

A análise econômica dos direitos fundamentais sociais: uma análise racional das políticas públicas à luz da teoria da reserva do possível e do mínimo existencial

The economic analysis of fundamental social rights: a rational analysis of public policies in the light of the reserve theory of the possible and the minimum existential

*Eric Araujo Andrade Oliveira¹
Jadson Correia de Oliveira²*

Resumo: Quando da ocorrência de crises e ou insegurança, renovados são os questionamentos acerca do grau de eficiência ou não das políticas estatais constitucionalmente previstas, voltadas para a superação de tais episódios. Tendo em vista o atual e paradigmático momento histórico em que a humanidade enfrenta a pandemia de SARS-COV2, exsurge o questionamento: As atividades estatais orçamentárias e correlatas ao orçamento vêm sendo conduzidas racionalmente? O prisma racional-econômico, proposto por linhas teóricas tais como a análise econômica do Direito são ferramentas adequadas para se quantificar o desempenho estatal frente à crise? Para solucionar tais questionamentos a pesquisa adotará o método lógico-dedutivo, com o aporte bibliográfico e normativo. Conclui-se que análise econômica Do Direito, enquanto metodologia complementar, e, portanto, como ferramenta a disposição do gestor público pode vir a incrementar positivamente a gestão dos recursos públicos e a escolha de práticas mais eficientes que permitam a concretização dos Direitos sociais fundamentais, contanto que as premissas da AED não se tornem substitutivas das normas jurídicas, podendo vir a fornecer subsídios para sanar de forma eficiente e racional, por meio de políticas públicas, situações de escassez, assim como aquela decorrente da pandemia do SARS-COV2.

Palavras-chave: Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Análise Econômica do Direito. Descumprimento Normativo. Direitos Fundamentais Sociais.

Abstract: When crises and/or insecurity occur, the questions about the degree of efficiency or not of constitutionally foreseen state policies, aimed

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador UCSAL (2019). Mestre em Direito PPGD pela Universidade Católica Do Salvador UCSAL (2022) na área de concentração: Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Fundamentais. Autor de artigos. Advogado.

² Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Coninbrigae- IGC/CDH, da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UNICAP. Especialista em Direito pela ESMAPE. Professor Adjunto da Universidade de Sergipe, do Centro Universitário São Francisco e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica do Salvador.

at overcoming such episodes, are renewed. In view of the current and paradigmatic historical moment in which humanity faces the SARS-COV2 pandemic, the question arises: Have the state budget and budget-related activities been conducted rationally? Are the rational-economic prism, proposed by theoretical lines such as the economic analysis of Law, adequate tools to quantify the state's performance in the face of the crisis? To solve such questions, the research will adopt the logical-deductive method, with bibliographic and normative input. It is concluded that economic analysis of Law, as a complementary methodology, and therefore as a tool available to the public manager, can positively increase the management of public resources and the choice of more efficient practices that allow the realization of fundamental social rights, provided that the premises of the AED do not become a substitute for legal norms, and may provide subsidies to efficiently and rationally remedy, through public policies, situations of scarcity, as well as that resulting from the SARS-COV2 Pandemic.

Keywords:Existential Minimum. Reservation of the Possible. Economic Analysis of Law. Normative Non-compliance. Fundamental Social Rights.

1. Introdução

Surge naturalmente um estranhamento, ao se verificar que o cumprimento de tais Direitos, (que tutelam bens humanos imateriais de alta carga valorativa) requerem um aporte financeiro, como é o caso do Brasil onde, uma ampla arrecadação fiscal dá origem a uma vultosa soma de recursos financeiros em decorrência da atividade tributário-financeira do Estado. A atividade financeira do Estado encontra-se mais bem disciplinada entre os art. 163 a 183 da CRFB/88.

A presente pesquisa busca compreender o funcionamento da análise econômica do Direito, quando da efetivação dos Direitos fundamentais sociais, em uma situação de escassez, amplificada pelo momento atual da pandemia de SARS-COV2 e compreender se as políticas atuais, guiadas pela análise econômica do Direito podem atender ao conteúdo mínimo dos Direitos sociais fundamentais, ou seja, se podem cumprir o mínimo existencial e se o mesmo já vem sendo atendido.

Para tal partir-se-á da investigação de dois questionamentos principais: As atividades estatais orçamentárias e correlatas ao orçamento vêm sendo conduzidas racionalmente? O prisma racional-econômico,

proposto por linhas teóricas tais como a análise econômica do Direito são ferramentas adequadas para se quantificar o desempenho estatal frente à crise? A pesquisa adotará o método hipotético-dedutivo, com o aporte bibliográfico e normativo.

Defende-se enquanto hipóteses iniciais que: O cumprimento do mínimo existencial restará comprometido, tanto por causa do agravamento da situação orçamentária de escassez, quanto por causa da repatriação de recursos em relação a saúde pública sobre o arrepio do descumprimento dos demais Direitos sociais fundamentais, dada a urgência desta estratégia no momento atual, restando evidenciado a não eficiência estatal em momentos de crise. Defende-se, ainda, que as atuais medidas, sobretudo as que emanam do âmbito federal não estão cumprindo o conteúdo mínimo dos Direitos fundamentais sociais.

Iniciar-se-á a pesquisa por meio de um breve panorama conceitual e histórico, através do qual se apresentarão determinadas premissas, e ideias introdutórias que guiarão o desenvolvimento das inferências iniciais. Os tópicos posteriores submeterão as hipóteses iniciais ao falseamento, por meio da confrontação das premissas iniciais com o substrato bibliográfico científico atual colhido, que esteja em consenso e ou que possua suficiente grau de corroboração, ao que se chegará às conclusões finais.

2. Escolha trágica, Análise Econômica do Direito e mínimo existencial

Primeiramente há de se observar a relevância do estudo dos Direitos fundamentais sociais, umbilicalmente ligados com as estratégias e deveres positivos do Estado, guiados pela máxima da justiça distributiva e da equidade.

Tais Direitos a despeito de possuírem sua origem e conceitos, derivados da dignidade da pessoa humana e da máxima da liberdade fática, necessitam de aporte financeiro, para serem concretizados, o que em

momento inicial levanta o questionamento se tais Direitos podem ser analisados de acordo com a semiótica econômica.

O orçamento público consiste em uma estratégia, pelo meio da qual se busca sanar as obrigações estatais por intermédio do aporte financeiro (sobretudo tributário) constituindo verdadeira premissa do modelo de estado constitucional moderno, é dizer, o orçamento exsurge como um dos fundamentos do Estado democrático de Direito (MORAES, 2017, p. 2-10). Deve-se observar que a atividade orçamentária, sobre um prisma mais pragmático, consiste em uma atividade, sobretudo de manejo de verba, alocada por meio da tributação, e destinada para gastos pré-estabelecidos (HARADA, 2018, p. 55-56).

De forma seminal, o equilíbrio entre as demandas orçamentárias crescentes, e os recursos finitos, acaba por gerar uma situação de escassez, ou seja, uma situação de *déficit* orçamentário, na qual o gestor deve optar por atender determinados gastos em detrimento de outros (FILHO, 2019, p. 1119- 1123). Tal escolha do gestor público consubstancia a “escolha trágica”, que é a escolha de ações de impacto orçamentário em uma situação de escassez.

Deve-se observar que a escolha trágica do gestor público não se dá tão somente por meio do arbítrio do representante da pessoa política, os administradores dos respectivos entes federativos, devem-se atentar ao cumprimento de determinadas premissas, e uma em especial ganha maior relevância, qual seja o mínimo existencial, ou conteúdo mínimo, tratado na legislação Alemã, como o núcleo mínimo dos Direitos Fundamentais que não pode ser afastado sobre o arripio de se extinguir o próprio Direito, tratando-se de uma “restrição das restrições” (ALEXY, 2006, p. 277).

A escolha trágica precisa também obedecer a requisitos, ou pressupostos de validade, sem as quais não pode ser concebida. São três pressupostos, que dada a sua importância seguem *in verbis*:

(a) efetiva existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais; (b) disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em razão da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas; e (c) razoabilidade daquilo que está sendo pedido (SARLET, 2008, p. 22).

Dentro deste panorama em que o gestor precisa lançar mão de escolhas racionais, que consigam eficientemente minorar o distanciamento entre o *déficit* e o *superávit* orçamentário, se pode fazer presente a análise econômica do Direito ou AED, que como o próprio nome indica, representa uma leitura do universo jurídico por meio da semiótica econômica, fazendo, portanto, uso de determinados conceitos econométricos, voltados à análise fenômenos econômicos (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 10-20).

Tendo nascido em um contexto pós-jus-positivista, ou seja, em um momento de superação do jus-positivismo, a AED consiste em uma matéria interdisciplinar, com raízes econômicas e jurídicas, que num primeiro momento apresentava-se mais voltada, para a análise do Direito civil, mais especificamente do Direito de propriedade e da concorrência ou “*Anti Trust Law*” (PORTO; GRAÇA, 2013, p.11).

Nos dias atuais a AED é considerada uma metodologia complementar ou mesmo uma ferramenta metodológica, de amplo uso não só pelo jurista, mas também pelo intérprete da lei, pelo gestor público e pelas autoridades públicas em geral. Tal ramo metodológico possui como momento inicial, e como grande expoente os teóricos da escola de Chicago, de Yale e de Berkley, neste ínterim ganha especial importância a obra “O Problema Do Custo Social” (COASE, 1960, p. 1-2), de Ronald H. Coase, aclamado economista que alçou inclusive o prêmio Nobel de economia no ano de 1991 (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 27).

Observam-se pelo menos três momentos no desenvolvimento histórico da AED: O primeiro deles, entre as décadas de 50 e 60, que se deu por meio das produções teóricas seminais na universidade de Chicago, onde se iniciou

o primeiro programa de *Law and Economics* sob a direção Aaron Director (UCHIMURA, 2018, p. 2153).

A AED parte inicialmente da análise crítica e teórica dos Direitos de propriedade, da teoria geral dos contratos, do estudo do Dano cível (*Anti Trust Law*) e penal e do Direito Constitucional (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 11).

Neste primeiro momento nascia a concepção dos custos envolvendo as relações dos sujeitos, tanto entre si, quanto entre grupos, organizações e até mesmo países. A análise comportamental do sujeito sobre uma semiótica pragmática e racional passou a se denominar Custos do Direito, ou *Social Costs Of Law*, uma matéria que traduz um desdobramento da AED, possuindo raízes na teoria macroeconômica e guiada pelas máximas de: Pragmatismo, racionalismo e consequencialismo ou ética consequencialista (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 12).

Em um segundo momento, já na década de 70 e ainda no ambiente territorial dos EUA, se tem a ampliação de alguns pontos controversos da doutrina por meio das obras de Jhon Prather Bronw, Arthur Cecil Pigou e Guido Calabresi (CALABRESI; MELAMED, 1972, p. 27), onde nasce uma maior preocupação com a figura das externalidades e com as falhas de mercado, neste momento também se afigura a AED comportamental, onde se retoma a importância do estudo do papel da racionalidade na teleologia legislativa.

É válido ressaltar que o estudo dos custos do Direito, e o estudo do viés comportamental dos agentes inauguram uma submatéria denominada teoria dos jogos (FRANSCISCHINI, 2018).

A teoria dos jogos fora primeiramente tratada por Jhon Von Neumann em sua obra "*Theory of Games And Economic Behavior*" no ano de 1944, que trata da análise da interação entre sujeitos, partindo do pressuposto de que: os sujeitos são racionais; os sujeitos adotam uma racionalidade coerente onde se observa um nexos de causalidade entre os fins

que se busca alcançar e os meios; os “jogadores” buscam por meio de estratégias (que são movidas pela observação crítica do outro jogador) uma solução que melhor atenda á seus interesses particulares e que consigam alcançar uma situação de acordo e ou de consenso (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 48-51).

A teoria dos jogos marca uma tendência de surgimento de novos segmentos voltados á compreender o amplo espeque de decisões do agente jurídico em uma relação jurídico-econômica, dentre eles se tem *Behavioral law And Economics* (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 14). Tal movimento teórico visa analisar de forma crítica o comportamento do sujeito, e suas interações com o meio ambiente social e econômico, superando-se a pura lógica aristotélica cartesiana já se adequando mais ao âmbito do Direito Brasileiro e se afastando do puro pragmatismo da eficiência econômica.

Um terceiro momento pode ser identificado, por meio da releitura de alguns conceitos da AED, trazendo-a para um ambiente jurídico valorativo, de modo a compreender o fenômeno jurídico para além da simples análise pragmática, afirmando a característica metodológica e interpretativa da AED. A terceira fase, ou terceiro momento histórico da AED, se deu nos anos 80, e teve como seu principal expoente Richard Posner (SILVA; STAACK, 2017, p. 36-39), através de sua obra “Análise Econômica Do Direito” muito festejada no ambiente jurídico brasileiro.

Pode-se distinguir inclusive um quarto momento, evidenciado pelo aprofundamento do estudo do comportamento humano, agregando elementos mais complexos, ligados ao subjetivismo.

Essas novas leituras do comportamento humano pela semiótica da AED passaram a se expressar através de equações mais complexas, mas que melhor plasmam a situação real da interação que se busca analisar entre o Estado, o sujeito e a Economia. Esse quarto momento teve como um de seus expoentes George J. Stigler e sua obra: “O Cidadão e O Estado- Ensaios

Sobre a Regulação”, trazendo conceitos como a “assimetria de informação” e “falhas de mercado” (STIGLER, 1982, p. 461-463).

É válido também ressaltar que a AED não se detém no estudo do Direito econômico, sendo que uma de suas premissas fundamentais é racionalidade que pode ser observada á título de exemplo no NCPC/2015 ao trazer a figura dos mecanismos de acordo processual: conciliação, mediação e arbitragem; a questão do acordo de colaboração premiada Lei nº 12.850/13 recentemente modificada pelo pacote anticrime Lei nº 13.964/19, e até mesmo a figura do *compliance* (PINHO, 2018, p. 84-86).

Deve-se observar que para a concretização dos Direitos fundamentais por parte do gestor público, tal ação ocorre prementemente por meio de políticas públicas, ou seja, estratégias públicas que visem sanar uma determinada situação que vincule a atividade administrativa. A própria concepção dos Direitos fundamentais sociais, remonta à atividade prestacional, (obrigação de fazer) e ao dever do Estado de cumpri-la (ALEXY, 2006, p.201-204).

Deste modo é possível definir os Direitos fundamentais sociais como aqueles cuja obrigação prestacional encontra-se positivada na magna carta principalmente em seu art. 6º e que vincula a todos os entes federativos, pressupondo certo aporte financeiro para o seu cumprimento.

Conforme a melhor lição do professor jusfilósofo Robert Alexy (2006, p. 513): “A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído”. Os Direitos Fundamentais tornam-se, pois, mais urgentes, indispensável torna-se a necessidade de efetivá-los em uma situação de crise, como é o caso da atual situação pandêmica do país.

A utilização da AED, como ferramenta pelo gestor público perpassa alguns desafios, sobretudo no que concerne a compatibilização da justiça distributiva e da equidade com a premissa de eficiência econômica, que ocasionam certo conflito, uma vez que o ponto de vista da eficiência

econômica nem sempre atinge por completo a carga valorativa de uma justiça equânime, sendo que essa possui suas bases no imperativo categórico de Kant, ou ética Kantiana, que exprime a concepção atual de “valor” humano (REALE, 2002, p. 103-113).

Como principais focos das atividades prestacionais do Estado, e que compõem o mínimo existencial dos Direitos fundamentais sociais, se tem: a previdência social, prevista na seção IV do Título VIII, art. 203 e 204 da CRFB/88, e a saúde pública, elencada na seção II do Título VIII, art. 196 a 200 da CRFB/88, sendo tais Direitos ligados aos direitos humanos, e sua inobservância impede a efetivação das liberdades fáticas do cidadão. Tais estratégias têm por objetivo a justiça distributiva, a minoração das desigualdades sociais e a superação da situação de extrema vulnerabilidade, que é incompatível com um Estado que adote Direitos humanos (MORAES, 2017, p. 209-214).

Há de se verificar que o texto constitucional, ao prever estratégias para a efetivação de Direitos fundamentais sociais, em artigos distintos da magna carta, evidencia a grande relevância dos mesmos e detalha por meio de um amplo espaço de conformação legal, as ferramentas por meio das quais se virá a efetivar estes Direitos (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 124-127).

3. Estratégias estatais adotadas durante a pandemia do SARS-COV2

Tendo em vista que a concretização de Direitos fundamentais sociais está ligada ao cumprimento de estratégias constitucionais, parte-se agora para análise crítica das iniciativas estatais, com fulcro na minoração dos efeitos, sobretudo econômicos da pandemia, voltados para as obrigações prestacionais do Estado.

Como já destacado no início desta pesquisa, a atual situação pandêmica do Novo Coronáirus, Covid 19 ou SARS-COV-2 (MINISTÉRIO

DA SAÚDE, 2020) foi destacado enquanto recorte temporal, e epistemológico, tanto por causa da indiscutível relevância, quanto por causa da atualidade e urgência do tema.

Dada às proporções atuais, poucos episódios pandêmicos tiveram efeitos tão incisivos no orçamento Brasileiro, o que de forma também paradigmática incitou a instauração do estado de calamidade pública, que repercutiu nos demais entes da federação, ensejando a necessidade de um planejamento mais célere e mais pragmático do que normalmente seria esperado.

Primeiramente ganha destaque as medidas no plano da Lei complementar nº 101/2000, também conhecida por lei de responsabilidade fiscal. Trata-se então do decreto legislativo nº 6, de 2020, reconhecendo o estado de calamidade pública, elencado no art. 65º da LRF, que inclusive autoriza a utilização da modalidade tributária empréstimo Compulsório de acordo com a redação do art. 148, I da CRFB/88 (ALEXANDRE, 2019, p. 82-86).

Há de se observar de forma evidente o conflito nascido entre o Direito à livre circulação, (direito que é capaz de ensejar a ação constitucional de Habeas Corpus, art. 5º, LXVIII) com o Direito de proteção à saúde pública, cuja urgência se agigantou quando da decretação da quarentena. O que se têm inclusive é o surgimento de um “Dever Geral de Recolhimento Domiciliar” (MARTÍNS, 2020, p. 54-56), ou seja, um dever jurídico-constitucional de caráter geral que vincula os cidadãos, em face de um bem jurídico de altíssima hierarquia qual seja o Direito à saúde em conexão com a dignidade da pessoa humana e até mesmo com o Direito à vida.

O Direito à vida representa no contexto nacional e internacional o mais basilar de todos os Direitos fundamentais, sendo óbvio pré-requisito para a existência humana, de modo que vem sendo tratado como o “Direito a existência Física” disciplinado na lei fundamental alemã, *Grundgesetz*, no

seu art.2º, n2, frase1 (PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 197-201), e no âmbito Brasileiro, mais especificamente no caput do art.5º da CRFB/88.

Tal dever geral é caracterizado por uma densidade e relevância jurídica alta. Alertando para os perigos em não se observar de forma racional o atendimento aos Direitos sociais, leciona MARTÍNS (2020, p. 56): “A desobediência às estratégias em saúde determinadas pelas autoridades competentes, com base em evidências científicas, poderá prejudicar o bem-estar de diversas outras pessoas, em desrespeito à promoção e à preservação da saúde pública”. Outro ponto também de grande urgência no que concerne ao planejamento pandêmico é a questão da tributação, mais especificamente na alteração de alíquotas ou mesmo não incidência em determinados fatos geradores.

Inicialmente há de se observar que esse diferimento no montante tributante geral, impacta o orçamento e de forma direta reflete no aporte destinado ao cumprimento dos Direitos fundamentais sociais por todos os entes da federação. Também há de se observar que de forma indireta, ocorre um impacto negativo na questão dos repasses de ICMS dos Estados para os municípios de acordo com a regra de repartição de receitas tributárias constante no art.158, II da CRFB/88 (ALEXANDRE, 2019, p. 794-797).

De forma indireta, o arrefecimento da atividade econômica, ocasionada pelo isolamento social e pelo encerramento provisório de determinadas atividades comerciais, impacta, sobretudo a arrecadação sobre bens e serviços, fatos geradores de ICMS e ISS, que são grandes fontes de arrecadação dos estados e dos municípios (HARADA, 2018, p. 500-506).

Em relação à saúde Pública em nível federal, ganha destaque a Lei nº 13.983/2020, que trata da flexibilização dos gastos públicos visando uma melhor eficiência na alocação de recursos para a saúde pública em tempos de pandemia. Também merece destaque a medida provisória nº 934/20 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020) que trata da não obrigatoriedade das

escolas e universidades em cumprirem suas respectivas cargas horárias letivas mínimas durante o episódio pandêmico.

Ocorre então uma colisão entre o Dever geral de recolhimento Domiciliar, com o Direito fundamental do acesso à educação, tais colisões são comuns à natureza dos princípios, evidenciando a questão da ponderação de acordo com as características do caso concreto (ALEXY, 2006, p. 94-98).

4. A semiótica econômica, políticas públicas e mínimo existencial

Os Direitos fundamentais sociais evoluíram, desde sua concepção inicial, á partir dos valores maiores defendidos na revolução norte-americana e francesa, em sua concepção atual representam tanto Direitos em face do Estado de cunho positivo quanto negativo. Direitos positivos são aqueles que vinculam uma atividade positiva ao Estado, ou seja, uma obrigação de fazer, enquanto os Direitos negativos são aqueles que denotam uma abstenção, ou seja, um não fazer (ALEXY, 2006, p. 196-199), como liberdades e proteções conferidas e garantidas pela constituição federal.

As normas que trazem os Direitos fundamentais possuem como uma de suas características, atribuir ao sujeito uma posição jurídica, ou seja, um status jurídico criado pela norma e protegido contra o fenômeno da revogação ou “Direito a não eliminação de Posição Jurídica” (ALEXY, 2006, p. 199).

É também importante observar que os Direitos fundamentais em geral melhor se adequam à figura dos princípios, não olvidando a existência de Direitos fundamentais insculpidos em regras (ALEXY, 2006, p. 92-93).

Como forma de dirimir os conflitos, entre os princípios, de acordo com as necessidades do caso concreto, o professor e jusfilósofo Robert Alexy, traz a reconhecida regra da colisão entre princípios ou “sopesamento”, pelo meio da qual se buscará compreender qual o princípio mais adequado ao caso

concreto e conferir ao mesmo, prevalência frente a aquele menos adequado (ALEXY, 2006, p. 99-102).

Tendo isso em vista, a adoção de uma teoria analítica do Direito, como é o caso da AED para a análise de Direitos fundamentais sociais, traz questionamentos, muitas das vezes quanto à sua relevância e adequação com o ambiente jurídico, com as premissas basilares do Direito e com o conjunto de premissas da linguagem jurídica, que por sua vez se bifurca em linguagem zetética e linguagem dogmática (FERRAZ, 2003, p. 44-47).

A linguagem zetética também tratada como linguagem aberta ou pensamento aberto, é aquela especulativa, preocupada em lançar perguntas, sobretudo associado à inferência filosófica. Deve-se observar também que os princípios, são moldados por meio da linguagem zetética, sendo por meio dela concebidos (sendo de indiscutível relevância no estudo da teoria do mínimo existencial). A linguagem zetética melhor se adequa à forma normativa dos princípios e não das regras, possuindo, pois possui natureza *prima facie* devendo ser aplicado na maior e melhor medida do possível (ALEXY, 2006, p. 103-106).

Em relação à construção do conhecimento, o Direito se manifesta, por meio da linguagem, que em um Estado democrático de Direito emana através das necessidades e aspirações do povo (FERRAZ, 2003, p. 34-39), enquanto a economia expressa sentido muito mais através da matemática, entretanto ambas são ciências sociais aplicadas.

Deve-se atentar que a AED nasce em uma realidade de *Common Law* e de maior fomento de princípios econômicos, como o da eficiência econômica, que busca interpretar economicamente todos os fenômenos do mundo real, não sendo, portanto, um princípio valorativo, e desta forma ainda encontra resistência no cenário brasileiro (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 11-14).

O mínimo existencial, conforme já tratado anteriormente, está ligado aos limites mínimos a serem atendidos pelo gestor quando do cumprimento

de suas obrigações orçamentárias, dentre estas obrigações se tem os Direitos fundamentais sociais, pois os mesmos estão umbilicalmente ligados com ao princípio dignidade da pessoa humana e com a liberdade fática, sendo, pois, Direitos fundamentais cuja concretização torna-se indispensável (WANG, 2008, p. 540-542).

Como tese contraposta, ou mesmo contra tese ao Mínimo existencial, se tem a teoria da reserva do possível que por sua vez é composta por duas premissas conexas e cumulativas quais sejam: a pretensão do poder público deve ser razoável; e deve haver a existência fática do aporte financeiro capaz de sanar tal pretensão. O uso da reserva do possível torna-se mais delicado quando em confronto com Direitos sociais fundamentais, dada a sua urgência e relevância (WANG, 2008, p. 548-549).

Observa-se a colisão entre a reserva do possível e o mínimo existencial dos Direitos fundamentais sociais, sendo que no âmbito da tutela jurisdicional o mínimo existencial vem sendo compreendido pelos tribunais como inafastável, de forma que em determinados casos concretos a tese da reserva do possível acaba por não prosperar (WANG, 2008, p. 551-552).

Existe também a maior preocupação com a temática jurídico-econômica por parte das cortes superiores, principalmente no que concerne à tutela jurisdicional dos Direitos sociais fundamentais, atuando de modo complementar à administração pública para fazer cumprir o mínimo existencial, quando ele não é atingido por meio das políticas públicas (WANG, 2008, p. 540-542). O que ainda não se tem solidificado seria justamente a premissa de atendimento do mínimo existencial de forma eficiente pelo gestor público. Tal ineficiência se deve em parte à própria situação de escassez orçamentária agravada pela pandemia de SARS-COV2.

A despeito de o mínimo existencial ser um objetivo buscado pelo gestor público, ele normalmente não é alcançado, e em situações como a atual onde há o diferimento da tributação (em especial dos tributos municipais e estaduais, indiretamente ocasionado pela diminuição da

atividade comercial), o que ocorre é uma verdadeira impossibilidade fática de se alcançar tal objetivo.

Entretanto o maior pragmatismo no desenvolvimento de estratégias, como é o caso da quarentena obrigatória, o diferimento de alíquotas (como é o caso da alíquota zero do imposto de importação por meio da Resolução nº 17 da CAMEX, 2020) e as antecipações de férias e outras medidas trabalhistas trazidas pelas MP 927 e 936 (GURGEL, 2020, p. 76), que impactam na consolidação das leis do trabalho: Lei nº 13.467/17.

Essas estratégias denotam uma maior busca pela eficiência e pela resolução da escolha trágica, fazendo uso de instrumentos normativos que se coadunam com as premissas de racionalidade eficiência da AED.

Todavia as estratégias estatais evidenciadas na forma de políticas pública, embora dotadas de um alto grau de praticidade, e eficiência, tanto pelo viés econômico quanto através do princípio da eficiência administrativa plasmada no art. 37 da CRFB/88, não tem se mostrado suficientes para suplantar a emergente crise, tanto na arrecadação, quanto na prestação de serviços públicos, o que também acaba por afeta negativamente a prestação dos Direitos fundamentais sociais.

5. Considerações finais

Percebe-se que o mínimo existencial não vem sendo atendido pelos entes federativos, funcionando muito mais como um objetivo, uma diretiva, do que como uma atribuição real para o administrador público, sendo que tal diretiva se torna mais dificilmente alcançável em situações de diferimento na atividade tributante como é o caso da atual pandemia do SARS-COV2.

O que se observa é o uso deliberado da tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais sociais, dentre eles principalmente o Direito à saúde e educação, o que remonta o “paradoxo da democracia” (ALEXY, 2006, p. 447), na qual o Poder judicial toma para si uma atribuição do Poder

Executivo, sobre a prerrogativa legítima de contemplar os Direitos fundamentais (WANG-2008, p. 547).

Observa-se que a despeito do mínimo existencial funcionar como uma ideia-guia, sobretudo no que concerne à tutela jurisdicional dos Direitos fundamentais sociais, a mesma não possui tal natureza vinculante para o gestor público, que em uma situação de escolha trágica, acaba por preferir alguns Direitos de grupos de cidadãos em face dos demais, sendo que essa situação de escassez orçamentária é a regra para a grande maioria dos entes federados, que abrem mão dos limites materiais e da reserva do possível como contra tese ao mínimo existencial (SARLET, 2008, p. 313-314).

Pode-se concluir que até mesmo em relação às estratégias voltadas ao Direito à saúde e sua respectiva alocação de recursos, não atingiu também a questão do mínimo existencial dos Direitos fundamentais sociais, isso em parte pela própria natureza da pandemia de SARS-COV2, cuja rápida propagação aliada como o descompasso entre as estratégias do governo federal, estaduais e municipais em muito agravaram os impactos da pandemia, denotando tanto uma situação de ineficiência como um total afastamento da diretiva qual seja a busca pelo atendimento do mínimo existencial do Direito à saúde (HIRSCH, 2020, p. 82-85).

Conclui-se que análise econômica Do Direito, enquanto metodologia complementar, e, portanto, como ferramenta a disposição do gestor público pode vir a incrementar positivamente a gestão dos recursos públicos e a escolha de práticas mais eficientes que permitam a concretização dos Direitos sociais fundamentais, contanto que as regras e premissas da AED não sejam substitutivas das normas jurídicas o que pode vir a fornecer subsídios para sanar de forma eficiente e racional, por meio de políticas públicas situações de escassez, assim como aquela decorrente da pandemia do SARS-COV2.

Referências

- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CALABRESI; MELAMED. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, 1972.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. MP suspende obrigatoriedade de dias letivos durante pandemia. **Agência Câmara de Notícias**, 01 abr. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/650377-mp-suspende-obrigatoriedade-de-dias-letivos-durante-pandemia/>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- COASE, Ronald H. The Problem of Social Costs. **The Journal of Law and Economics**, v. V, n. III, p.2153-2154, 1960.
- FRANSCISCHINI, Nadialice. A Teoria Dos Jogos e a Ciências Jurídicas. **Revista Direito**, 02 fev. 2018. Disponível em: <https://revistadireito.com/2018/02/02/a-teoria-dos-jogos-e-ciencias-juridicas>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FILHO, Marcelo Soares Bandeira de Mello. O Capitalismo Enquanto Cultura: Crítica da Racionalidade Econômica. **Revista Nova Economia**, v. 29, n. especial, p.1117-1139, 2019.
- GURGEL, Christianne Moreira Moraes. Medidas Trabalhistas e COVID-19: A Negociação Coletiva de Trabalho Como Garantia dos Direitos Fundamentais. **Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus**. São Paulo: IASP, 2020. p.75-78.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- HIRSCH, Fábio Periandro De Almeida. O Dever Fundamental de Fraternidade e a Pandemia. **Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus**. São Paulo: IASP, 2020. p. 82-105.
- KUHN, Thomas, S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- MARTÍNS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. Dever Geral de Recolhimento Domiciliar em Tempos de Coronavírus. **Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus**. São Paulo: IASP, 2020. p. 51-62.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. **O que é coronavírus?** 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/o-ministro/746-saude-de-a-a-z/46490-novo-coronavirus-oque-e-causas-sintomas-tratamento-e-prevencao-3>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PIEROTH; SCHLINK. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Contratação pública e compliance: uma proposta para a efetividade dos programas de integridade em contratações públicas. **RCP**, Belo Horizonte, a.7, n. 13, p. 79-97, 2018.
- PORTO; GRAÇA. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- POPPER. Karl, R. **A lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix, 1972.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAMEX. Resolução nº 17/2020. Ministério da Economia e Comitê-Executivo de Gestão. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/2670-resolucao-n-17-de-17-de-marco-de-2020>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SILVA; STAACK. Análise econômica do direito por Richard Posner e os direitos sociais: uma abordagem cruzada. **Revista Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 3, n. 1, p. 35-51, 2017.

STIGLER, George. Law Or Economics? **The Journal of Law and Economics**, v. 35, n. 2, p. 444-468, 1992.

WANG, Daniel Weil Liang. Escassez De Recursos, Custos Dos Direitos E Reserva Do Possível Na Jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 539-568, 2008.

Artigo recebido em: 15/09/2021.

Aceito para publicação em: 17/01/2022.