

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM
TEMPOS DE CRISE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA *TEORIA
DO PÊNDBULO ECONÔMICO- HERMENÊUTICO***

LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DE
CRISIS: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA TEORÍA DEL PÉNDULO
ECONÓMICO-HERMENÉUTICO

THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN TIMES OF
CRISIS: AN ANALYSIS BASED ON THE ECONOMIC-HERMENEUTIC
PENDULUM THEORY

DOI: 10.22481/rbba.v12i01.12150

Pedro Henrique Ruas Abreu Areal Marques
Universidade Guanambi – UNIFG, Guanambi, Bahia, Brasil
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6221-3827>
Id. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6487878007395637>
Endereço eletrônico: tabeliaoituacu@gmail.com

Ana Carolina Teixeira Oliveira Ruas
Universidade Guanambi – UNIFG, Guanambi, Bahia, Brasil
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3013-1736>
Id. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6487878007395637>
Endereço eletrônico: anacarolinateixeira.adv@gmail.com

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de elucidar a questão dos direitos fundamentais em períodos de crise, onde são comumente mitigados sob as justificativas de problemas de efetividade, como a escassez de recursos. Assim, propõe-se a análise de tais enunciados sob o óbice da obra *Teoria do*

Publicado sob a Licença Internacional – CC BY-NC-SA 4.0

ISSN 2316-1205	Vit. da Conquista, Bahia, Brasil / Santa Fe, Santa Fe, Argentina	Vol. 12	Num.1	Jun/2023	p. 380-396
----------------	--	---------	-------	----------	------------

Pêndulo Econômico-Hermenêutico de Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho, que propõe a busca de uma resposta concreta à efetivação dos direitos fundamentais. Assim, o estudo abordará aspectos gerais sobre os direitos fundamentais. E analisará, também, os elementos que demonstram como entraves à efetivação dos direitos fundamentais. E por fim, abordará a *Teoria do Pêndulo Econômico-Hermenêutico* e os seus contributos para análise dos direitos fundamentais em situações de crise. Conclui-se que, tal teoria é de grande importância a concretização dos direitos fundamentais, já que propõe uma resposta correta de caráter prático-teórico por meio da pergunta adequada, propondo assim uma justiça possível. Para tanto, utilizou-se o método fenomenológico e a pesquisa bibliográfica.

Palavras chave: Análise Econômica do Direito. Direitos Fundamentais; Hermenêutica. Teoria do Pêndulo Econômico-Hermenêutico.

RESUMEN

El presente estudio tiene como objetivo dilucidar la cuestión de los derechos fundamentales en tiempos de crisis, donde comúnmente son mitigados bajo la justificación de problemas de efectividad, como la escasez de recursos. Así, proponemos el análisis de tales enunciados en el marco de la obra *Teoría del Pêndulo Económico-Hermenêutico* de Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho, que propone la búsqueda de una respuesta concreta a la efectividad de los derechos fundamentales. Así, el estudio abordará aspectos generales de los derechos fundamentales. Y también analizará los elementos que evidencian obstáculos para la realización de los derechos fundamentales. Y, por último, se abordará la *Teoría del Pêndulo Económico-Hermenêutico* y sus aportes al análisis de los derechos fundamentales en situaciones de crisis. Se concluye que tal teoría es de gran importancia para la realización de los derechos fundamentales, ya que propone una respuesta correcta de carácter prático-teórico a través de la pregunta adecuada, proponiendo así una justicia posible. Para ello, se utilizó el método fenomenológico y la investigación bibliográfica.

Palabras clave: Análisis Económico del Derecho. Derechos fundamentales. Hermenêutica. Teoría del Pêndulo Económico-Hermenêutico.

ABSTRACT

The present study aims to elucidate the issue of fundamental rights in times of crisis, where they are commonly mitigated under the justification of problems of effectiveness, such as the scarcity of resources. Thus, we propose the analysis of such statements under the framework of the work Theory of the Economic-Hermeneutic Pendulum by Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho, which proposes the search for a concrete answer to the effectiveness of fundamental rights. Thus, the study will address general aspects of fundamental rights. And it will also analyze the elements that demonstrate obstacles to the realization of fundamental rights. And finally, it will address the Theory of the Economic-Hermeneutic Pendulum and its contributions to the analysis of fundamental rights in crisis situations. It is concluded that such a theory is of great importance to the realization of fundamental rights, since it proposes a correct answer of a practical-theoretical nature through the appropriate question, thus proposing a possible justice. For that, the phenomenological method and bibliographical research were used.

Keywords: Economic Analysis of Law. Fundamental rights; Hermeneutics. Economic-Hermeneutic Pendulum Theory.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais representam uma significativa evolução legislativa sendo previstos em diversas constituições do mundo. Tais direitos, principalmente os sociais, são recorrentemente colocados à prova em situações de crise, visto que são normas de caráter programático e dependem de ação efetiva do Estado.

Assim, a garantia desses direitos depende de ação estatal e conseqüentemente de orçamento público, sendo um dos obstáculos para a efetividade dos direitos fundamentais em períodos de escassez de recursos e a necessidade de elevada demanda de natureza prestacional, como ocorre com a crise econômica e sanitária como conseqüência da pandemia da COVID-19.

Diante desse cenário de escassez de recursos em períodos de crise, surge a obra *Teoria do Pêndulo Econômico-Hermenêutico: uma releitura da relação entre Estado, Direito e*

Sociedade em tempos de (pós) crise de Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho (2021). Conforme Coelho (2021) a teoria tem como ponto inicial o entendimento da real situação do Estado Contemporâneo diante dos cenários de crise e como ponto de chegada as consequências decorrentes da aplicação e interpretação de leis em situações de colapso econômico-financeiro.

O presente estudo justifica-se pela relevância social e jurídica, devido à crise econômica em escala global provocada pela pandemia do COVID-19 e que reforçou pensarmos na efetividade dos direitos fundamentais das decisões judiciais.

Para tanto, dedicar-se-á o primeiro tópico a um breve estudo dos direitos fundamentais, não em uma tentativa de exaurir o assunto e analisar todo o arcabouço legal nacional. Mas ante a necessidade de precipuamente compreendê-los, adentrarmos a segunda parte do trabalho, dedicada ao estudo dos entraves à efetividade desses direitos.

Por fim, pretende-se analisar as referidas questões sob o enfoque da *Teoria do Pêndulo Econômico-Hermenêutico* do autor Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho, com o objetivo de tentar solucionar a problemática para que os direitos fundamentais não se resumam a um simples catálogo. Partindo assim de uma ressignificação entre a relação de Estado, Direito e Sociedade, na tentativa de compreender um modelo de sociedade que prestigie tais direitos tornando-os mais eficientes e eficazes (COELHO, 2021).

PROLEGÔMENOS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Consoante mencionado anteriormente, os direitos fundamentais representam uma grande evolução legislativa, sendo contemplados em diversas constituições e integrando um extenso catálogo de direitos que aumentou ao longo dos anos. Cumpre salientar, que o propósito do presente tópico não é o de exaurir todo o arcabouço legislativo que tutela tais direitos, mas o de compreendê-los e identificar possíveis problemáticas na sua aplicabilidade.

Precipuamente, far-se-á uma breve explanação sobre as gerações dos direitos fundamentais, classificação evolutiva esta utilizada por Vasak *apud* Coelho (2019). Tal classificação defende a ideia de que esses direitos não foram reconhecidos em um único ato, mas foram reafirmados ao longo da história, surgindo inicialmente no lema da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – sendo a concepção de geração posteriormente vencida por dimensão, visto que representam uma evolução histórica e conseqüentemente uma

espécie de somatório de novos direitos e não uma substituição como era difundida (COELHO, 2019).

Bobbio (2004) defendia que os direitos fundamentais poderiam ser classificados em três gerações, sendo os de primeira os relacionados à liberdade, os de segunda vinculados à igualdade e por fim os de terceira geração ligados à fraternidade.

Consoante os ensinamentos de Coelho (2019), os direitos fundamentais, sob a perspectiva ocidental classifica os direitos individuais e políticos como de primeira dimensão, já os de segunda geração compreendem os direitos sociais e coletivos. No mesmo sentido, os direitos de terceira dimensão são os de titularidade coletiva, destinando-se a grupos e após tal classificação, não há consenso doutrinário sobre o reconhecimento dos direitos da quarta, quinta e sexta dimensão.

Sendo os direitos de quarta dimensão os que englobam a democracia, pluralismo, informação e o direito à normatização do patrimônio genético, enquanto o direito à paz vem sendo classificado como direito de quinta geração. E por último o direito ao acesso à água potável tem sido classificado como sexta dimensão dos direitos fundamentais (COELHO, 2019).

Realizada a classificação, faz-se necessária a ênfase dos direitos sociais, principal foco do presente estudo. Na legislação nacional os direitos sociais estão elencados nos artigos 6º e 7º da Carta Magna de 1988, além dos tratados internacionais firmados pelo estado brasileiro, como a Declaração dos Direitos Humanos da ONU (1948), o Pacto Internacional da ONU de Direitos Cíveis e Políticos (1996) e a Convenção Americana de São José da Costa Rica (1969).

Tal importância dos direitos sociais se dá por sua natureza, para Arango (2005) estes nada mais são que a pedra fundamental na delimitação das decisões constitucionais e da política, visto que o reconhecimento judicial desses direitos tem impacto na competência legislativa e na política econômica.

No que tange às problemáticas para a efetividade dos direitos sociais, Cléve (2003) menciona a forma que a Constituição Federal dispõe tais direitos em seu texto, adotando assim uma metodologia diversa que a adotada com os outros direitos fundamentais, colocando-os em categoria diversa.

Abramovich e Courtis (2002) lecionam que a vagueza e em alguns casos a ambiguidade dos textos que preveem esses direitos dificultam a definição dos conteúdos judiciáveis e das

obrigações estatais. Apontam também como problemática, a ausência de prática institucional de interpretação diante da ausência de mecanismos de aplicação adequados.

Também nesse sentido, Sarlet (2008, p.02):

Não apenas em termos quantitativos, ou seja, no que diz respeito ao número expressivo de direitos sociais expressa e implicitamente consagrados pela Constituição, mas também em termos qualitativos, considerando especialmente o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, a Assembleia Constituinte de 1988 foi inequivocamente (para alguns em demasia!) amiga dos direitos sociais, o que não significa, de acordo com a conhecida advertência de Lenio Streck, que com o advento da nossa atual Constituição as promessas da modernidade tenham sido efetivamente cumpridas entre nós.

Além dos fatores mencionados que operam como obstáculo para a efetividade dos direitos sociais, também devemos evidenciar o fato de que tanto a implementação quanto a execução desses direitos dependem de normas programáticas, ou seja, como bem assevera Zanon e Furlaneto (2020) são normas que estabelecem metas a serem cumpridas por parte do Estado para a sua devida realização.

Retomando a questão da definição adequada dos direitos sociais, Sarlet (2008) entende que para pensarmos em um contexto nacional deve-se respeitar a vontade enunciada do Constituinte, o sentido de social não está vinculado exclusivamente a uma atuação estatal positiva como uma forma compensatória das desigualdades sociais e para a garantia de condições mínimas para promoção de vida digna. Também se considera como direitos sociais aqueles que protegem e asseguram um espaço de liberdade ou aqueles que protegem certos bens jurídicos direcionados a uma determinada parcela da sociedade devido a sua maior vulnerabilidade frente ao poder do Estado e por questões econômicas, como ocorre com os direitos dos trabalhadores.

Ainda nesse sentido, Holmes e Sustain (2011) sustentam que a proteção dos direitos sociais deve ser evidente, visto que exigem uma prestação estatal clara além de um serviço público ativo e a satisfação desses custa dinheiro. Ainda complementam que o gozo dos direitos civis, em tese, não exige uma prestação estatal, sendo, por exemplo, a proteção dos indivíduos contra os abusos policiais uma mera abstenção por parte dos agentes. Por outro lado, o Estado só consegue garantir tal abstenção com a criação e conseqüentemente à manutenção de agências de supervisão desses policiais, necessitando assim de uma ação positiva por parte do Estado.

Dessa forma, os referidos autores rechaçam que o gozo de certos direitos pode significar maiores custos econômicos que outros. Quanto à questão orçamentária, Coelho e Guerra (2020) a elencam como um dos percalços para a plena realização dos direitos sociais, questionando-se a possibilidade de eficácia em períodos de escassez.

Os autores ainda asseveram que os direitos sociais exigem níveis mínimos para a sua efetivação que acabam ficando a cargo do Estado a função de promover somente o mínimo, ainda que não seja satisfatório.

Nota-se que ao apontarmos algumas problemáticas quanto à aplicabilidade dos direitos sociais surgem questões como a imprecisão na classificação desses direitos e problemas orçamentários, ante a necessidade de uma ação efetiva por parte do Estado. Dito isto e pensando em um cenário de crise, com problemas agravados, elucida-se devido essas imprecisões, escassez de recursos e até mesmo a ausência de dispositivos de aplicabilidade desses direitos seriam obstáculos à efetividade prática dos direitos sociais?

ENTRAVES À EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A plena efetivação dos direitos fundamentais – com ênfase nos direitos sociais – esbarra em limitações, sejam elas de matriz fundamental como na esfera prática. Ocorre que, os problemas já existentes tornam-se mais evidentes em situações de crise.

Em tempos de crise, com a escassez de recursos e o aumento de demandas, questões de ordem social, econômicas e jurídicas são potencializadas, como ocorreu recentemente com a pandemia do COVID-19 em escala global.

Para De Oliveira (2020) a pandemia veio para testar nosso vínculo social, as instituições e o direito. Evidencia as disfuncionalidades, potencializa a crise e esta é sentida em modos mais ou menos graves conforme o seu enfrentamento.

Dito isso, a plena eficácia desses direitos é colocada à prova e se faz necessário repensar a forma de enfrentamento bem como priorizar a destinação de orçamento público. Diante desse cenário, não há como falar em direitos sociais em tempos de crise sem mencionar a figura do mínimo existencial.

Coelho e Guerra (2020) lecionam que o mínimo existencial apresenta duas vertentes, sendo a primeira de caráter garantística e a segunda de caráter prestacional. Compreende-se

como garantística por assegurar meios que proporcionem mínimas condições de vida digna a um indivíduo e ao seu núcleo familiar, vinculando o particular ao Estado.

Já o prestacional nada mais é do que os direitos sociais exigíveis por parte do Estado. Oportuno dizer, que o mínimo existencial deve ser suficiente para cumprimento dos propósitos do Estado Democrático de Direito. E é justamente no aspecto prestacional que reside uma das problemáticas do mínimo existencial que é a de determinar quais direitos sociais devem integrar o seu núcleo, ou seja, a de determinar a extensão da obrigação estatal em relação a cada direito e conseqüentemente a promoção de sua satisfação (COELHO e GUERRA, 2020).

Ainda sobre o mínimo existencial, Barcellos (2002) os compreende como uma espécie de núcleo exigível da dignidade da pessoa humana e o inclui como forma de sua efetivação, o direito ao acesso à saúde básica, a educação formal, o acesso à Justiça e ao assistencialismo estatal em determinados casos. Vale salientar, que conforme a autora, todos esses direitos são exigíveis de forma judicial direta.

Dito isto, compreende-se que o mínimo existencial apesar de garantir condições dignas mínimas de vida, acaba por criar um cenário de satisfação de direitos não necessariamente satisfatório, como bem assevera Coelho e Guerra (2020), estimula-se assim uma condição de comodidade ao Estado que irá se preocupar em apenas ofertar o mínimo, postura essa que acaba enfatizando as desigualdades socioeconômicas.

Conforme o entendimento de Kelbert (2009), com origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a reserva do possível estabelece os limites e as possibilidades de exigência das prestações sociais por parte do Estado para a plena efetivação dos direitos fundamentais. No Brasil, com a consagração dos direitos fundamentais em sua Constituição cidadã e sua conseqüente exigibilidade, constatou-se que para a eficácia dos direitos sociais pressupõe a preexistência de recursos (não necessariamente financeiros), visto que estes têm um custo. Assim, a reserva do possível é um meio de estabelecer limites fáticos e jurídicos para a realização dos direitos fundamentais na medida do possível.

A importância da reserva do possível se dá pelo fato de que não há como negar que a questão orçamentária impõe limitações à concretização dos direitos fundamentais, ainda mais em situações de crise, onde há evidente escassez de recursos e aumento da demanda estatal.

Para Kelbert (2009), deve-se ponderar em até que ponto a reserva do possível configura-se como argumento plausível a não efetivação desses direitos. Ressalta ainda, que o constituinte nacional com o advento do Estado Democrático e Social, determinou meios de financiamento

dos direitos sociais, prevendo vinculações por meio dos tributos recolhidos por toda a sociedade.

Ainda nesse sentido, a referida autora evidencia o princípio da vinculação de todos os poderes em relação aos direitos fundamentais, visto que toda e qualquer ação estatal deve ser pautada na promoção e proteção de tais direitos, havendo assim uma limitação à atuação tanto do legislador quanto do administrador público.

Assim, Coelho e Guerra (2020) com as crises econômicas e períodos de escassez faz-se necessário o equilíbrio entre o emprego em grau máximo da reserva do possível e do impedimento do retrocesso quanto às conquistas sociais. O princípio deve ser pensado como uma forma de otimização de recursos para a promoção dos direitos fundamentais.

Coelho e Guerra (2020, p. 317) asseveram que:

É preciso buscar uma padronização de atuação dos poderes estatais para a realização dos direitos sociais de forma a assegurar o mínimo existencial e evitar a falta de vontade política nas decisões parciais e, com isso, sejam produzidas categorias variadas de oferecimento de prestações de conteúdo universal. Vale destacar que não se pretende partir para a defesa de um mínimo próprio para cada direito, pois seria o mesmo que nivelar por baixo direitos que não foram hierarquizados na Constituição.

Ainda nessa esfera econômica, se faz necessária a menção da Análise Econômica do Direito (AED), movimento com origem estadunidense, que propõe um estudo interdisciplinar entre os campos do Direito e da Economia, tendo como um dos seus maiores expoentes o jurista Richard Posner da Escola de Chicago. Movimento este, que conforme Coelho (2021), sofre resistência nos países de origem *civil law*, como no Brasil. Talvez por ser oriundo da *common law* ou pela não aceitação de fatores externos ao Direito em uma análise jurídico-constitucional.

Dentre as escolas pertencentes a AED, Coelho (2021, p.110) enumera conceitos que são de grande relevância para o campo do Direito, são eles:

Eficiência, equilíbrio e racionalidade. A eficiência visa à maximização dessas escolhas individuais em prol do bem-estar social. O equilíbrio é a união entre conceitos da Economia e do Direito em prol de uma estabilidade, que deriva dos incentivos sociais e do bem-estar social que se busca no caso concreto. Por fim, a racionalidade se justifica em razão da necessidade da análise de fenômenos coletivos a partir de escolhas individuais racionais.

Vislumbra-se ainda, a importância dos conceitos econômicos, não devendo o Direito se sujeitar a eles, mas estes devem ser utilizados para dar aos intérpretes/aplicadores do Direito uma nova perspectiva nas questões jurídico-sociais, sempre quando estiver em voga políticas públicas e efetivação dos direitos sociais, ou seja, o custo social (COELHO,2021).

Por óbvio, o Estado não consegue promover a plena eficácia de todos os direitos fundamentais, o que se evidencia em tempos de crise. Assim, como ocorreu na pandemia do COVID-19, há um aumento de demandas judiciais para a garantia desses direitos.

O Poder Executivo não consegue concretizar todos os direitos prestacionais reconhecidos na CRFB, em regra alegando a limitação da reserva do possível e defendendo-se pela regra do direito econômico da escassez de recursos em face da infinidade das demandas sociais. (...) Com efeito, terminam por chegar ao Poder Judiciário todas essas questões, pois é visto como garantidor último das promessas do constituinte. Entretanto, não se pode pretender esvaziar os demais Poderes e transformar o Judiciário num “superpoder”, sob pena de destruir os alicerces do Estado Democrático de Direito (PEDRON e DUARTE NETO, 2018, p. 102-103).

Assim, o Poder Judiciário por muitas vezes acaba tomando as rédeas para a concretização desses direitos, como bem pontuam Pedron e Duarte Neto (2018), o legislativo fica em mora já que o exercício de diversos direitos sociais carece de uma legislação regulamentadora. Também consiste em uma herança positivista da classificação de José Afonso da Silva que classifica os direitos fundamentais como de eficácia limitada.

Como bem assevera Coelho (2021), o Poder Judiciário não deve ser o único responsável em determinar políticas públicas para a concretização dos direitos sociais em face da inexistência de boas leis e uma má gestão por parte do Estado.

Demonstra-se assim, que o argumento da escassez de recursos não é o único entrave para a realização dos direitos fundamentais. Nesse ínterim, Streck (2003) discorre que no Estado Democrático de Direito há um deslocamento do núcleo das decisões do Poder Legislativo e Executivo para o judiciário, que ante a inércia dos dois poderes fica responsável por suprir algumas questões. Este não deve ser o soluto para os problemas das insuficiências políticas e ainda se tem o risco de criar uma sociedade que deposita todas as expectativas em uma “república de juízes”.

Complementa ainda, que com o não cumprimento da constituição, compete ao Poder Judiciário a garantia dos direitos fundamentais não concretizados. Com tamanha atribuição ao judiciário, também se faz necessário um maior rigor no controle das decisões, um limite que

justifique uma teoria da decisão que assegure um espaço democrático que não resulte em uma juristocracia.

Streck (2003) ainda assevera que, o Poder Judiciário tomando para si a postura de regulamentar políticas públicas não idealizadas pelo Poder Executivo, levanta uma série de questões que levariam tanto o Executivo quanto o Legislativo a reformularem linhas de atuação e prioridades orçamentárias. Dessa forma, o Direito passaria ser um mecanismo transformador da sociedade e não um instrumento de redução de complexidades.

Em razão desse deslocamento de atribuições do Poder Legislativo e Poder Executivo à jurisdição constitucional, pode-se dizer que o Direito cada vez mais assume um caráter hermenêutico. E o problema passa a ser de ordem metodológica, ou seja, em como se interpretará e aplicará as normas, além de como superar um decisionismo de viés positivista que permite várias respostas para o mesmo problema (COELHO, 2021).

Para Streck (2008) tal indissociação entre interpretação e aplicação da norma representa uma espécie de ruptura com os paradigmas que representam o esquema sujeito-objeto, núcleo do positivismo jurídico. A ruptura dessa relação sujeito-objeto vai se constituir com o círculo hermenêutico, introduzindo a faticidade para propiciar a transição.

A superação positivista consiste no fato da hermenêutica ser incompatível com o argumento de múltiplas respostas corretas, visto que o variado leque de resolução de um mesmo conflito dá ensejo à discricionariedade judicial. Dessa forma, compreende como possível alcançar uma única resposta hermeneuticamente cabível em cada caso concreto. Hermenêutica nada mais é do que aplicação, sem respostas preliminares, o ato deve ser unitário, compreensivo e o texto não deve estar à disposição. Assim, a aplicação é uma antecipação de sentido derivada da hermenêutica filosófica (STRECK, 2009).

Nessa celeuma, surgem as figuras dos casos fáceis (*easy cases*) e dos casos difíceis (*hard cases*), derivados da matriz ontológica-fundamental da teoria dworkiniana, sendo os primeiros facilmente resolvidos pela aplicação da lei que descreve o fato, enquanto os *hard cases* necessitam de uma análise argumentativa-discursiva, para assim chegar-se a uma resposta correta (COELHO, 2021).

Dessa forma, elencados alguns dos entraves à concretização dos direitos fundamentais, parte-se para a questão nuclear do presente estudo, a análise das referidas questões sob o óbice da *Teoria do Pêndulo Econômico-Hermenêutico*.

CONTRIBUTOS DA *TEORIA DO PÊNDELO ECONÔMICO-HERMENÊUTICO*

Como explanado anteriormente, a *Teoria do Pêndulo Econômico Hermenêutico* do autor Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho, busca um diálogo entre alguns fundamentos da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck (CHD) e a Análise Econômica do Direito (AED), para solucionar a concretização dos direitos fundamentais em tempos de crise.

Trata-se de um grande desafio por parte de Coelho (2021) propor um liame entre teorias que podem ser consideradas como antagônicas, visto que muitos estudiosos acreditam na impossibilidade de mixagem destas, além da clara objeção de Streck (2003) que considera a discricionariedade judicial fruto da aceitação de fatores externos que funcionam como verdadeiros “predadores” a atividade judicante, prejudicando assim a autonomia do direito.

Coelho (2021) assevera que não vê óbice em utilizar duas teorias, desde que os fatores estruturantes não sejam totalmente antagônicos ou colidentes. Muitas teorias possuem elementos basilares semelhantes, tomando rumos diversos em seu desenrolar.

Dessa forma, cria-se o elemento da fechadura econômico-hermenêutica, que propõe uma nova teoria com o entrelaçamento de duas. Tendo de um lado a Análise Econômica do Direito e de outro a Crítica Hermenêutica do Direito.

Ao analisarmos um problema é importante destacar qual o enfoque que se quer dar a relação fático-jurídica que se apresenta. Verifica-se, portanto, uma zona de tensionamento social e econômico que perpassa por dois cenários de grande relevância no contexto atual: o econômico e o jurídico. Dito de outra forma, valendo-nos de um recurso metafórico, estamos diante de um mesmo problema que intitulamos de fechadura, pela qual o observador “A” ao olhar por um dos lados da fechadura (o lado econômico-financeiro) enxergará um cenário com as suas vicissitudes positivas e negativas. Da mesma forma que o observador “B” ao olhar pelo outro lado dessa mesma fechadura (o lado da fundamentalidade dos direitos sociais) poderá enxergar um cenário absolutamente distinto e, também com pontos positivos e negativos – eis a fechadura econômico-hermenêutica (COELHO, 2021, p. 120).

Destarte o apresentado, verifica-se que não deve haver um distanciamento entre o real e o teórico, e pensar dessa forma enfraquece qualquer teoria. Também significa dizer que, o argumento de escassez de recursos para concretização dos direitos fundamentais não é de caráter absoluto, mas também não deve ser ignorado. O olhar proposto pela fechadura propõe um pensamento sobre apenas um viés principialista ou consequencialista, como se fossem

dualistas. Assim, não se considera uma antinomia do real e do pensamento desejoso, mas sim da justiça ideal e da justiça possível (COELHO, 2021).

Evoca ainda o referido autor, a figura da boa-governança, que conforme assevera Coelho (2019) merece reconhecimento como direito fundamental e não uma simples recomendação ao administrador (público ou privado), visto que uma má condução de um governo (seja pelas escolhas ineficazes ou por corrupção) compromete a concretização dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

É factível que um novo modelo de gestão do Estado tenha como núcleo central a eficiência e a eficácia. E devido a isso, que não podemos apostar todas as fichas na atividade judicante, com ênfase nos Tribunais Constitucionais, o encargo de delimitar políticas públicas para suprir as consequências da má gestão estatal e ausência de leis, já que o Judiciário só deve agir quando provocado (COELHO, 2021).

Coelho (2021, p. 169) complementa que:

Até porque, apostar nessa postura por parte dos tribunais é desdizer o que afirmamos ao invocar a Crítica Hermenêutica do Direito para afastar os decisionismos que estimulam a insegurança jurídica. Por outro lado, conjurar de forma isolada o discurso meramente econômico através da Análise Econômica do Direito, ou seja, da ausência de recursos para a concretização de direitos fundamentais, em especial os sociais, também não se mostra uma alternativa razoável.

Assim, percebe-se a angústia por parte de alguns juízes em ter que se decidir um caso no qual há de um lado o impacto econômico relevante e de outro a preservação dos direitos fundamentais. Dessa forma, que se deve apresentar a fechadura econômico-hermenêutica, visto que as partes veem o mesmo dilema, mas de perspectivas diferentes. A situação é agravada nos tribunais superiores, principalmente os Tribunais Constitucionais, pois tal decisão origina consequências a toda sociedade, especialmente na mitigação da segurança jurídica (COELHO, 2021).

Vislumbra-se assim, uma decisão pautada nas reais possibilidades, o juiz não deve se prender a uma teoria e ignorar as consequências práticas. Assim a *Teoria do Pêndulo Econômico-Hermenêutico*, como já explícito no nome, busca “um posicionamento (pendular) diálogo entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a Análise Econômica do Direito” (COELHO, 2021, p. 170).

Nessa celeuma, o referido autor elenca elementos e circunstâncias para aplicação da *Teoria do Pêndulo Econômico-Hermenêutico*. Sendo a primeira, a de evitar o subjetivismo e o decisionismo no julgamento de casos tradicionais (denominados pelo autor como contraposição aos denominados casos residuais), devendo-se valer dos fundamentos apresentados na Crítica Hermenêutica do Direito.

Deve-se inverter as etapas do processo decisório nos casos residuais, ou seja, naqueles que dizem respeito às políticas públicas e violações massivas de direitos fundamentais com ligação direta a questões econômico-orçamentárias. Com a inversão, o juiz em um movimento pendular antevê as consequências econômico-financeiras que a decisão poderá provocar e avaliar o seu impacto e efetividade. E por fim, vale ressaltar que apesar da teoria ser mais palpável na esfera das decisões judiciais, a responsabilidade na eficácia dos direitos fundamentais compete a todos os poderes do Estado (COELHO, 2021).

Assim, a *Teoria do Pêndulo Econômico-Hermenêutico* traz em seu bojo fundamentos próprios à crítica hermenêutica bem como da análise econômica. Em determinados casos a primeira teoria não tem capacidade de mensurar as consequências econômicas que podem ser causadas, enquanto por outro lado, a AED pode mitigar de forma indevida os direitos fundamentais. Também inverte a problemática da resposta correta, pensando em uma resposta constitucionalmente correta para uma pergunta adequada sob a perspectiva de uma crise (COELHO, 2021).

Tal teoria é um grande contributo ao estudo da concretização dos direitos fundamentais em tempos de crise, visto que além de ser desenvolvida em um contexto de crise mundial, consegue mixar duas teorias que poderiam ser consideradas como antagônicas. Aproveitando esses fundamentos teóricos para a garantia dos direitos fundamentais pensados em um contexto prático econômico-orçamentário, alcançando-se assim uma justiça possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, não há como negar que a recente (e que ainda não se findou) crise mundial econômico-sanitária provocada pela pandemia do COVID-19, resultou em consequências profundas e ressignificou diversos setores da sociedade.

Nesse cenário de grave crise, a situação de alguns países que já não era favorável para a concretização dos direitos fundamentais - principalmente os sociais pelo caráter programático

– ficou caótica. A efetivação desses direitos já era comprometida devido aos percalços em seus fundamentos – consoante apresentado no primeiro tópico do presente estudo – e se agravou em um período de grande escassez de recursos e considerável aumento de demanda.

Dessa forma, buscou-se compreender a alegação da escassez de recursos e a esfera do mínimo possível, que apesar de grande relevância na questão orçamentária, não é (e muito menos deve ser) um dos entraves à realização desses direitos. Dito isto, foram apontados outros obstáculos para a sua efetivação, como a inércia estatal e a aposta no Judiciário como um “superpoder” capaz de solucionar todos os problemas causados pela má gestão estatal e pela vagueza legislativa.

Argumento utilizado por Lenio Streck na Crítica Hermenêutica do Direito, que aponta a metodologia interpretativa utilizada pelos juízes como um dos grandes problemas da atividade judicante, dedicando sua teoria ao combate do decisionismo e a construção de uma resposta hermenêuticamente correta a cada caso concreto, rechaçando as interferências externas.

Em contraponto, o movimento da Análise Econômica do Direito, tem um olhar interdisciplinar entre o Direito e a Economia propondo um olhar promovendo a dissolução de outras áreas do conhecimento, com o objetivo de torná-lo menos formalista e com maior aptidão a atingir as metas estabelecidas pela sociedade. A noção de justiça da AED tem estrita ligação com a eficiência econômica.

Assim, como concretizar os direitos fundamentais em períodos de escassez? Devemos nos valer dos argumentos de ausência de recursos ou da falta de efetividade prática para a sua não realização? Como resolver tais empasses sem a mitigação desses direitos ou um colapso econômico? Dessa forma, surge a *Teoria do Pêndulo Econômico-Hermenêutico* do autor Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho, com o propósito de mixar exponenciais de duas teorias e obter uma resposta adequada a esses conflitos.

Com a metáfora da fechadura, o autor demonstra que se enxergarmos as teorias como dualismos veremos soluções para o mesmo problema sob olhares diferentes. Mas o movimento pendular possibilita a utilização de fundamentos que podem sim ser complementares de ambas as teorias, por meio de uma forma de interpretação inversa nos casos residuais. Primeiro com o olhar sob a perspectiva dos impactos econômicos que tal decisão poderá causar e voltar sua atenção à garantia dos direitos fundamentais.

Importante lembrar, que conforme Luz Segundo (2019) se posiciona, um dos grandes problemas da crítica da AED em *terrae brasilis*, se dá na sua origem na *common law* e que

devemos compreender as teorias no contexto em que são criadas. Assim, a *Teoria do Pêndulo Econômico-Hermenêutico* traz uma possibilidade de aplicação de pressuposto da teoria econômica pensados no contexto nacional (extremamente atual).

A teoria aqui analisada demonstra-se de grande valia a concretização dos direitos fundamentais – já que além de ser pensada em um contexto de necessidade de políticas públicas e de violações massivas de direitos fundamentais – propõe uma resposta de caráter prático-teórico visando o alcance não de uma justiça utópica, mas dentro das reais possibilidades.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madri: Editorial Trotta, 2002.

ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 56, p. 89-103, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norbert. **A era dos direitos**. 7ª edição reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, v. 22, p. 17-29, 2003.

COELHO, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto. Cultura de Compliance e a cultura de paz. **Galileu, Revista de Direito e Economia**, v. 20, p. 37-58, 2019.

_____. **Teoria do Pêndulo Econômico-Hermenêutico: uma releitura da relação entre estado, direito e sociedade em tempos de (pós) crise**. 1 ed. Rio de Janeiro: University Institute Editora, 2021.

COELHO, Cláudio Carneiro Bezerra Pinto e GUERRA, Sidney. **Direitos sociais x orçamento público: possibilidades e limites–breve estudo comparativo de Brasil e Portugal**. *Revista Direitos Culturais*, v. 15, n. 35, p. 311-338, 2020.

DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. RESERVA DE GOVERNO E RESERVA DA CIÊNCIA: a pandemia e o pandemônio. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 6, n. 3, p. 1066-1082, 2020.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. 2009. 13 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 20, p. 163-206, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Livraria do Advogado Ed., 2003.

_____. Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p.127-162, jan./jun. 2008.

_____. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 1, n. 1, p. 65-77, 2009.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen; AIRES, Buenos. **El costo de los derechos**. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 99-112, 2018.