveres positivos, no mínimo para manter uma estrutura que garanta o respeito aos direitos fundamentais em questão” (GALDINO, 2005, p. 226). Para se chegar a tal constatação basta verificar que direitos de defesa clássicos, como o direito de propriedade, somente é concretizado se o Estado tutelá-lo, reprimindo os atos que atentem contra o exercício de tal direito. Para tal desiderato, o Estado atua, por exemplo, tipificando as condutas que impliquem em sua violação (função legislativa); implementando as condições para que a polícia exerça seu papel ostensivo e judiciário na proteção da propriedade (função executiva); e otimizando o processo penal, permitindo a repressão dos atos de violação tais como roubos e furtos (função judiciária). Nesta perspectiva, pode-se afirmar que todos os direitos fundamentais demandam, para sua concretização de ações positivas do Estado (GALDINO, 2005, p. 215).

Neste passo, há quem entenda a necessidade de atuação para a efetivação dos direitos fundamentais não só como uma tarefa ou um dever do Estado, mas também como fator que determina a própria legitimidade do poder estatal. Neste prisma, o poder estatal seria ilegítimo em caso de omissão ou atuação de maneira inadequada à finalidade de efetivação dos direitos fundamentais, sendo, portanto, um limite ao exercício do poder político (LUÑO, 2007, p. 21).

Como se pode perceber, há certo consenso sobre a necessidade de atuação estatal para a concretização dos direitos fundamentais, seja como uma tarefa do Estado ou até mesmo como fonte de legitimidade. Todavia, se não há maiores discussões sobre a necessidade de atuação estatal para atingir a finalidade de concretização dos direitos fundamentais, o mesmo não se pode afirmar quando a questão é o modo pelo qual o Estado deve atuar e utilizar seus instrumentos para chegar a tal escopo.

Se for certo que o Estado está vinculado aos direitos fundamentais – significando, na lição de George Marmelstein, que a atividade estatal está limitada ao conteúdo dos direitos fundamentais (MARMELESTEIN, 2008, p. 235-236) – há que se

reconhecer que existe uma expressiva margem de liberdade para que os poderes constituídos do Estado definam quais as medidas legislativas, executivas e judiciárias que serão tomadas para que seja alcançado o resultado de concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Tais escolhas, sem dúvida, tratam-se de escolhas políticas, dentro dos limites consubstanciados nos conteúdos mínimos de cada um dos direitos fundamentais. Neste prisma, denominam-se de políticas públicas, em sentido amplo, estas ações de governo voltadas à realização dos direitos, podendo estar consubstanciadas, na lição de Mânica, “em leis ou atos normativos, mas com eles não se confundem, pois decorrem do conjunto de atos e/ou normas que implementam valores e objetivos albergados pelo ordenamento jurídico” (MÂNICA, 2007, p. 175).

O problema que se coloca é o seguinte: como formatar a atuação estatal (políticas públicas) de forma a que os efeitos concretos desse agir impliquem na máxima efetivação possível dos direitos fundamentais? Não raras vezes, verifica-se que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário adotam medidas sob a justificativa de proteção ou realização dos direitos fundamentais plasmados nos textos constitucionais, mas os resultados de sua intervenção não produzem os efeitos almejados ou acabam se voltando contra o próprio direito fundamental que se buscava tutelar.

Não se pode perder de vista que os efeitos das normas jurídicas não dependem exclusivamente de sua vigência formal no ordenamento jurídico. A concepção da teoria pura do Direito de Kelsen, isolando o estudo das normas jurídicas de todas as considerações que não fossem estritamente jurídicas, já não é mais suficiente para dar conta da complexidade atual do ordenamento. A efetividade do Direito é influenciada pelas condicionantes sociais, econômicas e culturais de determinada comunidade. Neste mister, pode-se afirmar que a concretização dos direitos depende de ações positivas do Estado, as quais se submetem inevitavelmente às escolhas públicas que produzirão efeitos na realidade sensível (GALDINO, 2005, p. 228).

Assim, para definição das ações estatais voltadas à concretização dos direitos fundamentais, mostra-se importante que se avalie os efeitos de tais ações, a fim de escolher as que produzam resultados mais consentâneos com o escopo da máxima efetivação dos direitos fundamentais. Para adequada avaliação de tais efeitos, vislumbra-se importante a interdisciplinaridade na análise das ações estatais, em

---

---

especial das suas instituições jurídicas, permitindo que a ciência jurídica dialogue com áreas de conhecimento inseridas diretamente no âmbito social, tais como a sociologia, a antropologia, a história, a filosofia e a economia, a fim de entender melhor a realidade perante a qual serão aplicadas as leis, decisões judiciais e demais atuações estatais.

Considerando que o escopo deste trabalho é demonstrar de que forma a ciência econômica pode contribuir para a concretização de direitos fundamentais – afastando a falsa impressão de que a Economia apresentaria alguma contrariedade à efetivação dos direitos fundamentais – passa-se a tratar dos postulados gerais da ciência econômica quando em diálogo com as instituições jurídicas, condensado no método denominado *Análise Econômica do Direito*.

## 2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO MÉTODO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

### 2.1. Linhas gerais do método

O método de compreensão do Direito denominado de *Análise Econômica do Direito* (AED) – desenvolvido inicialmente nos Estados Unidos, pela Escola de Chicago – tem como principal característica a integração entre a ciência jurídica e a ciência econômica, analisando as questões jurídicas a partir do instrumental analítico da Economia. Salama conceitua a disciplina como “um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas” (SALAMA, 2008, p. 9).

No mesmo sentido, Alvarez afirma que a AED “caracteriza-se pela aplicação da teoria econômica na explicação do direito” (ALVAREZ, 2006, p. 52). Segundo o autor, a *Análise Econômica do Direito* tem como ponto de partida a rejeição da noção de realidade jurídica como algo autônomo em relação às demais ciências sociais, assumindo uma concepção própria do realismo jurídico, isto é, rejeitando a concepção formalista do fenômeno jurídico. A partir da aplicação de conceitos microeconômicos, o método de análise busca explicar o comportamento dos indivíduos perante as normas jurídicas e os seus efeitos em termos de eficiência (ALVAREZ, 2006, p. 53).

Especificamente em relação à teorização do comportamento humano é que Gico Junior vislumbra a maior contribuição da AED ao Direito. Consoante afirma, falta aos juristas “qualquer instrumental analítico robusto para descrever a realidade sobre a qual exercem juízos de valor ou para prever as prováveis consequências de decisões jurídico-políticas”. Diante dessa ausência de uma teoria sobre o comportamento humano é que a AED é mais útil à ciência jurídica, segundo a ótica do autor, pois disponibiliza um ferramental teórico robusto que auxilia a previsão sobre as possíveis respostas dos agentes frente a eventuais alterações nas instituições jurídicas (GICO JR., 2010, p. 8). No mesmo sentido, destaca Salama que, antes de tudo, a *Análise Econômica do Direito* “serve para iluminar problemas jurídicos e para apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas” (SALAMA, 2008, p. 6).

Existem duas grandes abordagens na AED: uma denominada *positiva*, que se ocupa apenas da previsão das consequências das normas jurídicas, prospectando o comportamento dos agentes econômicos perante a lei; e outra, *normativa*, mais abrangente, que visa formular sugestões de normas com base nos efeitos econômicos analisados (PINHEIRO; SADDI, 2010, p. 88). A este respeito, esclarecedores os ensinamentos de Gico Junior:

Nesse sentido, quando um praticante da AED está utilizando seu instrumental para realizar uma análise positiva (e.g. um exercício de prognose, uma aferição de eficiência), dizemos que ele está praticando ciência econômica aplicada ao direito. Aqui, o juseconomista que não é capaz de oferecer quaisquer sugestões de políticas públicas ou de como certa decisão deve ser tomada. O máximo que ele pode fazer é identificar as possíveis alternativas normativas (se textuais, aplicando-se técnicas hermenêuticas) e investigar as prováveis consequências de cada uma (aplicando-se a AED), bem como comparar a eficiência de cada solução possível, auxiliando em uma análise de custo-benefício.

Já quando o praticante de AED está utilizando o seu instrumental para realizar uma análise normativa (e.g. afirmar que uma política pública X deve ser adotada em detrimento de política Y, ou que um caso A deve ser resolvido de forma W), ele está apto a fazê-lo enquanto juseconomista se, e somente se, o critério normativo com base no qual as referidas alternativas devem ser ponderadas estiver previamente estipulado (e.g. por uma escolha política prévia consubstanciada em uma lei). Por exemplo, se o objetivo é reduzir a quantidade de sequestros-relâmpagos, a AED normativa pode nos auxiliar a identificar qual a melhor política de punição, qual a melhor estrutura processual para este tipo de delito etc. Nessa linha, qualquer objetivo pode servir de guia para a AED normativa, desde uma maior preocupação com distribuição de riqueza até a forma mais eficiente de se incentivar a conciliação entre casais em crise. (GICO JR., 2010, p. 19-20)

---

De modo geral, verifica-se certa resistência em se admitir a perspectiva normativa da análise econômica, notadamente buscando evitar a redução do fenômeno jurídico a concepções utilitaristas incompatíveis com valores éticos e morais. Conforme ensina Galdino, é arriscado a “*economicização do Direito*”, ou seja, a redução da compreensão do ser humano e do sistema jurídico ao mero escopo de maximização de riquezas sob a perspectiva econômica.

Por certo que o Direito não pode se fazer reduzir ao atendimento dos postulados econômicos, eis que a experiência social não se resume à mera questão econômica, existindo diversos valores que não têm relação alguma com esta seara. No entanto, isso não significa negar a possibilidade de se aplicar a Análise Econômica do Direito para, em uma perspectiva normativa, propor quais seriam as formas mais adequadas de formatar a legislação para atingir determinados fins estabelecidos na Constituição. Neste caso, não se trata de colocar a eficiência econômica como escopo do sistema, e sim aplicar a AED para prever se o meio escolhido pelo Estado (política pública) se presta ao fim para o qual foi delineado (concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição, por exemplo).

Por outro lado, destaca Galdino que o paradigma do comportamento humano como simples avaliação de maximização de interesses pessoais é limitada, pois não considera outras motivações que orientam as escolhas humanas (GALDINO, 2005, p. 244-246).

Em que pese à ressalva formulada, o arcabouço teórico da *Análise Econômica do Direito* ainda assim se apresenta como poderosa ferramenta para a previsão dos efeitos concretos das políticas públicas. Conforme destaca Salama, algumas das premissas centrais da AED são imperfeitas, porém consegue capturar o necessário para tornar previsível dada realidade complexa, e, por esta razão, devem ser julgadas não pela sua veracidade absoluta, mas sim pela exatidão empírica de seus prognósticos (SALAMA, 2008, p. 20). Nesta medida, a AED pode auxiliar decisivamente na verificação da maneira mais adequada de atuação estatal para a concretização dos direitos fundamentais. É o que se busca explorar a partir do exame dos principais alicerces teóricos do método de análise da AED.

## 2.2. Principais fundamentos teóricos utilizados pelo método da Análise Econômica do Direito

A concepção inicial para se compreender o instrumental analítico da análise econômica é admitir a escassez dos recursos da sociedade para a satisfação das inúmeras necessidades sociais. Se não houvesse a escassez, não haveria conflito e, conseqüentemente, não haveria necessidade do direito, pois todas as necessidades seriam satisfeitas. No entanto, como a escassez é uma realidade, fica a cargo da sociedade as escolhas entre as alternativas possíveis (GICO JR., 2005, p. 15).

Conectado ao postulado da escassez está o pressuposto fundamental da racionalidade do comportamento humano. Consiste na ideia de que as condutas individuais são orientadas de acordo com uma ponderação racional entre benefícios e prejuízos atrelados a determinada ação ou omissão. Significa dizer que o ser humano, frente a duas ou mais opções de conduta possíveis, optará pela opção que, de acordo com sua avaliação, for a mais vantajosa (COASE, 1988, p. 27). Nas palavras de Pinheiro e Saddi, o ser humano “sempre procura aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação. Formalmente, diz-se que os agentes econômicos agem de maneira racional, procurando maximizar sua utilidade” (PINHEIRO; SADDI, 2010, p. 89).

Afirmar que o comportamento humano é racional não significa que a avaliação de benefícios e prejuízos realizada pelo agente sempre estará de acordo com a realidade. No contexto atual, predomina na AED a compreensão da racionalidade com caráter limitado. Conforme destaca North, é utópica a situação na qual os agentes conhecem racionalmente seus interesses e sabem conduzir-se de modo a concretizar tais interesses. Segundo o autor, os mitos, a ideologia, os dogmas são fatores importantes para determinar a escolha dos agentes, mas não há garantia de que as escolhas ordenadas por estes fatores implicarão nos resultados que se espera (NORTH, 1994, p. 362).

Em suma, o pressuposto comportamental formulado pela AED se consubstancia em uma perspectiva individual, de acordo com o qual cada ser humano

---

---

pautaria suas condutas de acordo com a maximização de sua utilidade pessoal, independentemente dos resultados coletivos das condutas. Neste sentido, Forgioni sintetiza, ao abordar o pressuposto de racionalidade da AED, que “as decisões individuais dos agentes econômicos são marcados pelo desejo egoístico de satisfação de suas necessidades (...)” (FORGIONI, 2005, p. 248).

Conquanto o pressuposto da racionalidade esteja sujeito a críticas, em especial pelo fato de desconsiderar fatores como religião, crenças, moral, que por certo influenciam o comportamento humano, não há como negar seu potencial para prever as prováveis reações dos cidadãos e de outros agentes sociais (empresas, organizações) perante determinada instituição jurídica. Na esteira dos ensinamentos de Galdino, as oscilações de comportamentos lastreados em aspectos religiosos, moral, paixões, motivos estéticos, são muito difíceis de serem enquadradas em um modelo analítico, pois não são passíveis de uma avaliação precisa (GALDINO, 2005, p. 241). Neste passo, a redução se justifica para confeccionar um instrumental analítico útil para compreender a realidade, não olvidando a possibilidade de eventual complementação pelas demais ciências sociais, pois, conforme ensina Cooter, a Economia explica o Direito, mas não de maneira completa, eis que não consegue acessar a toda realidade subjacente ao fenômeno jurídico (COOTER, 1982, p. 1.260).

A partir do pressuposto de racionalidade do comportamento humano, é possível verificar o modo com que a *análise econômica* compreende o sistema jurídico. Na perspectiva econômica, o ordenamento jurídico consiste em uma estrutura de incentivos que influencia o comportamento dos agentes. Na lição de Forgioni, um dos postulados da *análise econômica* é que as normas jurídicas consubstanciam incentivos ou desestímulos, sendo as sanções normativas simples preços que influenciam a relação custo-benefício de seus comportamentos (FORGIONI, 2005, p. 248). Na mesma esteira, Salama registra que a conduta dos indivíduos como maximizadores racionais de suas preferências indica que têm a capacidade de responder a incentivos (SALAMA, 2008, p. 21-22).

Dessa forma, a capacidade da norma jurídica de influenciar o comportamento das pessoas está atrelada ao seu poder de aumentar ou reduzir os custos e as vantagens vinculadas à determinada conduta, induzindo os comportamentos a partir do

pressuposto da racionalidade do ser humano. Melhor explicitando, quanto maior for a convicção do indivíduo de que a aplicação da norma jurídica irá aumentar seus prejuízos (gasto de dinheiro, matéria-prima, tempo...), maior será o efeito da norma na escolha de suas condutas, pois, sendo ele racional, irá orientar a escolha de seu comportamento pela opção que lhe pareça mais benéfica, numa análise de custo e benefício.

Como se pode perceber, a *Análise Econômica do Direito* não pressupõe que, pelo simples fato de estar formalmente vigente, a norma jurídica será observada. O cumprimento ou não do comando normativo dependerá dos custos e benefícios a ele atrelados pelo ordenamento jurídico, sendo possível que a sua normatividade seja negada em virtude da respectiva estrutura de incentivos (maiores incentivos para a violação da norma, por exemplo). Neste sentido, Gico Junior anota que, na ótica da AED a observância dos comandos normativos “não apenas não é pressuposta como muitas vezes é negada, isto é, admite-se que regras jurídicas enquanto incentivos – em algum caso concreto – podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos” (GICO JR., 2005, p. 21).

E para arrematar a abordagem sobre os principais fundamentos teóricos da AED – a fim de melhor compreender suas facetas – inevitável tratar da questão da eficiência.

Segundo Ribeiro e Galeski, a eficiência é umas das preocupações principais da Economia e consiste, de uma maneira geral, em alocar e dispor dos recursos escassos de modo a maximizar a satisfação das necessidades. Destacam os autores que a teoria econômica apresenta dois modelos de eficiência que são mais conhecidos: o ótimo de Pareto e o de Kaldor-Hicks (RIBEIRO; GALESKI, 2009, p. 85-86). Para o modelo teórico de Pareto, uma situação é eficiente quando não é possível melhorar a posição de uma das partes envolvidas sem piorar a posição de outra parte. Por outro lado, pelo modelo de Kaldor-Hicks, dada situação é considerada eficiente quando o prejuízo causado a determinada parte é menor do que o proveito da coletividade, possibilitando que as perdas possam ser compensadas pelos ganhos, gerando a maximização da riqueza social.

---

A crítica que geralmente se faz aos modelos de eficiência econômica é que está dissociado da noção de equidade. Neste mister, Sztajn explicita que a crítica que se formula em relação ao ótimo de Pareto, por exemplo, é que se mostram possíveis alocações consideradas eficientes com distribuições de recursos muito desiguais (SZTAJN, 2005, p. 76).

No entanto, nem sempre o conceito de eficiência está afastado da equidade (RIBEIRO; GALESKI, 2009, p. 85). Pode-se entender a eficiência tal como propugnado por Galdino, ou seja, orientada por valores e vinculada às condicionantes sociais, políticas e econômicas (GALDINO, 2005, p. 261). Nesta medida, a busca de eficiência nas instituições jurídicas não significaria simplesmente tornar a eficiência econômica o escopo de todo o fenômeno jurídico. Na realidade, a eficiência seria buscada nos limites dos valores morais e éticos da sociedade, buscando observá-los conforme as medidas que maximizem a satisfação de tais valores. Neste raciocínio, seria possível falar em formação de políticas públicas (leis, ações de cunho executivo) eficientes para a concretização dos direitos fundamentais, respeitado os princípios éticos da universalidade, indivisibilidade e fundamentabilidade de tais direitos.

Vistas as bases do arcabouço teórico da análise econômica, é possível progredir no estudo, a fim de avaliar de que forma a *Análise Econômica do Direito* pode contribuir para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

### **3. A CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Pela argumentação perfilhada até aqui, verificou-se que os direitos fundamentais são elementos basilares dos Estados Constitucionais democráticos, demandando necessariamente atuação estatal para sua efetivação, pois possuem alta carga valorativa, mas baixa densidade normativa. Como visto, a atuação estatal concretizadora se consubstancia preponderantemente em ações positivas, com especial destaque para a atividade do legislador infraconstitucional, na formação da

estrutura normativa que melhor se coadune a efetivação dos direitos fundamentais plasmados na Constituição.

No entanto, o simples fato da estrutura normativa ter sido delineada juridicamente com o escopo de concretização dos direitos fundamentais não garante que efetivamente ela cumprirá com este papel. A compreensão do Direito distanciado da realidade social, política e econômica não é suficiente para dar conta da complexidade da sociedade contemporânea. É utópico entender que a mera eficácia formal das normas jurídicas será suficiente para garantir que, em todas as hipóteses, a finalidade para a qual tais normas delineadas serão alcançadas.

A corroborar esta afirmação, basta verificar que não raras vezes são formuladas leis para atender determinada função e as mesmas acabam não gerando o efeito esperado ou acabam resultando em efeitos justamente contrários aos fins para os quais foram criadas.

Exemplo de não alcance dos respectivos fins são as leis estaduais que preveem a obrigatoriedade de cobrança de *meia-entrada* dos estudantes e idosos para ingresso em estabelecimentos de diversão, eventos culturais, esportivos e de lazer. A partir dos contornos das leis em comento, é possível deduzir que sua finalidade seria a concretização dos direitos fundamentais à educação, ao acesso à cultura, à proteção dos idosos, possibilitando que estes grupos tivessem acesso mais facilitado aos espetáculos de cunho cultural, artístico e científico. Entretanto, o que se verifica na prática é que, em resposta à obrigatoriedade da meia-entrada, os responsáveis pela comercialização dos ingressos passaram a aumentar o valor do ingresso normal (inteira), para que o valor do ingresso de meia-entrada se equalizasse ao valor cobrado antes de sua obrigatoriedade. Além disso, passou-se a estender o “benefício” da meia-entrada a praticamente todos os usuários, mediante, por exemplo, a doação de um quilo de alimento não perecível. Pois bem. Aplicando o instrumental da *Análise Econômica do Direito*, verifica-se que, a partir da racionalidade econômica de maximização de seu interesse (no caso, preponderantemente o lucro), os organizadores dos eventos internalizaram os custos da obrigatoriedade da meia-entrada, repassando-os para a plateia. Como resultado, apesar das leis terem sido delineadas para atingir o escopo de concretização de determinados direitos

---

---

fundamentais (educação, acesso à cultura, proteção dos idosos), seus efeitos não corresponderam ao que era almejado, eis que, na prática, não se verificou a redução no valor das entradas em espetáculos culturais, a fim de ampliar o acesso a tais eventos.

No mesmo sentido, elucidativo o exemplo citado por Salama:

Em março de 2006, a Senadora Maria do Carmo do Nascimento Alves (DEM/SE) apresentou Projeto de Lei n. 45/2006, cuja intenção seria a de acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor - CDC um dispositivo que facultaria ao consumidor antigo de produtos e serviços executados de forma contínua, a seu critério, exigir a concessão de benefícios que são oferecidos pelos fornecedores para a adesão de novos consumidores. Por exemplo: se uma operadora de telefones celulares oferecesse uma promoção de um mês de uso gratuito do telefone celular para novos consumidores, os consumidores antigos teriam o direito de exigir o mesmo benefício. O intuito da medida seria, naturalmente, o de proteger os consumidores.

Mas a verdade é que, se o projeto for aprovado, dificilmente atenderá seus muito louváveis fins de proteger os consumidores, e o ferramental teórico da disciplina de Direito e Economia nos ajuda a entender o porquê. Se os consumidores antigos tivessem a possibilidade de exigir os benefícios concedidos em promoções destinadas a atrair novos clientes, tais promoções ficariam muito mais custosas para as empresas e, dessa forma, bem menos atrativas. Se este Projeto de Lei for aprovado, as empresas serão induzidas a competir de outras formas (por exemplo, realizando campanhas publicitárias) ao invés de concederem descontos. O primeiro efeito que se esperaria dessa regra seria a redução do número de promoções. O segundo efeito seria a redução da competição entre as empresas fornecedoras. Tudo isso, naturalmente, sob o louvável pretexto de se proteger os consumidores. (SALAMA, 2008, p. 26)

A partir desses exemplos, fica claro que o Direito, de maneira isolada (autorreferencial), tem dificuldade em formatar a estrutura normativa adequada para a concretização dos direitos fundamentais. E isso se deve, na esteira do entendimento doutrinário examinado, ao fato da ciência jurídica não possuir uma teoria sobre o comportamento humano. Nesta medida, acabam havendo situações nas quais a falta de um instrumental adequado para prospectar a reação dos atores sociais frente às estruturas jurídicas acaba por ocasionar o advento de atuações estatais (legislativas, executivas e judiciárias) inadequadas, que acabam ou não sendo efetivas aos fins a que se lançam, ou acabam ocasionando até mesmo efeitos contrários.

Para suprir esta deficiência, importante o auxílio do ferramental analítico desenvolvido por outras ciências sociais, em especial o oriundo da ciência econômica. Conforme ensina Nusdeo, a Economia tem por objeto o estudo do comportamento humano no que se refere a ordenação e administração de recursos em um contexto de

escassez (NUSDEO, 2005, p. 43-44). Diante disso, a ciência econômica desenvolveu uma teorização do comportamento humano com significativo potencial de previsibilidade das condutas dos agentes, que pode ser aplicado para avaliação das prováveis reações dos atores sociais perante a conformação das instituições jurídicas. Eis, basicamente, o objeto da *Análise Econômica do Direito*.

Neste passo, a *Análise Econômica do Direito* pode contribuir para a concretização dos direitos fundamentais que formam o cerne dos Estados Constitucionais democráticos, na medida em que fornece instrumental útil para examinar se as políticas públicas (leis, atos normativos e demais ações estatais) escolhidas pelo Estado são eficientes para a máxima concretização dos direitos fundamentais. E, neste ponto, cumpre destacar que, para que as políticas públicas (sentido amplo) sejam eficientes, é salutar que resultem em uma estrutura de incentivo que estimule o comportamento dos agentes de maneira consentânea à efetivação dos direitos fundamentais, com o máximo aproveitamento dos recursos.

A propósito, sublinha-se, uma vez mais, que a eficiência em comento não se trata da clássica noção de eficiência alocativa, pelos famigerados modelos de Pareto ou Kaldor-Hicks. O conceito de eficiência no sentido mencionado é o defendido por Galdino, isto é, condicionado pelos valores da sociedade e por fatores sociais, políticos econômicos (GALDINO, 2005, p. 241). Em outras palavras, quando se fala em eficiência da atuação estatal na concretização dos direitos fundamentais, quer-se dizer a máxima efetivação de tais direitos, com a aplicação mais adequada dos recursos, sempre observando as limitações dos valores éticos e morais reconhecidos pela sociedade. Neste mister, rejeita-se a pretensa aplicação da ideia de eficiência econômica sem a correspondente observância dos valores éticos e de equidade, na medida em que, sob esta ótica, poderia haver situações consideradas eficientes que implicassem em negativa de vigência a direitos fundamentais de minorias, o que não se coaduna com a ideia de Estado regido pela Constituição. Não se pode olvidar que a Constituição, por definição, pressupõe a existência de mecanismos contramajoritários, a fim de evitar a ditadura das maiorias transitórias dentro do Estado Constitucional (STRECK, 2006, p. 43-44), de sorte que a eficiência, quando desconectada dos valores éticos e morais, é incompatível com esta perspectiva.

---

---

Na realidade, o que se propõe é que, em conjunto com eventuais complementações de outras ciências sociais, o instrumento teórico da *Análise Econômica do Direito* seja utilizado antes da aprovação de qualquer projeto legislativo ou da consolidação de determinada orientação interpretativa jurisprudencial, como uma espécie de análise de impacto socioeconômico da futura lei ou interpretação jurisprudencial. Com este proceder, aumenta consideravelmente a probabilidade de que as atuações estatais concretizadoras dos direitos fundamentais (em especial as legislativas e judiciárias) efetivamente cumpram esta função. Isso não significa reduzir as ações estatais apenas às que sejam eficientes economicamente, mas sim levar em conta o ferramental da *Análise Econômica do Direito* para, em conjunto com os valores éticos e morais, definir formas de atuação que impliquem na máxima efetivação dos direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, a guisa de exemplificação, poderia haver grande contribuição da AED para a concretização do direito fundamental a um meio ambiente sadio e equilibrado. A partir do ferramental da teoria econômica, utilizando os conceitos de racionalidade, custos e externalidades, seria possível que os membros do Poder Legislativo pudessem confeccionar um arcabouço de normas que implicassem na internalização, pelas empresas responsáveis, dos custos referentes às externalidades negativas consistentes em degradação ambiental. Por outro lado, poderia ser previsto uma estrutura de incentivos às empresas que adotassem determinadas condutas consentâneas ao direito fundamental a um meio ambiente sadio e equilibrado, mediante a concessão de incentivos fiscais, por exemplo (função socioambiental do tributo). Aplicando o instrumento de avaliação da *Análise Econômica do Direito*, tais normas tenderiam a incentivar condutas ambientalmente responsáveis, pois as condutas em favor do meio ambiente apresentariam maior vantagem econômica em razão da estrutura normativa, contribuindo para uma maior eficiência na efetivação do direito fundamental em exame.

Na mesma esteira, a análise das questões jurídicas segundo os fundamentos teóricos da Economia pode auxiliar o Poder Judiciário a prestar uma tutela jurisdicional mais consentânea à máxima concretização dos direitos fundamentais, num contexto de escassez de recursos. É consabido que os precedentes, mormente os oriundos dos

Tribunais Superiores influenciam a conduta dos atores sociais (cidadãos, empresas, Estado), pois esclarecem a interpretação normativa oriunda do órgão estatal que, em *ultima ratio*, é o responsável por definir o conteúdo do Direito. Dessa forma, antes da resolução dos casos concretos, mostra-se essencial uma análise acerca dos efeitos econômicos e sociais de determinada interpretação judicial, evitando que as orientações jurisprudenciais (precedentes, súmulas, enunciados) consubstanciem estruturas que incentivem condutas contrárias à concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Nesta linha, destaca Salama:

Assim, desde esta ótica pragmática, o Direito e Economia Normativa acabarão por postular que, ao interpretar e aplicar a lei, o Juiz de Direito deva sopesar as prováveis conseqüências das diversas interpretações que o texto permite, atentando, ainda, para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. Dada a relação conflituosa entre todos estes propósitos, a interpretação e aplicação do Direito continuarão sendo uma arte; não uma ciência. (SALAMA, 2008, p. 34)

Assim, por exemplo, na hipótese de se consolidar entendimento jurisprudencial, com base em uma interpretação possível do texto da Lei 1.060/50, no sentido da concessão irrestrita do benefício da justiça gratuita a todos os que declarem insuficiência de recursos – mesmo que os elementos indiquem que a pessoa teria condições de arcar com a custa sem prejuízo do sustento próprio e da família –, com vistas à concretização do direito fundamental ao acesso à justiça, haveria um incentivo, na perspectiva da racionalidade de agentes sociais, que pessoas que não precisassem da benesse ingressassem com demandas judiciais de maneira irresponsável, na medida em que o risco em caso de insucesso (pagamentos de custas judiciais e honorários advocatícios) estaria neutralizado por uma simples declaração. Esta estrutura de incentivo resultante do entendimento jurisprudencial hipotético muito provavelmente implicaria em um expressivo aumento de demandas judiciais e, o pior, no aumento do número de ações infundadas, já que a inexistência de riscos atrelados a esta conduta estimularia que os agentes ingressassem com ações, afinal, não estariam sujeitos a nenhuma perda em caso de improcedência de suas pretensões. Desta feita, a interpretação judicial ampliativa que visava a concretização do direito fundamental ao acesso à jurisdição, tenderá a ter efeito justamente contrário, qual seja, o de abarrotar o

---

Poder Judiciário de processos infundados, sem maiores reflexões sobre o cabimento das medidas, implicando em prejuízos à celeridade processual e, por via reflexa, ao direto ao efetivo acesso à justiça.

Por fim, vale registrar, citando as palavras de Galdino, que: “o direito inadequado em grau extremo é um dos principais causadores da pobreza e da violência” (GALDINO, 2005, p. 269). Neste passo, pode-se afirmar que o Direito formatado de maneira inadequada é um dos principais causadores da não concretização dos direitos fundamentais. É exatamente neste ponto que a *Análise Econômica do Direito* pode ser útil: avaliar os efeitos econômicos das leis e das orientações jurisprudenciais, de modo a orientar que sejam formuladas da maneira que produza melhores efeitos para fins de concretização dos direitos fundamentais. Neste sentido, verifica-se não ser correta a impressão de que a Economia seria sempre fundamento para negativa de concretização dos direitos fundamentais. Como visto, seu instrumental teórico se mostra importante para auxiliar na conformação da atuação estatal de maneira consonante à máxima efetivação dos direitos fundamentais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, é possível extrair algumas conclusões:

1. Os direitos fundamentais são à base do ordenamento jurídico em Estados Constitucionais Democrático. Pode-se afirmar, de um modo geral, que a previsão de direitos fundamentais nas Constituições está conectada à proteção do ser humano em suas mais variadas dimensões. Em decorrência da privilegiada posição no Estado Constitucional, a teoria constitucionalista contemporânea é unânime ao afirmar a necessidade de concretização dos direitos fundamentais.

2. Diante da característica específica das normas de direito fundamental – alta carga valorativa e baixa densidade normativa – é imprescindível a atuação estatal para a concretização de tais direitos. Em outras palavras, é necessário que o Estado atue nas esferas legislativa, executiva e judiciária, para efetivação dos direitos fundamentais, mesmo com relação aos chamados direitos fundamentais de defesa.

3. Se for certo que o Estado está vinculado aos direitos fundamentais, há que se reconhecer que existe uma expressiva margem de liberdade para que os poderes constituídos do Estado definam quais as medidas legislativas, executivas e judiciárias que serão tomadas para que seja alcançado o resultado de concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Tais escolhas, sem dúvida, tratam-se de escolhas políticas, dentro dos limites consistentes nos conteúdos mínimos dos direitos fundamentais.

4. Para a definição das ações estatais voltadas à concretização dos direitos fundamentais, mostra-se importante que se avalie os efeitos de tais ações, a fim de escolher as que produzam resultados mais consentâneos com o escopo da máxima efetivação dos direitos fundamentais.

5. O simples fato de a estrutura normativa ter sido delineada juridicamente com o escopo de concretização dos direitos fundamentais não garante que efetivamente ela cumprirá com este papel. Neste passo, a *Análise Econômica do Direito* pode contribuir para a concretização dos direitos fundamentais que formam o cerne dos Estados Constitucionais democráticos, na medida em que fornece instrumental útil para examinar se as políticas públicas (leis, atos normativos e demais ações estatais) escolhidas pelo Estado são eficientes, do ponto de vista da máxima concretização dos direitos fundamentais. Com efeito, a utilização de conceitos oriundos da teoria econômica, tais como, racionalidade, custos, eficiência, pode contribuir para criar uma estrutura de incentivo legislativa e judicial que estimule o comportamento dos agentes de maneira consentânea à efetivação dos direitos fundamentais, com o máximo aproveitamento dos recursos.

6. Não é correto afirmar que a Economia seria sempre fundamento para negativa de concretização dos direitos fundamentais, tal qual se acusa em relação à famigerada teoria da reserva do possível. Como visto, seu instrumental teórico se mostra importante para auxiliar na conformação da atuação estatal de maneira consonante à máxima efetivação dos direitos fundamentais.

---

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito, (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COOTER, Robert. Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books. **UCLA Law Review**, v. 29, 1982.

CUNHA, José Ricardo Ferreira; SCARPI, Vinicius. Os direitos econômicos, sociais e culturais: a questão da sua exigibilidade. **Revista de Direito, Estado e Sociedade**, n. 31, p. 69-85, jul./dez. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, jul./set. 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Traduzido por André Karam Trindade. IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Academia Brasileira de Direito Constitucional, maio 2010.

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

GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. **Aspectos Econômicos dos Direitos Fundamentais**: Benefícios Fiscais para Portadores de Deficiência. Londrina: SCIENTIA IURIS, 2008. v. 12.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, a. 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Revista Brasileira de Direito Público – REDE**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, jul./ago./set. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-23-JULHO-2010-GILMAR-MENDES.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2011.

NORTH, Douglas C. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, v. 84, n. 3, jun. 1994.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, p. 4-58, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. *In*: ZYLBERSTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76.

VERDÙ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Recebido em: 30/11/2011

Pareceres emitidos em: 27/12/2011 e 13/04/2012

Aceito para a publicação em: 18/05/2012