

Economic Analysis of Law Review

A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?

Horizontal Effectiveness of Fundamental Rights: What is the most Efficient Theory to Implement Human Development and Social Equality

Saulo Casali Bahia¹
Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Filipe Xavier Ribeiro²
Faculdade Independente do Nordeste (FIN)

RESUMO

No presente artigo parte-se do pressuposto que a teoria constitucional sobre direitos fundamentais deve ser construída visando-se atingir a finalidade das normas-princípios. Neste contexto, a doutrina não pode prescindir da análise empírica dos resultados obtidos no tecido social para tomada de conclusões. Utilizando-se da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy como marco teórico, bem como do instrumental analítico da Behavioral Law and Economics, tenciona-se demonstrar os efeitos práticos das teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais através do cruzamento de dados do Coeficiente Gini com os índices de liberalismo do *Heritage Foundation*. Estes índices são os mais utilizados para se verificar a desigualdade social e a interferência do Estado nas relações privadas. Ao final filia-se à teoria que se mostrou mais eficiente.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Eficácia. Economia Comportamental. Eficiência. Direitos Humanos.

JEL: A2. H0. H1. K0. K1.

ABSTRACT

This article assumes that the constitutional theory of fundamental rights must be built in order to achieve the purpose of the norms-principles. In this context, the doctrine cannot do without empirical analysis of the results obtained in the social fabric in order to reach conclusions. Using Robert Alexy's Theory of Fundamental Rights as a theoretical framework, as well as the analytical tools of Behavioral Law and Economics, we intend to demonstrate the practical effects of the theories of the horizontal effectiveness of fundamental rights through the crossing of data from the Gini Coefficient with the Heritage Foundation's liberalism indexes. These indices are the most used to verify social inequality and State interference in private relations. In the end, he joined the theory that proved to be more efficient.

Keywords: Fundamental Rights. Efficiency. Behavioral Economics. Efficiency. Human rights.

R: 29/03/21 **A:** 21/06/22 **P:** 31/12/22

¹ Email: saulocasalibahia@uol.com.br.

² Email: filipexr@gmail.com.

1. Introdução

Na Na sua gênese, os direitos fundamentais foram concebidos como direito de defesa do particular em face do Estado. As raízes históricas fazem com que sua exegese esteja relacionada à ideia de que o destinatário da norma é o Poder Público nas relações com os particulares.

Os direitos fundamentais são entendidos (não imune a críticas) como posituação dos direitos humanos³, dotados de natureza principiológica, por conseguinte, como mandamentos de otimização, isto é, devem ser implementados na maior medida possível à mercê das possibilidades fáticas e jurídicas.

Nessa senda, as grandes declarações de direitos humanos são consideradas precursoras dos direitos fundamentais. Virgílio Afonso da Silva⁴ comenta que na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é possível identificar, artigo por artigo, uma reação aos abusos cometidos pelo *Ancien Regime*, visto que a ideia central da Revolução Francesa (e da própria declaração) é a superação de um regime absolutista. Esta passagem bem ilustra que a carga genética dos direitos fundamentais possui forte vinculação com a defesa do indivíduo perante poderes estatais.

Acontece que esta visão evoluiu em razão da defesa dos direitos individuais passar a se dirigir não somente às ações abusivas do Poder Público, mas também às suas omissões. Este empoderamento dos particulares se relaciona aos direitos de cunho socioeconômicos. Neste contexto, o Estado Liberal cedeu espaço ao Estado Social de Direitos. Em nova evolução se percebeu que seria necessária proteção contra abusos ou omissões não somente em relação com o Poder Público, mas também nas relações privadas. Ou seja, duas novas esferas de proteção se põem agora: contra omissões do poder público e contra ações e omissões abusivas de outros particulares.

Ingo Sarlet⁵ contextualiza que, desde então, numerosos doutrinadores têm se ocupado em fundamentar a vinculação dos direitos fundamentais à relações privadas, sob a premissa de que eles implicam, algumas vezes, não só em um *non facere* estatal, mas em uma conduta ativa para que possa promover e proteger o bem da vida juridicamente tutelado.

Os direitos fundamentais mais fortemente vinculados ao Estado Social Democrático são catalogados na chamada segunda geração (ou dimensão) e possuem caráter prestacional (via de regra) por parte do Estado. Seu desiderato é propiciar ao indivíduo o desenvolvimento de suas potencialidades para que, dotado de condições materiais, exerça as liberdades individuais (primeira dimensão). Desta forma, de maneira simultânea, entende-se que desigualdade social é fator excludente do exercício de direitos humanos e realça a necessidade de reduzi-la,

Virgílio Afonso da Silva relata que a materialidade é indispensável para que o indivíduo possa exercer as liberdades clássicas, ou seja, sem desenvolvimento não há como a primeira dimensão dos direitos fundamentais ser efetivada:

3 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. 4ª ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. P. 41

4 SILVA, Virgílio Afonso da. “A evolução dos direitos fundamentais”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 6, 2005, p. 545-546.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 36, p.54-104, out-dez, 2000, p. 7. (Versão eletrônica disponível na base de dados RT On-line)

A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?

Esses novos direitos, chamados de direitos sociais e econômicos, e que são considerados como a segunda geração dos direitos fundamentais, surgem, contudo, não só em decorrência de uma maior participação dos cidadãos nas decisões políticas, mas, sobretudo, por causa da pressão dos movimentos sociais (e socialistas), que sustentavam, em linhas gerais, que as liberdades públicas não poderiam ser exercidas por aqueles que não tivessem condições materiais para tanto. Nesse sentido, essas liberdades eram consideradas como meramente formais e somente uma igualdade material poderia fazer com que todos pudessem exercê-las⁶.

É por este motivo que se optou por se inserir no Título do artigo o desenvolvimento humano como finalidade das teorias sobre direitos fundamentais, e sua alocação anterior ao termo igualdade social, de forma topográfica, é ilustrativa do caráter prejudicial que exerce.

O desenvolvimento humano e a redução das desigualdades sociais são, pois, as finalidades precípua dos direitos fundamentais. Assim, a interpretação constitucional deve ser direcionada a este fim, visto que ela possui cunho instrumental.

Virgílio Afonso da Silva⁷, ao criticar métodos clássicos de interpretação constitucional, defende que o hermeneuta atrai para si o ônus de demonstrar a aplicabilidade e primazia de sua tese. Nas suas palavras, “não há mais como se satisfazer com a mera exposição teórica de sua ideia básica”. Arremata seu pensamento com o realce da necessidade de interação da realidade constitucional com a realidade política, bem como de se discutir se houve alterações dos fundamentos econômicos, sociais e políticos.

Ao compulsar as construções doutrinárias acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações particulares, nota-se tímida análise e demonstração fática dos resultados de cada teoria no tecido social, ou acerca de quais foram as consequências efetivas.

Em linhas gerais, os teóricos partem do pressuposto de que quanto maior o grau de eficácia dos direitos fundamentais em âmbito horizontal, maior o implemento do desenvolvimento humano e da redução da desigualdade. Esta afirmativa é colocada sem muitos questionamentos ou alicerce em dados, contudo é premissa basilar do silogismo em que se apoia a doutrina sobre o tema.

Ingo Sarlet⁸, a título de amostragem, afirma que a intervenção estatal na esfera privada e na liberdade contratual tem como consequência a redução da desigualdade. Tal afirmação, contudo, não se fez acompanhar de qualquer demonstração estatística ou empírica, ainda que de logo possa ser reconhecida despida de qualquer rigor científico.

O presente artigo tem por objetivo apurar quais tem sido as consequências da teoria nas realidades dos países, notadamente fazendo a correlação entre intervenção estatal na autonomia

6 SILVA, Virgílio Afonso. “A evolução dos direitos fundamentais”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 6, 2005, p. 547.

7 SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico: interpretação constitucional* São Paulo: Malheiros, 2005. p. 142.

8 Afirma o autor que: “No mínimo, importa reconhecer que quanto mais sacrificada a liberdade e igualdade substanciais, maior haverá de ser o grau de proteção exercido pelo Estado no âmbito dos seus deveres gerais e específicos de proteção, atuando positivamente no sentido de compensar as desigualdades, mediante intervenção na esfera da autonomia privada e liberdade contratual.” (SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 36, p.54-104, out-dez, 2000, p. 7 - versão eletrônica disponível na base de dados RT On-line).

privada e a efetivação do desenvolvimento humano e da redução da desigualdade. Para tanto utilizar-se-á da doutrina da Análise Econômica de Direito, bem como sua metodologia.

Duas ressalvas se fazem necessárias.

Tendo em vista a complexidade e quantidade das informações, reconhece-se que o estudo conclusivo demandaria trabalho mais amplo. Deste modo, não se ambiciona demonstrar com precisão as exatas consequências da teoria. Contudo, demonstrar-se-á de maneira indiciária os efeitos que têm sido gerados na sociedade. A real intenção é jogar luz na impossibilidade de se pressupor uma realidade sem analisá-la com rigor científico e, a partir daí, sustentar que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais não deve ser construída com lastro em conjecturas, mas sim em direção ao entendimento que melhor implemente os direitos fundamentais no plano fático, conforme filosofia do conhecimento empírico.

Outro ponto a delimitar o objeto deste trabalho é que, ao se utilizar indicadores liberais/intervencionistas, estar-se-á fazendo referência precipuamente ao campo econômico e indiretamente ao social.

Esta ressalva se mostra necessária, tendo em vista que o Liberalismo Social, teorizado, dentre outros, por John Stuart Mill, relaciona-se ao exercício de liberdades comportamentais por parte dos indivíduos, tais como credos, posicionamentos políticos, sexuais, intelectuais e culturais. Distingue-se, pois, do liberalismo econômico.

O intervencionismo/liberalismo estatal social enquadra-se, de forma prevalente, na chamada primeira dimensão dos direitos fundamentais, pautada nas limitações de liberdades clássicas, tal como denunciado pela escola de Frankfurt, em especial nas obras de Adorno⁹.

O intervencionismo/liberalismo econômico, por seu turno, tem relação predominante com a segunda dimensão de direitos fundamentais, isto é, com o desenvolvimento das potencialidades materiais do indivíduo e a redução das desigualdades socioeconômicas.

As vinculações das espécies de intervencionismo/liberalismo foram relativizadas nas afirmações *supra* em razão da conhecida e plausível crítica da divisão dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões.

George Marmelstein¹⁰, a título de amostragem, aduz que o caráter indivisível dos direitos fundamentais, reconhecido pela ONU desde 1948, é incompatível com a teoria, embora reconheça que esta possui inegável valor didático. De toda sorte, sugere-se que os direitos fundamentais podem ser lidos à luz de várias dimensões. Cita-se o seguinte exemplo:

O direito de ação, por exemplo. Na visão tradicional, a ação tem aquele cunho individualista, representando a mera faculdade de acionar o Poder Judiciário. Com a segunda dimensão, o [processo](#) deixa de ser mero instrumento de proteção de direitos subjetivos, passando a ter uma conotação mais social, abrangendo as lides coletivas e exigindo do Estado uma postura mais ativa no sentido de facilitar

9 Entre estas (conformações formais do pensamento) enumeram-se a disposição a se adaptar ao vigente, uma divisão com valorização distinta entre massas e lideranças, deficiência de relações diretas e espontâneas com pessoas, coisas e ideias, convencionalismo impositivo, crença a qualquer preço no que existe. Conforme seu conteúdo, síndromes e estruturas de pensamento são apolíticas, mas sua sobrevivência tem implicações políticas. Este talvez seja o aspecto mais sério do que estou procurando transmitir. (ADORNO. T. W. *Educação e Emancipação*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 62-63).

10 LIMA, George Marmelstein. *Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano, v. 8, 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>, acesso em: 20 mai. 2020

A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?

o acesso à Justiça, sobretudo para as camadas mais pobres da população. Ganha também o processo uma conotação democrática (quarta dimensão), devendo ser abertos os canais de participação popular no debate judicial, a fim de pluralizar a discussão, garantindo, assim, uma maior efetividade e legitimidade à decisão, que será enriquecida pelos elementos e pelo acervo de experiências que os participantes do processo poderão fornecer.

Com fundamento nesta crítica, pode-se afirmar que, no presente trabalho, os direitos fundamentais não serão lidos na sua primeira dimensão apenas, mas precipuamente em sua segunda dimensão.

A problematização das teorias com os indicadores oficiais de desenvolvimento humano e desigualdade social se mostra relevante para que se possa, ao final, adotar posição amparada pelo conhecimento empírico e, com isso, efetuar interpretação constitucional pragmática, com maior aptidão para instalar eficácia aos direitos fundamentais e causar consequências reais no tecido social.

2. Direito Geral de Liberdade e Igualdade na Visão de Robert Alexy

Robert Alexy bem observa que os Estados ao positivarem o direito geral de liberdade e o direito geral de igualdade nos seus ordenamentos atraem para o Direito Constitucional dois dos objetos mais polêmicos da Filosofia Política.¹¹

Caso se admita o caráter científico da hermenêutica jurídica a busca por respostas para essas questões deve se dar longe dos vieses ideológicos, mas com fincas na realidade dos fatos, o que possui forte guarida na filosofia cartesiana, no sentido de admitir como conhecimento somente aquilo que possa ser provado, bem como orientar-se Descartes pela interdisciplinabilidade, o que se amolda à Law and Economics. Comenta o filósofo:

Portanto, se alguém quiser investigar a sério a verdade das coisas, não deve escolher uma ciência particular: estão todas unidas entre si e dependentes uma das outras; mas pense apenas em aumentar a luz natural da razão, não para resolver esta ou aquela dificuldade da escola, mas para que em cada circunstância da vida, o intelecto mostre à vontade o que deve escolher. Em breve ficará espantado de ter feito progressos muito superiores aos de quantos se dedicam a estudos particulares, e de ter obtido não só tudo o que os outros desejam, mas ainda coisas mais elevadas do que as que podem esperar.¹²

Alexy concebe o Direito Geral de Liberdade em um aspecto positivo e em um negativo, ou seja, de se fazer ou deixar de fazer o que se quer. Entende-se ainda que ele contempla a proteção a situações e a posições jurídicas, nesse sentido fala-se em liberdades protegidas. O direito fundamental à liberdade contempla não só o “fazer” mas também o “ser”.¹³

11 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 343.

12 DESCARTES, René. Regras para direção do espírito. Trad. João Gama: Edições 70, 2018, p. 13.

13 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 344.

Os direitos fundamentais, enquanto mandamentos de otimização, possuem por sua própria natureza a característica de serem colidentes, nesses casos deve ocorrer o sopesamento para que, através do que o autor intitula de fórmula peso, chegar-se a qual deva prevalecer e em que medida.

A amplitude do suporte fático do Direito Geral de Liberdade reclama equivalente amplitude na sua restrição. Contudo a validade dessa restrição necessita de compatibilidade formal e material com a Constituição, bem como o exame da proporcionalidade ao se sopesar os princípios colidentes. A tarefa de sopesamento é assim abordada pelo autor:

Quanto mais a intervenção legal afetar expressões elementares da liberdade de ação humana, tanto mais cuidadosamente devem ser sopesadas as razões utilizadas como fundamentação contra a pretensão básica de liberdade dos cidadãos”¹⁴.

O direito geral de igualdade, por seu turno, possui uma feição jurídica e outra fática, relaciona-se ao ato estatal ou a sua consequência, nesse caminhar quem quer promover a igualdade fática tem que admitir a desigualdade jurídica.

O direito geral de igualdade, na acepção fática, pressupõe o dever, a proibição ou a permissão tanto para tratamento jurídico igual, como desigual. O autor ilustra seu pensamento com a situação de um pai que, sem considerar as peculiaridades dos filhos dá-lhes o mesmo presente, gerando alegria em um e frustração noutro.

Conclui-se que aquele que decide consegue ter a visão apenas incompleta do processo de fomento da igualdade, pode controlá-la apenas parcialmente.¹⁵

De toda sorte a garantia das condições de dignidade e sobrevivência atrela-se a elevados imperativos morais e, de acordo com a teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, o indivíduo passa a ter direito às prestações estatais quando o princípio da liberdade fática tem peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, visto que a liberdade real é apenas verificada naqueles que tem condições materiais de exercê-la.

Por fim, define Alexy que o direito a prestações em sentido estrito em face do Estado é algo que o indivíduo poderia obter de particulares, caso houvesse oferta e dinheiro suficientes.¹⁶

3. Teorias Acerca da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

A visão tradicional acerca dos direitos fundamentais defende a sua vinculação restrita ao âmbito vertical, isto é, nas relações dos cidadãos com o Poder Público. Chama-se de doutrina do “*state action*” e, nos dias atuais, possui forte aceitação nos Estados Unidos e no Canadá¹⁷.

14 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 348.

15 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 419.

16 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 499.

17 Sobre a teoria do state action, para maior aprofundamento, sugere-se leitura do artigo *The Issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law*, em que professor Mark Tushnet problematiza a tese e tece panorama de sua aplicação no ordenamento jurídico e jurisprudência de alguns países. (TUSHNET, Mark. “The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law”. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 1, 2003, p. 79-98.)

A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?

Prevalece na jurisprudência americana a recalcitrância em não se aplicar direitos fundamentais nas relações privadas¹⁸, em razão da forte tradição liberal que o país possui, sem embargo de o entendimento ter sido temperado pela 13ª emenda¹⁹, que proibiu a escravidão e teve na sua redação normas cogentes aos particulares.

Não obstante, as relações sociais se tornaram complexas, e a economia desenvolveu-se de modo que as pessoas passaram a ter postura mais ativa nos diversos ramos da vida em coletividade. Neste contexto observou-se o surgimento do exercício de poderes nas relações privadas, o que a doutrina denominou de *poderes sociais*²⁰.

Pactos civis puros, mercantis, trabalhistas, consumeristas, associativos, religiosos, familiares, revelaram-se palco de violação de direitos fundamentais. Assim, de forma natural os constitucionalistas passaram a defender a vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais, o que fez surgir a chamada *teoria irradiante*²¹.

Surgiram duas correntes sobre o assunto.

A primeira entende que os direitos fundamentais possuem eficácia direta²², ou imediata, nas relações particulares. Os adeptos deste entendimento sustentam que eles possuem carga normativa suficiente para serem observados no âmbito privado. No caso brasileiro, retoma-se ainda o disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, que diz que as normas definidoras de direitos e garantias individuais têm aplicação imediata.

Apontam também para o fato de que alguns deles possuem atores privados como destinatários em razão da sua própria natureza, tais como o direito de propriedade, de livre associação, direitos autorais, direitos de herança etc.

A outra corrente²³ aponta para a eficácia mediata ou indireta nos direitos fundamentais em âmbito privado. Para seus defensores, eles não vinculam por si só os particulares, contudo podem e devem fazê-lo através do que a doutrina alemã chamou de “portas de entrada”, isto é, conduzidos pela legislação editada pelo Parlamento.

Entrementes, há se ressaltar o surgimento de uma zona de confluência das duas correntes. Há autores adeptos da aplicabilidade mediata que aceitam a vinculação direta quando houver uma angulação na relação privada. Dito de outro modo, ao se verificar na relação particular o

18 Em 1879, logo após a promulgação da 14ª Emenda, a Suprema Corte norte-americana, ao julgar o caso *Virginia v. Rives* decidiu que "the provisions of the Fourteenth Amendment of the Constitution (...) all have reference to state action exclusively, and not do any action of private individuals" (ESTADOS UNIDOS. Supreme Courte of the United States. *Virginia V. Rives*, **100 U.S. 313**. Washington, 1879. p. 318. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/100/313/>. Acesso em: 20 mai. 2020).

19 O professor George Rutherglen observa que não só a redação da 13ª emenda, mas também a da 14ª, possui destinatários privados ao direcionar seus efeitos de forma ampla e irrestrita. Vide em: RUTHERGLEN, George. "State Action, Private Action, and the Thirteenth Amendment". *Va. L. Rev.*, v. 94, p. 1367, 2008.

20 Max Weber define poder social como sendo "a possibilidade de que um homem, ou um grupo de homens, realize sua vontade própria numa ação comunitária, até mesmo contra a resistência de outros que participam da ação." (WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Ed. Guanabara: Rio de Janeiro, 1981, p. 211.)

21 Robert Alexy, ao comentar a transformação jurisprudencial na Alemanha após o julgamento do caso *Luth*, afirma que "(...) pode-se de dizer que a primeira idéia básica da decisão do caso *Lüth* era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, a "todas as áreas do Direito". É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um "efeito irradiante" sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (unbiquitous). (ALEXY, Robert. "Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade". *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003, p. 131-140).

22 Conferir NIPPERDEY, Hans Carl. *Grundrechte und Privatrecht*. Krefeld: Scherpe, 1961. v. 24.

23 Conferir. DÜRIG, G. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, [s./l.], [s./ed.], [s./d], p. 176.

desequilíbrio em favor de uma das partes de modo que ela possa exercer posição similar àquela do Estado, aceita-se o efeito vinculante direto.

A título de exemplo, a Suprema Corte Americana, notadamente após o julgamento do caso *Marsh vs Alabama*, em 1946, adotou a *public function theory* segundo a qual, quando atores privados praticarem ato tipicamente estatal, eles estarão submetidos às limitações constitucionais²⁴.

Neste precedente, discutiu-se a possibilidade de uma empresa privada vedar a alienação de unidades imobiliárias a pessoas físicas praticantes do credo das Testemunhas de Jeová. A Suprema Corte apontou que a atividade econômica se equiparava a um ato estatal por constituir espécie de “cidade privada”, e deste modo a limitação constitucional deveria ser observada. Por conseguinte, a restrição foi reconhecida como impossível.

Em resumo, é possível afirmar, para fins didáticos, que em um extremo encontra-se a “*state action theory*”, que nega a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. No extremo oposto figuram os adeptos da eficácia direta. Ao centro percebe-se os adeptos da eficácia mediata, ou indireta, sobretudo a tese que admite a eficácia imediata ao se deparar em relações diagonais ou em que há possível exercício de poder equiparado ao estatal por um ator privado, o que os americanos denominaram *public function theory*.

Mark Tushnet sustenta que países que possuem federalismo mais forte, Corte constitucional não especializada e fraca democracia social possuem maior dificuldade em admitir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, situação que se altera na medida em que estas características se tornam opostas²⁵.

No escopo de superar as dicotomias apontadas, surgiu na Alemanha a teoria do *Dever de Proteção dos Direitos Fundamentais*, que fornece alicerces compatíveis com as visões antagonistas sobre o assunto. Ingo Sarlet menciona que esta tem sido considerada a melhor forma de fundamentar e resolver a questão dos planos de eficácia do direito fundamental²⁶.

Alexy²⁷ conceitua que por *direito de proteção* deve ser entendido os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Pontua que as formas de proteção são diversas, via normas de direito penal, de responsabilidade civil, processual, atos administrativos ou ações fáticas. Portanto, ela ocorre através das já citadas “portas de entrada” caras à tradição germânica.

Faz-se referência ao conteúdo jurídico-objetivo dos direitos fundamentais e à ordem objetiva dos valores que eles representam, o que enseja o dever estatal de proteção. Embora haja controvérsias afirma-se que não haveria um direito subjetivo de proteção do particular em face do Estado (embora o próprio Alexy o defenda), mas o dever objetivo do Estado em proteger.

Sendo assim, caso a proteção seja ineficiente o Poder Público estaria violando o direito fundamental de proteção e, deste modo, a discussão se alocaria no âmbito da eficácia vertical.

24 SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho”. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011, p. 64.

25 TUSHNET, Mark. “The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law”. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 1, 2003, p. 79-98. p. 79.

26 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. 4ª ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 13.

27 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 456.

A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?

A proteção ocorre de maneira preventiva. Há, pois, um estado de latência e a ação positiva somente ocorre em situações excepcionais devidamente justificadas²⁸. A vantagem é que não se define de maneira abstrata e prévia as limitações contratuais, e, por conseguinte, ficam preservadas as estruturas do Direito Privado.

Alexy ressalta que a teoria é inteiramente compatível com compreensão liberal dos direitos fundamentais:

Sua fundamentação no âmbito do modelo de Estado clássico contratualista, que nos últimos tempos tem experimentado um vigoroso renascimento, é praticamente inevitável. A ampla renúncia a direitos à autoproteção efetiva, determinada pela transição (hipotética) de uma situação pré-estatal para uma situação estatal, só pode ser racionalmente fundamentada se o indivíduo receber, por essa renúncia, um direito à proteção estatal efetiva. Que essa idéia tem “assento na realidade” e não é, portanto, uma simples construção hipotética, é algo que é possível perceber por meio do fato de que, onde Estado deixa de ter iniciativa ou força para a satisfação do direito a proteção, não raramente formam-se organizações privadas de proteção o intuito de fazer valer direitos individuais.

(...)

A similaridade de problemas faz com que fique claro que o fosso que separa os direitos da tradição liberal e os direitos próprios do Estado Social não é assim tão fundo quanto seria possível supor à primeira vista.²⁹

Diferencia-se o direito de proteção do direito de defesa. A defesa tem lugar para compelir o Estado a se abster de intervir, o que é característico da visão tradicional dos direitos fundamentais. A proteção, por seu turno, obriga o Estado a zelar para que terceiros não intervenham em situações que impeçam o exercício dos direitos fundamentais³⁰.

4. Law And Economics. Epistemologia

Em tese defendida para obtenção de grau de Mestre no ano de 2018 na Universidade Federal da Bahia, Pedro H. P. Fernandes Brandão comenta que, enquanto o direito é verbal, interpretativo e dialético, a economia é matemática, empírica, voltada ao custo benefício, o que resulta em relacionamento turbulento das duas ciências.

Desta relação, contudo, nasceu o ramo denominado Análise Econômica do Direito, vocacionado em utilizar métodos racionais para pautar as escolhas legislativas e decisões judiciais:

Dessa interação conturbada surgiu um ramo muito próprio da ciência, conhecida como “Direito e Economia” ou “Análise Econômica do Direito”, sendo compreendida como área de estudo social que utiliza técnicas da Economia que possibilitem uma análise de custo-benefício das condutas regulamentadas através da lei. Trata-se de uma visão multidisciplinar dos problemas enfrentados pelo

28 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 13

29 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 456

30 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 456

Direito, importando conceitos e institutos da Economia na solução destes problemas³¹.

A AED é corrente filosófica que se disseminou a partir da Universidade de Chicago na década de 1940, e tem por expoente as obras dos autores Ronald Coase, Richard Posner e Guido Calabresi. AGUILERA sintetiza bem o movimento:

Richard Posner se insere nessa segunda fase da escola e foi responsável, juntamente com Gary Becker, pela grande disseminação da proposta da AED nos meios jurídicos. O movimento conhecido como Análise Econômica do Direito (AED) iniciou-se na Universidade de Chicago entre 1940 e 1950, com orientação marcante do economista Aaron Director, que buscava aplicar insights econômicos a casos legais em campos do Direito eminentemente ligados à economia, tais como o Direito Antitruste e o Direito Comercial. Já a partir de 1960, iniciou-se a nova escola da AED – hoje reflete o núcleo central de trabalho da Escola de Chicago – que passou a estudar âmbitos do direito não estritamente relacionados com a economia, como regras contratuais, regras de responsabilidade civil, e, também, regras de Direito Penal e Processual. Essa segunda fase é particularmente marcada pelos trabalhos de Ronald Coase sobre os custos de transação.³²

Ela possui guarida nas mencionadas teorias de Alexy³³, para quem o discurso jurídico deve conduzir a um resultado racionalmente fundamentado, mediante ponderações alicerçadas na realidade.

Certo é que o grau de interferência estatal no âmbito particular constitui mecanismo de gestão pública, de configuração de Estado, e sendo assim não pode descurar de ser precedida da análise científica de seus efeitos na sociedade, sob pena de malferir regra básica de boa governabilidade.

Conforme apontado no texto, a adoção de qualquer das teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais deve ser direcionada com a finalidade precípua de fomentar o desenvolvimento humano e reduzir as desigualdades sociais

Nelson Machado, ao abordar o tema da gestão pública por resultados em sua obra, afirma que “se os controles voltam-se para os insumos e os processos, não há como responsabilizar os agentes pelos produtos entregues ou pelos resultados sociais alcançados. A ênfase na obrigação de meios elide a obrigação de resultados”³⁴.

31 BRANDÃO, Pedro Henrique Peixoto Fernandes, *O Poder Judiciário e as Escolhas Trágicas: enfrentamentos à luz da análise econômica do direito*. Tese de doutorado. Universidade Federal da Bahia. Programa de Pós-Graduação em Direito. Salvador: PPGD-UFBA, 2018.

32 AGUILERA, Emilio Congregado Ramírez de; HERNÁNDEZ, Ignacio J. Pomares; MATÍAS, Elena Rama. “Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente”. *Derecho y conocimiento, Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información*, v. 1, 2001, p. 331-339. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=994958>> Acesso em: 01 nov. 2019.

33 ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 78.

34 MACHADO, Nelson et al (Org.). *Gestão baseada em resultado no setor público: Uma abordagem didática para implementação em prefeituras, câmaras municipais, autarquias, fundações e unidades organizacionais*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 69.

A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?

O mesmo apontamento é feito por Eduardo Gomes³⁵ ao sustentar que o foco na efetividade, em entregar ao cidadão e a sociedade os seus interesses, atrai eficiência e *accountability* ao setor público.

Ainda sobre esse tema, é importante destacar o seguinte trecho do Manual de Orçamentos e Programas das Nações Unidas:

(...) medir fisicamente o trabalho e seus resultados e estabelecer relações pertinentes com o emprego dos recursos a fim de obter dados que sejam úteis para formular e apresentar as propostas orçamentárias, dotar pessoal e distribuir fundos aos órgãos encarregados de executar os planos aprovados, e verificar o progresso alcançado na consecução dos objetivos da política e metas dos programas de trabalho. Tais medidas contribuem para modificar os planos e programas de modo que a administração possa adaptá-los às exigências conjunturais fazendo face, também, a acontecimentos imprevistos. Além disso, servem para comparar as realizações semelhantes e avaliar a eficiência relativa de unidades administrativas, de práticas e métodos.³⁶

Segundo dados oficiais do Tesouro Nacional, no ano de 2018, 33,58% de toda a produção da economia foi direcionada à Administração Pública. Estes recursos certamente fazem falta à sociedade e freia o desenvolvimento econômico. Deste modo, torna-se importante a eficiência na gestão dos valores, de forma a evitar o desperdício e aumentar os resultados almejados à sociedade.

Todos os direitos fundamentais implicam em custos ao erário. George Marmelstein Lima chama de perigosa e falsa dicotomia a concepção clássica de que os direitos fundamentais de primeira geração não são onerosos pois implicam apenas em uma abstenção por parte do Estado, ao contrário dos direitos de segunda dimensão, em razão de serem prestacionistas³⁷.

Utilizando-se o exemplo do autor, para se garantir a propriedade (primeira geração) é necessário a manutenção de estrutura policial e judiciária para que se combata e evite o esbulho e a turbação. A liberdade religiosa implica em imunidade tributária que, a rigor, consiste no ato de a Fazenda Pública abrir mão de montante de imposto que seria devido.

Stephen Holmes e Cass R. Sustein comungam da mesma opinião. Na obra *Cost of the Rights – Why Liberty depends on taxes* eles apontam que:

Is it more plausible to label private-law rights as positive (requiring government action), and constitutional rights as negative (requiring governmental self-restraint) (...) Some constitutional rights depend for their existence on positive

35 Afirma o autor que: “se este modelo apropriado a, simultaneamente, focar na efetividade ou no que de fato interessa ao cidadão e a sociedade, flexibilizar a condução dos processos e assim remediar a disfunção relacionada ao apego exacerbado às normas e procedimentos, e propiciar mais eficiência e *accountability*”. (GOMES, Eduardo Granha Magalhães. *Gestão por Resultados e eficiência na Administração Pública: uma análise à luz da experiência de Minas Gerais*. Tese. Doutorado em Administração Pública e Governo. Escola de Administração de Empresas - Fundação Getúlio Vargas, 2009, p. 187).

36 NAÇÕES UNIDAS. Manual de orçamento por programas e realizações. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, 1971, p. 127

37 Exemplifica o autor que, “ou seja, não basta o Estado ficar inerte, sem gastar nada, para garantir o direito de propriedade. Pelo contrário, a proteção da propriedade exige o dispêndio de grande soma de dinheiro, sob pena de tornar a propriedade alvo fácil de criminosos. Apenas para ilustrar esse aspecto oneroso de um direito dito de primeira geração, basta dizer que os Estados Unidos gastam, com segurança pública, várias vezes o valor que é gasto com a saúde, sobretudo após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001”.

acts by the state, and the government is therefore under a constitutional duty to perform, not to forbear, under the Constitution as it stands.³⁸

Se por um lado liberdades individuais possuem custos públicos³⁹, por outro lado os direitos não são absolutos, visto que, conforme aponta Sustain, “*nothing that costs money can be an absolute*”. A teoria dos custos do direito alerta que nenhuma posição judicial deve ser tomada sem se levar em consideração os efeitos que ela terá sobre as contas do governo e as demais obrigações públicas:

No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility⁴⁰

Infere-se, pois, sob o ponto de vista da sua implementação, todos os direitos são positivos⁴¹, ainda que se trate de liberdades individuais. Nesta esteira, consoante já alertava Alexy, quanto mais direitos fundamentais ofertados, maiores os elogios ao Estado de Direito, contudo a dificuldade de se materializá-los é de igual modo crescente:

Quem reconhece catálogos amplos com direitos de todas as gerações será muito aplaudido em algumas discussões. Para isso ele precisa aceitar problemas na institucionalização, porque vale a proposição que os direitos do homem são tão mais difíceis de impor, quanto mais eles prometem.⁴²

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é tema que afeta a Administração Pública, implica custos à sua implementação, e desta maneira a adoção de quaisquer das teorias perpassa a análise de resultados.

Interessa notar que o termo “eficácia” é utilizado nas teorias aqui confrontadas no sentido jurídico (eficácia jurídica), ou seja, na possibilidade de um indivíduo fazer valer, nas suas relações privadas, um direito individual utilizando-se para tanto, caso necessário, da atividade adjudicativa do Estado-Juiz.

Preocupa-nos a investigação da eficiência e, para tanto, o que importa é verificar a eficácia econômica, ou seja, se a externalidade de cada teoria é positiva ou negativa, isso no mundo real.

38 HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights-Why Liberty Depends on Taxes*, New York and London: WM Norton, 1999, p. 52.

39 Nos dizeres de Holmes e Sustain: A more adequate approach to rights has a disarmingly simple premise: private liberties have public costs. This is true not only of rights to Social Security, Medicare, and food stamps, but also of rights to private property, freedom of speech, immunity from police abuse, contractual liberty, free exercise of religion [...] (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights-Why Liberty Depends on Taxes*, New York and London: WM Norton, 1999, p. 220),

40 HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights-Why Liberty Depends on Taxes*, New York and London: WM Norton, 1999, p. 97.

41 The financing of basic rights through tax revenues helps us see clearly that rights are public goods: taxpayer-funded and government-managed social services designed to improve collective and individual well-being. All rights are positive rights. (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights-Why Liberty Depends on Taxes*, New York and London: WM Norton, 1999, p. 48).

42 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck, 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. P. 44.

A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?

Para tanto, serão utilizados os conceitos fornecidos pelo Professor Ivo Gico⁴³, para quem a eficácia significa a capacidade de algo para se alcançar determinado objetivo. Assim, por exemplo, quando se considera que uma determinada legislação é eficaz, do ponto de vista econômico, está-se dizendo que ela é apta à conduzir o destinatário da norma a uma postura previamente determinada. Ou seja, investiga-se se a externalidade da norma é a desejada pelo legislador, ou seja, positiva.

Eficiência não se confunde com eficácia, porém a pressupõe. A eficiência produtiva relaciona o produto final (*output*) à quantidade de insumos utilizados no processo de produção (*input*), e conjuga a noção de produtividade (produzir mais consumindo a mesma quantidade de recursos) e economicidade (produzir o mesmo, consumindo menos recursos). Sendo assim, para algo ser eficiente é lógico que esse mesmo algo tenha externalidades positivas (o *output*), dito de outro modo, que tenha eficácia.

Nessa senda, quando se preocupa com o aumento do desempenho de um departamento público, mantendo-se estável a quantidade de recursos disponíveis, está-se tratando da produtividade. Por outro lado, quando as atenções são voltadas à redução de custos, mantendo-se o nível de produção, está-se tratando da economicidade.

Na presente investigação o *output* a ser medido, conforme já mencionado, é a desigualdade social, que será medida pelo *dataset* no próximo capítulo esmiuçado.

O *input* é o grau de interferência estatal nas relações privadas, medida própria de cada teoria acerca da eficácia (jurídica) dos direitos fundamentais em âmbito horizontal. Para tanto, deve-se considerar, conforme demonstrado, que do ponto de vista orçamentário direitos assistencialistas e liberais são todos positivos do ponto de vista do impacto financeiro da Administração Pública.

5. Indicadores Utilizados e Críticas

A proposta deste artigo é comparar o grau de interferência do Estado nas relações privadas (de forma específica no âmbito econômico) com os níveis de desigualdade social, observando-se o comportamento destas variantes em países agrupados por semelhanças socioeconômicas.

Para tanto serão utilizados os 2 (dois) índices mais conhecidos e adotados para medir cada parâmetro da comparação: o Coeficiente *Gini* e o Índice de Liberdade Econômica da *Heritage Foundation*.

É importante destacar que ambos são objetos de críticas, que serão no momento oportuno expostas. Todavia, são os mecanismos mais recorrentes, inclusive no âmbito de organismos internacionais, e alimentados com dados estatais oficiais. Portanto, entende-se que, a par dos possíveis vícios de cada um, são atualmente os meios mais apropriados para a análise projetada.

O coeficiente Gini foi elaborado pelo italiano Conrado Gini, que o publicou no periódico “*Variabilità e Mutabilità*” no ano de 1912⁴⁴. O índice possui utilidade para medir, de forma geral, níveis de concentração e distribuição em um universo e possui aplicação em diversas áreas. E ficou

⁴³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-43, nov. 2020.

⁴⁴ GINI, Conrado. “Variabilità e Mutabilità”, *Studi Economico-Giuridici dell’Univ. Di Cagliari*, 3, part 2, pp.1-158, 1912.

famoso ao ser adotado como régua da distribuição de renda. Atualmente é o indicador utilizado pelo Banco Mundial⁴⁵.

A fórmula matemática é complexa. Contudo, sua explicação é relativamente simples. A facilidade de sua utilização é considerada, inclusive, um dos motivos pelos quais o coeficiente tem utilização recorrente.

O coeficiente Gini correlaciona a proporção acumulada de renda universal com a proporção acumulada de grupos.

Para exemplificar, tome-se uma um quadro de 10 pessoas, no qual a renda da primeira é R\$ 1.000,00 (mil reais), a da segunda R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e assim por diante até chegar aos R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Na tabela mostra-se a distribuição de renda real (desigual) e a ideal em que haveria igualdade linear:

Quadro 1. Coeficiente Gini

Realidade		Plano ideal de igualdade	
Renda Individual	Renda Acumulada	Renda Individual	Renda Acumulada
R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 5.500,00	R\$ 5.500,00
R\$ 2.000,00	R\$ 3.000,00	R\$ 5.500,00	R\$ 11.000,00
R\$ 3.000,00	R\$ 6.000,00	R\$ 5.500,00	R\$ 16.500,00
R\$ 4.000,00	R\$ 10.000,00	R\$ 5.500,00	R\$ 22.000,00
R\$ 5.000,00	R\$ 15.000,00	R\$ 5.500,00	R\$ 27.500,00
R\$ 6.000,00	R\$ 21.000,00	R\$ 5.500,00	R\$ 33.000,00
R\$ 7.000,00	R\$ 28.000,00	R\$ 5.500,00	R\$ 38.500,00
R\$ 8.000,00	R\$ 36.000,00	R\$ 5.500,00	R\$ 44.000,00
R\$ 9.000,00	R\$ 45.000,00	R\$ 5.500,00	R\$ 49.500,00
R\$ 10.000,00	R\$ 55.000,00	R\$ 5.500,00	R\$ 55.000,00

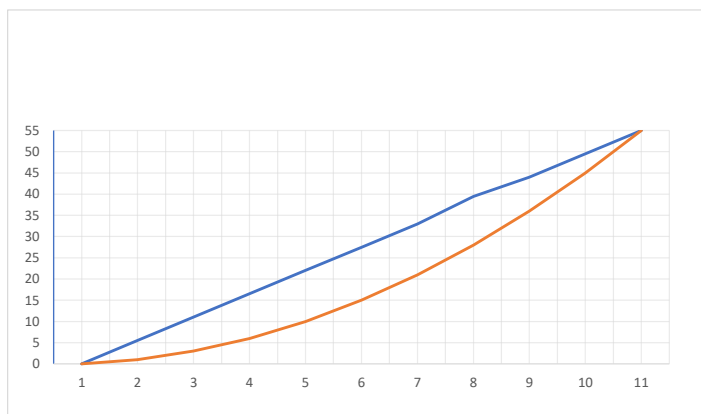
Fonte: Dados meramente ilustrativos.

Ao se transportar os dados da planilha para um gráfico, criam-se duas linhas, sendo que a segunda linha representa a renda individual do plano real e a primeira linha a renda acumulada do plano ideal:

45 BANCO MUNDIAL. Índice de Gini. *Base de dados abertos do Banco Mundial*. Disponível em <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI>. Acesso em: 23 out. 2019.

A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?

Quadro 2: Gráfico Coeficiente Gini



Fonte: Dados meramente ilustrativos

A segunda linha é chamada de curva de Lorenz e demonstra a distribuição de um valor em função do valor total acumulado, e quanto mais próxima esta curva estiver da primeira linha menor a desigualdade.

Assim, o coeficiente é calculado dividindo-se a área compreendida entre as duas linhas (82,50), por toda a área do gráfico (82,50 + 192,50). No exemplo fornecido, tem-se um índice Gini de 0,30 ponto.

Os críticos apontam que o coeficiente Gini não é capaz de representar o bem-estar social, visto que pode ocorrer uma nivelção igualitária em um cenário de baixa renda⁴⁶. Segunda esta concepção, a desigualdade social não é um elemento numérico, mas qualitativo, e caso a distribuição de riquezas ainda que igualitária não satisfaça os anseios sociais, o desiderato não foi alcançado. Mostra-se indispensável, pois, a análise da sensação de bem-estar⁴⁷.

O índice de liberdade econômica é produzido desde 1995 por uma parceria entre *Wall Street Journal* a *Heritage Foundation*. O *index* é utilizado e alimentado com dados do Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Organização Mundial do Comércio, Transparência Internacional, bem como na reunião de líderes mundiais em Davos, organizada pelo Fórum Econômico Mundial.⁴⁸

Assim como o coeficiente Gini, o *Index of Economic Freedom* também é simples de se entender. O índice é decomposto em 12 (doze) itens subdivididos em 04 (grupos): Estado de Direito (direito de propriedade, integridade do governo, eficácia judicial); Tamanho do Governo (gastos do governo, peso dos impostos, saúde fiscal); Eficiência Regulatória (liberdade de se fazer

46 Cuando utilizamos el coeficiente de Gini para comparar situaciones con diferencias en la distribución del ingreso, no estamos utilizando una herramienta neutra sino una basada en el supuesto de que el bienestar social es una función específica, característica, de la serie de ingresos que analizamos (MADDOCK, Rodney. “¿Debemos tener confianza en los coeficientes de Gini?” *Lecturas de economía*, v. 20, n. 20, 1986, p. 139-152).

47 Para um maior aprofundamento acerca do coeficiente Gini sugere-se a leitura do seguinte documento produzido pelo Governo do Estado do Ceará e disponibilizado pela PUC/SP (ESTADO DO CEARÁ. *Entendendo o índice de Gini*. Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará, Fortaleza, [s.d]. ; Disponível em: <https://www.pucsp.br/ecopolitica/documentos/direitos/docs/entendendo-o-indice-gini.pdf>. Acesso em 26 out 2019.

48 MILLER, Terry; KIM, Anthony B.; ROBERTS, James M; TYRRELL, Patrick. *2020 Index of Economic Freedom*. https://www.heritage.org/index/pdf/2019/book/index_2019.pdf. Acesso em: 26 out. 2019. The Heritage Foundation : Washington, DC, 2020. Acesso em: 22 mai. 2020.

negócios, liberdade de trabalho, liberdade monetária); e Abertura do Mercado (liberdade de comércio, liberdade de investimentos, liberdade financeira).

Os componentes são avaliados de 0 a 100, em aspectos quantitativos e qualitativos. Por fim é realizada a média aritmética simples para se chegar ao valor numérico do índice⁴⁹.

O *Mises Institute* foi criado em 1982 e tem por finalidade promover o ensino e pesquisas para difundir a escola do liberalismo econômico austríaca e a paz internacional, pautada nas ideias de *Ludwig Von Mises*. O instituto critica a metodologia utilizada pela *Heritage Foundation* e pontua ser incorreta a classificação de países como Suécia e Dinamarca, adeptos do *Welfare-State*, com índice de liberdade econômica próximo ao dos Estados Unidos⁵⁰.

O Instituto sugere, também, que o item “mercado informal” seja retirado do cálculo pois atribui pontuação negativa quanto maior for o tamanho da economia informal no País. Aponta que, na verdade, a informalidade representa liberdade de o indivíduo empreender sem que o Estado interfira, então haveria contrassenso⁵¹. Caso o ajuste seja feito países do terceiro mundo terão o indicador de liberdade econômica majorado.

Esta crítica perpassa pela questão Africana, onde, em razão da baixa eficiência da Administração Pública poder-se-ia dizer que há liberdade de atuação. A este respeito o *Heritage Foundation* aponta que a liberdade econômica não é sinônimo de livre mercado. O índice é composto também por qualidade da regulação e do governo, na correção das falhas do mercado.

Chama-se a atenção para o fato de que países do continente apresentam pontuação positiva no quesito carga tributária e baixa renda per capita, o que seriam sintomas da corrupção governamental ou ineficiência na alocação dos recursos arrecadados.

Outro panorama a merecer atenção encontra-se na Escandinávia, que representa o extremo oposto dos indicadores africanos.

Com efeito, os países nórdicos (Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia) possuem alta classificação de índice de liberdade econômica, caracterizados como livres e reduzida desigualdade social. Contudo são conhecidos por sua ampla rede de seguridade social, característicos do Estado de bem-estar-social.

A carga tributária é bastante elevada (39% do PIB), a dívida pública representa 41,3% do PIB. Todavia, o paradoxo seria apenas aparente.

Segundo o *Heritage Foundation* a economia nórdica concilia qualidade dos gastos públicos com um ambiente de livre e competitivo mercado, não há planificação econômica ou controle de preços.

49 Para leitura da metodologia completa: MILLER, Terry; KIM, Anthony B.; ROBERTS, James M. *2019 Index of economic freedom*. 25th anniversary edition. The Heritage Foundation : Washington, DC, 2019. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/pdf/2019/book/methodology.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.

50 KARLSSON, Stefan. “The Failings of the Economic Freedom Index”. *Mises Daily Articles*. Mises Institute. Publicado em 21/01/2005. Disponível em: <https://mises.org/library/failings-economic-freedom-index>. Acesso em: 28 out. 2019.

51 The last category, “Informal markets,” is the strangest of them all. It gives negative points for having a large informal market, also called an “underground economy.” But since informal markets are markets where people do not have their freedom restricted by the state this should if anything be counted as something positive. The larger the informal market the greater chance people have to conduct their business without being taxed and regulated by government officials (KARLSSON, Stefan. “The Failings of the Economic Freedom Index”. *Mises Daily Articles*. Mises Institute. Publicado em 21/01/2005. Disponível em: <https://mises.org/library/failings-economic-freedom-index>. Acesso em: 28 out. 2019).

A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?

A tributação no país é mais acentuada sobre a renda das pessoas individuais do que sobre as pessoas jurídicas, de modo que as empresas tenham competitividade internacional. A carga tributária aplicada às corporações é inferior a dos EUA, por exemplo.

Os gastos públicos são outra variante relevante. É traço comum nestes países um alto investimento público voltado à produção de riquezas. Estes gastos incluem não só a infraestrutura mas também o capital humano, formação de agentes econômicos. A quantidade de dinheiro empregada em educação é elevada e a política estudantil formatada de modo que as pessoas possam trabalhar e produzir quando puderem fazê-lo.

Por fim, constatam que a população dos países escandinavos demonstram alto nível de confiança nas instituições e nos pares, percepção de justiça é alta e a propriedade privada bastante protegida⁵².

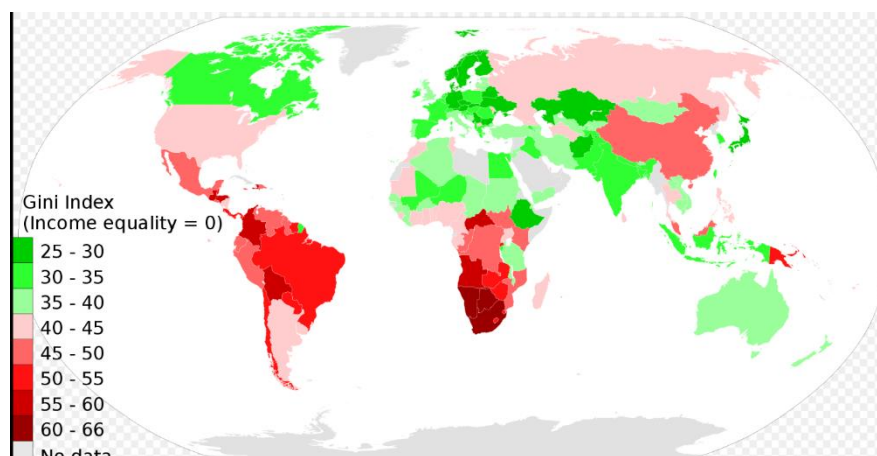
6. Confrontamento do Coeficiente Gini e do *Index of Freedom Economy*

O presente artigo não possui a presunção de efetuar análise completa da correlação entre interferência estatal nas relações privadas com a desigualdade social. Os apontamentos se darão apenas a título de indícios, pois utilizada amostra restrita de países.

Para se ter uma ideia da quantidade de informações, o coeficiente Gini divulgado pelo Banco Mundial reúne dados de 264 (duzentos e sessenta e quatro) locais com dados coletados desde o ano de 1960⁵³. A *Heritage Foundation*, por seu turno, compila dados de 184 (cento e oitenta e quatro) países, desde o ano de 1995.

A primeira comparação possível é entre os mapas fornecidos pelos organizadores dos dois indicadores.

Quadro 3: Coeficiente Gini

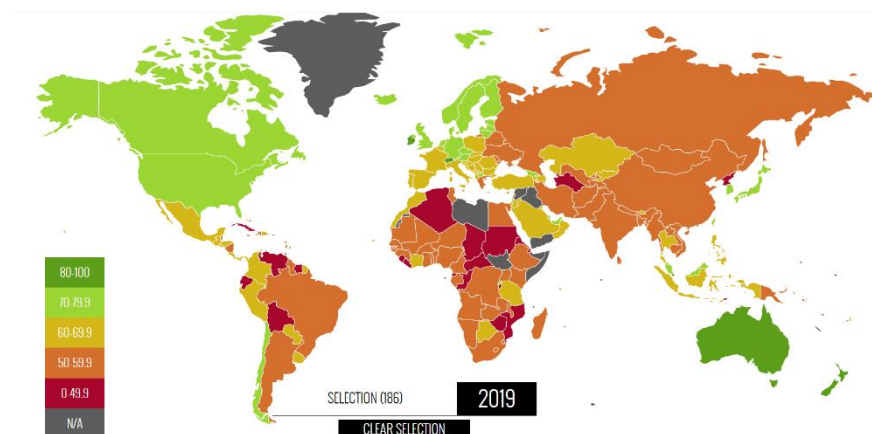


Fonte: World development indicators: distribution of income or consumption. World Bank.

52 Informações extraídas do site <https://www.heritage.org/international-economies/report/economic-freedom-underpins-nordic-prosperity> acesso em 29.03.2021.

53 BANCO MUNDIAL. World Development Indicators. Data Catalog. *Banco de dados abertos do Banco Mundial*. Disponível em <https://datacatalog.worldbank.org/dataset/world-development-indicators>. Acesso em: 28 out. 2019.

Quadro 4: Indicadores de Liberdade Econômica



Fonte: Heritage Foundation.

A análise visual sugere, *a priori*, a proporção inversa entre os parâmetros. Quanto maior o índice Gini, menor o indicador de Liberdade Econômica. Ou seja, na medida em que a avaliação da *Heritage Foundation* é melhor, menor é a desigualdade social. Contudo, é necessário um olhar mais aprofundado.

Os 5 (cinco) países com o menor coeficiente Gini são Bielorrússia (25,4), Eslovênia (25,4), Noruega (27,5), Hungria (30,4) e Alemanha (31,7). Nenhum deles é classificado no quadrante máximo do *Heritage Ranking*, que vai de 80 a 100.

Entretanto, de igual modo, nenhum deles possui pontuação baixa, estão escalonados como *Usualmente Liberal* ou *Moderadamente Liberal*. Com efeito, dentre esse grupo, o maior índice de liberalismo é da Alemanha (73,5), Noruega (73,0), Hungria (65,0), Eslovênia (65,0) e Bielorrússia (57,9).

O Brasil possui alta pontuação no coeficiente Gini (53,3) e baixa pontuação no ranking da *Heritage* (51,9). Um indicador o enquadra como 10º país mais desigual do Mundo, ao passo que o outro o considera usualmente não liberal, e há apenas 1 ponto de ser classificado como não liberal (o que ocorre a partir de 49,9 pontos).

O comparativo induz que a forte intervenção do Estado nas relações privadas não produziu igualdade social, e, ao contrário, o que se verifica é um quadro de grave desigualdade na distribuição de renda e oportunidades.

Entretanto não se pode afirmar categoricamente que quanto menor a intervenção estatal também é menor a desigualdade. Necessário observar que os países com maior pontuação no ranking da *Heritage Foundation* não possuem, igualmente, os menores coeficientes Gini.

A título de amostragem, cita-se a Austrália e a Irlanda, ambas figurantes na maior classificação do liberalismo (80-100). Contudo, com índice Gini 35,8 e 31,8, respectivamente. Cerca de 10 pontos abaixo da Bielorrússia e Eslovênia.

A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?

Resultado interessante surge ao se confrontar as 3 (três) das maiores economias do Mundo segundo a classificação do Fundo Monetário Internacional: Estados Unidos, China e Alemanha⁵⁴.

Os Estados Unidos e a China possuem os maiores PIBs mundiais, e contudo a distribuição de renda é bastante distinta. O país americano possui nota 78,6 no Heritage ranking, sendo considerado usualmente liberal, ao passo que a China 58,4, e recebe a qualificação de usualmente não liberal.

Tem-se, então, de um lado o país adepto do Liberalismo e, no outro extremo, um governo intervencionista. Nessa comparação a China apresenta índice de desigualdade menor (38,6 contra 41,5).

Insira-se, doravante, a Alemanha no contexto. O país germânico possui índice de liberalismo em patamar elevado (73,5), porém inferior ao dos Estados Unidos e superior ao da China. O coeficiente Gini, por seu turno, é o menor entre as três potências internacionais (31,7).

Para se adotar posição acerca da melhor teoria na realidade brasileira, mostra-se indispensável que se realize comparativos com países emergentes, com situação socioeconômica similar. Confrontar-se-ão os indicadores do Brasil, Chile e Índia.

Neste universo, o menor coeficiente Gini é da Índia (35,7), seguida pelo Chile (46,6) e Brasil (53,3). Na ordem decrescente do índice de liberalismo econômico tem-se Chile (75,4), Índia (55,2) e Brasil (51,9). Os dados novamente demonstram que o país mais desigual na amostragem (Brasil) possui o menor nível de liberalismo.

Percebe-se que, usualmente, o indicador de liberalismo econômico baixo atrela-se a uma acentuada desigualdade social, e ocorrem variações ao se elevar esse mesmo índice.

7. Contribuições da Law and Economics para a Redistribuição de Riquezas

A microeconomia parte do pressuposto de que em um ambiente de escassez de recursos, materiais e imateriais, o indivíduo toma suas decisões pautado em uma análise racional de custos e benefícios. O exercício da ambição individual, contudo, pode gerar benefícios coletivos a depender da estrutura do mercado *lato sensu*.

Richard Posner concebe a chamada maximização de riqueza como um princípio ético da Law and Economics. A “riqueza” social é definida como a soma dos bens tangíveis e também intangíveis, por conseguinte a maximização representa a transação, ou qualquer forma de alocação da propriedade, de forma mais vantajosa ao aumento da riqueza social.⁵⁵

Dentro deste contexto, Ronald Coase publicou o artigo The problem of Social Cost, o que mais tarde viria a ser conhecido como seu Teorema. Advoga o economista a ideia de que em uma situação de inexistência de custos de transação a alocação final de recursos obtida a partir da

54 INTERNATIONAL MONETARY FUND. *INTERNATIONAL MONETARY FUND*. Research. Sítio eletrônico, página virtual, 2020. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Research>. Acesso em: 22 mai. 2020.

55 MATHIS, Klaus. Efficiency instead of justice?: Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law. Springer Science & Business Media, 2009, p. 145

negociação será sempre eficiente, não importa a configuração das normas legais acerca da propriedade de tais recursos⁵⁶.

Na literatura juseconômica⁵⁷ o critério de eficiência possui duas abordagens, uma em Pareto e outra em Kaldor-Hicks. A alocação de recursos Pareto eficiente é aquela na qual se melhora as posições das partes sem piorar a de ninguém. Já pela hipótese de Kaldor-Hicks admite-se a melhora fora do equilíbrio equacional reclamado por Pareto, desde que aquele que fique em condições melhores compense os prejudicados e, assim, alcança-se a maximização de riqueza na transação.

Klaus Mathis admite que a maximização da riqueza social pode ser alcançada pelo critério de Pareto, contudo defende que a teoria defendida por Posner confunde-se com o critério de Kaldor-Hicks:

What matters is that the Kaldor-Hicks criterion of hypothetical compensation must always be applied with the intent of wealth maximization. The standard, then, is always wealth as defined by Posner rather than the utilitarianist definition of utility. Hence, by Posner's definition, wealth maximization and the Kaldor-Hicks criterion are the same thing. Accordingly, a rise in Kaldor-Hicks efficiency always entails an increase in wealth⁵⁸.

Neste passo, a juseconomia divulga o denominado Teorema Normativo de Coase, segundo o qual o Estado, ao identificar falhas de mercado, isto é, situações em que o interesse individual não gera riqueza social, deve intervir, de forma temporária, para corrigi-las com redução dos chamados custos de transação, para que ele volte a se equilibrar, em situação ótima.

Desmistifica-se a ideia preconcebida de que a *Law and Economics* não se ocupa das questões sociais, bem como inadmite a intervenção estatal.

Salta aos olhos a compatibilidade da modelagem juseconômica com a visão de Alexy, segundo a qual o direito a prestação em face do Estado é algo em que o indivíduo poderia obter do particular, caso haja oferta e dinheiro suficientes.

Os ensinamentos de Posner e Coase amoldam-se ainda à Alexy, no ponto em que o autor, ao distinguir liberdade fática e jurídica, alerta para a situação na qual o agente que toma decisão tem visão apenas incompleta do processo e sendo assim pode controlá-lo somente de forma parcial. Nesse ponto há consenso em uma importante premissa econômica que é atenção às consequências do ato, mas também aos resultados possíveis da solução que fora preterida, o que é chamado de *trade off*.

De toda sorte, verifica-se que não basta a intervenção Estatal nas relações horizontais para implementar direitos fundamentais, caso ela ocorra reclama-se que seja qualificada de modo tal que a alocação final de recursos seja eficiente, por meio do alinhamento da pretensão individual com a produção da riqueza social, sob pena de o resultado final não ser o desenvolvimento humano e, por conseguinte, a redução da desigualdade socioeconômica (externalidade negativa).

56 COASE, Ronald H. The problem of social cost. In: Classic papers in natural resource economics. Palgrave Macmillan, London, 1960. p. 87.

57 MATHIS, Klaus. Efficiency instead of justice?: Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law. Springer Science & Business Media, 2009, p. 31

58 MATHIS, Klaus. Efficiency instead of justice?: Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law. Springer Science & Business Media, 2009, p. 153.

A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?

Essa qualidade normativa do Poder Público pode ser alcançada por intermédio do instrumental analítico da *Law and Economics* visto que a ciência jurídica, notadamente no positivismo, por natureza abstrata, atrela-se à questões intuitivas que nem sempre se verificam na consequência da norma, ou seja, no aspecto fático do direito geral da igualdade.

8. Behavioral Law and Economics e a Variável da Educação em Direitos Humanos

A economia clássica alicerça-se na premissa de que os indivíduos são racionais e as escolhas humanas são pautadas pelo sopesamento de custos e benefícios, através do qual busca-se arranjos mais vantajosos.

Ocorre que se percebeu a citada racionalidade como limitada, seja porque nem sempre os agentes econômicos possuem a totalidades das informações, seja porque aspectos irracionais influem nas preferências dos indivíduos de modo que existem desvios comportamentais que devem ser considerados.

Cass Sunstein⁵⁹ pontua que erros cognitivos e desvios motivacionais podem pressionar as decisões e que o futuro da *Law and Economics* passa pelo aperfeiçoamento dessas análises, observa que alguns indivíduos tomam decisões na intenção de que as demais pessoas os vejam como justos, nesse caso há uma variação do comportamento racional pautado na acumulação de riquezas, sem embargo considerar-se que os bens intangíveis também configuram vantagens na escolha racional:

Economists sometimes assume that people are self-interested. This may well be true, and often it is a useful simplifying assumption. But people also may want to act fairly and, equally important, they want to be seen to act fairly, especially but not only among nonstrangers. For purposes of understanding law, what is especially important is that people may sacrifice their economic self-interest in order to be, or to appear, fair.

Neste contexto a economia neoclássica abriu espaço para que a psicologia e neurociência participassem do debate acerca do comportamento humano o que deu origem a denominada *Behavioral Law and Economics*, assunto do qual nos ocuparemos nas linhas abaixo.

A teoria da (in)eficácia dos direitos fundamentais em âmbito horizontal é concebida a partir da ideia de que o indivíduo terá necessidade de reclamar determinado direito em face de outro particular e de que há a necessidade da existência de uma instituição com poder cogente para garantir a observância deste direito.

A imposição de um comportamento em detrimento da vontade do participante de determinada relação jurídica é, pois, elemento integrante da discussão que gravita em torno da interferência do Estado nas relações privadas.

Este raciocínio permite concluir que, quanto mais os particulares entendam, aceitem e espontaneamente apliquem nas suas relações os direitos humanos, menor a necessidade de até

59 SUNSTEIN, Cass R. Behavioral analysis of law. The University of Chicago law review, v. 64, n. 4, 1997. p. 11.

mesmo discutir eficácia dos direitos fundamentais a partir de um ponto de vista impositivo ou coercitivo. Propõe-se uma nova abordagem do problema jurídico.

Nesta abordagem se insere a educação em direitos humanos, variável que possui implicância no núcleo das teorias apontadas e que, contudo, aparentemente é ignorada na literatura sobre a eficácia dos direitos fundamentais.

Paulo Ricoeur⁶⁰ dedicou toda a sua obra para demonstrar que a eficácia dos direitos humanos passa pelo reconhecimento. Ele ensina que o reconhecimento abrange 3 (três) dimensões do indivíduo: ele reconhece algo ou as pessoas (capacidade de identificação), reconhece a si mesmo (se assume como dotado de potencialidades) e quer ser reconhecido pelos outros (reconhecimento mútuo).

Nas palavras do autor:

No trajeto aberto pelo ato soberano no reconhecimento/identificação, tratado no primeiro estudo, o reconhecimento de si, em virtude dessa última dialética, abre também caminho para a problemática do ser reconhecido, implicado pela exigência de reconhecimento mútuo que trará o terceiro estudo.⁶¹

Luis Alberto Warat trilha na mesma linha e defende que o que intitula “Ética da Alteridade” é condição *sine qua non* para a existência dos direitos humanos⁶². De forma simples, o autor assinala que a alteridade (ou outridade) consiste em ver o outro não como dever moral, ou obrigação imposta, mas como assunção de responsabilidade, noção de cuidado⁶³.

A partir desta concepção fica claro que quanto maior o reconhecimento ou a ética da alteridade, menos espaço haverá para que teses acerca da eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas se digladiem.

O neurocientista Paul Zak demonstrou que o hormônio ocitocina, normalmente verificado em grávidas e associado ao trabalho de parto, na verdade também reflete a capacidade das pessoas em confiarem umas nas outras e praticar a empatia.

Em estudos desenvolvidos com publicações desde o ano 2001⁶⁴ o referido autor correlaciona economia com neurociência para, ao medir níveis de ocitocinas em amostras populacionais diferentes, demonstrar que o grau confiança dos povos encontra-se diretamente relacionado à prosperidade econômica dos países, em razão da maior eficiência das trocas comerciais. A um só tempo, ele fornece explicações para as escolhas dos agentes econômicos não

60 RICOEUR, Paul. *Percurso do reconhecimento*. Trad. Nicolás Nyimi Campanário, São Paulo: Edições Loyola, 2006.

61 RICOEUR, Paul. *Percurso do reconhecimento*. Trad. Nicolás Nyimi Campanário, São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 109.

62 “Proponho-me revisitar as concepções de cidadania e Direitos Humanos e partir de uma teoria do Direito da mediação, que as veja como formas sinônimas de realização das relações humanas com autonomia, e aponte para um recíproco programa de qualidade total (outridade). E a mediação, em seu sentido amplo e irrestrito, como fórmula de humanização das relações humanas (outridade) e de construção de uma justiça entendida como preocupação em torno da qualidade de vida, e não como mecanismos encontrados para castigar supostos desvios valorativos, morais, desvios de sentimentos ou ações, considerados como tais por uma forma de civilização que faz da ordem sua neurose”. (WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. In: Warat, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*, p. 113)

63 SENA, Jaqueline. Ética da alteridade e direitos humanos: uma discussão necessária à formação jurídica contemporânea. In: *Direitos humanos e formação jurídica*. NALINI, José Renato; CARLINI, Angélica (Coordenadores). Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 15.

64 Zak, Paul J. and Knack, Stephen, Trust and Growth (September 18, 1998). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=136961> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.136961>

A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?

pautadas na racional maximizadora, como desmistifica a ideia de serem os mercados ambientes egoísticos:

I'm going to show in this chapter that, on balance and despite its detractors, the marketplace actually makes people more moral, not less. Trade not only supports oxytocin's virtuous cycle, it extends it beyond the small circumference of kinship or friendship. Add then, with a twist that will come as a revelation to the "never give 'em a break" crowd, moral behavior actually increases the efficiency and profitability of trade. This adds another element to the virtuous cycle. A larger economic pie – also known as prosperity – reasonably well distributed, reduces stress and increases trust, which facilitates further release of oxytocin, which... you get the idea.⁶⁵

Isso pode explicar por que países com baixo índice de interferência Estatal apresentam bons indicadores sociais e, ao contrário, governos intervenientes não conseguem reduzir índices de desigualdade.

A lógica é que, quando mais educada a população menos necessária é a existência de normas cogentes nas suas relações visto que o reconhecimento da condição humana do outro conduz ao repúdio de quaisquer posturas que conduzam a um esmagamento da pessoa alheia⁶⁶, e isso se dá de forma espontânea.

Essas constatações corroboram o ponto defendido por Priscila Caneparo de Anjos⁶⁷, segundo o qual a Organização Mundial do Comércio deve ser centro de preocupação dos Direitos Humanos, embora essa não seja uma de suas diretrizes institucionais:

Obviamente, a pauta de direitos humanos na organização ainda é muito incipiente e guarda diversos desafios, quais sejam: a dificuldade em integrar os direitos humanos com a liberalização do comércio, dado que as normas de direitos humanos tem uma longa tradição em negligenciar as liberdades econômicas(...)

Sustenta Anjos⁶⁸, que, por exemplo, os direitos humanos fazem-se presentes na OMC, dentre outras hipóteses, quando algumas normas convencionais internacionais sobre matéria comercial trazem em seu bojo assuntos relacionados à ordem social, cultural, ou ambiental, como ocorre com o artigo XX do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*).

Pode-se complementar que a relação entre Direitos Humanos e OMC ocorre não apenas quando as normas convencionais veiculam conteúdo de direitos fundamentais de segunda dimensão.

Essa relação ocorre, primordialmente, no próprio fomento às trocas comerciais, seja no âmbito interno de cada Estado-Membro, seja nas relações bilaterais ou multilaterais. O núcleo da

⁶⁵ ZAK, Paul J. *The moral molecule: How trust works*. Penguin, 2013, edição kindle, cap. VII

⁶⁶ FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, política e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. P. 216

⁶⁷ DOS ANJOS, Priscila Caneparo. *A Organização Mundial do Comércio e os Direitos Humanos: Idealismo Romântico ou Ceticismo Racional?*. *Economic Analysis of Law Review*, v. 12, n. 1, p. 17-31, 2021.

⁶⁸ Op. Cit, p. 28.

Organização Mundial do Comércio é tema de Direitos Humanos, pois relacionado ao desenvolvimento humano e redução das desigualdades socioeconômicas.

9. Considerações Finais

Após confrontar os dados do Coeficiente Gini com o índice de liberdade econômica do *Heritage Foundation*, ficou demonstrado que a acentuada interferência do Estado nas relações privadas (*input*) não conduziu os diversos países a um quadro de baixa desigualdade social (*output*).

Contudo, a completa ausência de interferência, de igual modo, não resultou em melhores indicadores de desigualdade. Neste prisma, ao se comparar os elevados índices liberais, contudo com certo grau de interferência, da Alemanha, com os indicadores extremos dos EUA e da China, notou-se que o modelo germânico produziu melhores resultados.

No campo dos países emergentes também se percebeu que o intervencionismo foi ineficaz para conduzir os Estados à coeficientes Gini menores.

Opina-se, data vênia, que a teoria que possui maior eficiência ao implemento dos direitos fundamentais, isto é, do desenvolvimento humano e da redução das desigualdades sociais, é a da *eficácia horizontal indireta*. Tanto que o melhor resultado dos comparativos selecionados ocorreu na Alemanha, onde a tese tem proeminência e convive com os *deveres de proteção* que, como mencionou Alexy, é inteiramente compatível com a visão liberal dos direitos fundamentais.

Ela permite que o Estado, pelos mecanismos democráticos, calibre as intervenções, em níveis e durabilidade, e mantenha o liberalismo em patamares adequados através das chamadas “portas de entrada”, conforme já explicado. Note-se que, nesse caso, há racionalidade entre o *input* e o *output*, desse modo a eficiência produtiva é privilegiada em detrimento de questões teóricas dissociadas da realidade.

À margem desta constatação salienta-se a relevância de se observar a educação em direitos humanos no sistema de ensino, visto que a maior necessidade de intervenção Estatal pode indicar a existência de sociedade que pouco pratica o *reconhecimento*, como preconizado por Ricoeur, ou a *ética da alteridade*, explicada por Warat. Este apontamento encontra-se corroborado pela Behavioral Law and Economics, sobretudo nas pesquisas desenvolvidas e divulgadas pelo neurocientista Paul Zak.

A política pública de educação é mecanismo inteligente de intervenção, visto e instala no indivíduo a consciência de espontaneamente aplicar direitos humanos em suas relações.

A quantidade de informações a serem levantadas e analisadas não permite uma posição conclusiva sobre o assunto em sede de artigo científico, Contudo, espera-se ter demonstrado a importância da análise de resultados para lastrear a defesa de determinada tese e fixar as bases para desenvolvimento do estudo. Se não é possível efetuar apontamentos definitivos, por outro lado não se pode negligenciar o ensinamento de Riobaldo, que em Grande Sertão Veredas, com tom socrático, comentou: *em quase nada não sei, mas desconfo de muita coisa*⁶⁹.

69 GUIMARÃES ROSA, João. *Grande sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. P. 14-15.

10. Referências

- ADORNO, T. W. **Educação e Emancipação**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- AGUILERA, Emilio Congregado Ramírez de; HERNÁNDEZ, Ignacio J. Pomares; MATÍAS, Elena Rama. “Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente”. **Derecho y conocimiento, Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información**, v. 1, p. 331-340, 2001. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=994958>> Acesso em: 1 nov. 2019.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**: Estudos para a Filosofia do Direito. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade”. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BANCO MUNDIAL. World Development Indicators. Data Catalog. **Banco de dados abertos do Banco Mundial**. Disponível em <https://datacatalog.worldbank.org/dataset/world-development-indicators>. Acesso em: 28 out. 2019.
- BANCO MUNDIAL. Índice de Gini. **Base de dados abertos do Banco Mundial**. Disponível em <https://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI>. Acesso em: 23 out. 2019.
- BRANDÃO, Pedro Henrique Peixoto Fernandes, **O Poder Judiciário e as Escolhas Trágicas**: enfrentamentos à luz da análise econômica do direito. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia. Programa de Pós-Graduação em Direito, Salvador, 2018.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. In: **Classic papers in natural resource economics**. Palgrave Macmillan, London, 1960.
- DESCARTES, René. **Regras para direção do espírito**. Trad. João Gama: Edições 70, 2018, p. 13.
- DOS ANJOS, Priscila Caneparo. A Organização Mundial do Comércio e os Direitos Humanos: Idealismo Romântico ou Ceticismo Racional?. **Economic Analysis of Law Review**, v. 12, n. 1, p. 17-31, 2021.
- ESTADO DO CEARÁ. **Entendendo o índice de Gini**. Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceara, Fortaleza, [s.d.]. Disponível em: <https://www.pucsp.br/ecopolitica/documentos/direitos/docs/entendendo-o-indice-gini.pdf>. Acesso em 26 out. 2019.
- ESTADOS UNIDOS. **Supreme Courte of the United States**. Virginia v. Rives, *100 U.S.* 313. Washington, 1879. p. 318. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/100/313/>. Acesso em: 20 mai. 2020

- FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, política e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-43, nov. 2020.
- GINI, Corrado. “Variabilità e Mutabilità”, **Studi Economico-Giuridici dell’Univ. Di Cagliari**, 3, part 2, 1912.
- GOMES, Eduardo Granha Magalhães. **Gestão por Resultados e eficiência na Administração Pública: uma análise à luz da experiência de Minas Gerais**. Tese. Doutorado em Administração Pública e Governo. Escola de Administração de Empresas - Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2009.
- GUIMARÃES ROSA, João. **Grande sertão: veredas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**, New York and London: WM Norton, 1999.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND. **INTERNATIONAL MONETARY FUND**. Research. Sítio eletrônico, página virtual, 2020. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Research>. Acesso em: 22 de mai. 2020.
- KARLSSON, Stefan. “The Failings of the Economic Freedom Index”. **Mises Daily Articles**. Mises Institute. Publicado em 21/01/2005. Disponível em: <https://mises.org/library/failings-economic-freedom-index>. Acesso em: 28 out. 2019.
- LIMA, George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano, v. 8, 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>, acesso em 20 mai. 2020
- MATHIS, Klaus. Efficiency instead of justice?: Searching for the philosophical foundations of the economic analysis of law. **Springer Science & Business Media**, 2009.
- MACHADO, Nelson et al (Org.). **Gestão baseada em resultado no setor público: Uma abordagem didática para implementação em prefeituras, câmaras municipais, autarquias, fundações e unidades organizacionais**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- MADDOCK, Rodney. “¿Debemos tener confianza en los coeficientes de Gini?”. **Lecturas de economía**, v. 20, n. 20. 1986.
- MILLER, Terry; KIM, Anthony B.; ROBERTS, James M. **2019 Index of economic freedom**. 25th anniversary edition. The Heritage Foundation : Washington, DC, 2019. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/pdf/2019/book/methodology.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.
- MILLER, Terry; KIM, Anthony B.; ROBERTS, James M; TYRRELL, Patrick. **2020 Index of Economic Freedom**. https://www.heritage.org/index/pdf/2019/book/index_2019.pdf. Acesso em: 26 out. 2019. The Heritage Foundation : Washington, DC, 2020.
- NIPPERDEY, Hans Carl. **Grundrechte und Privatrecht**. Krefeld: Scherpe, 1961. v. 24.

A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Manual de orçamento por programas e realizações**. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, 1971.
- RICOEUR, Paul. **Percurso do reconhecimento**. Trad. Nicolás Nyimi Campanário, São Paulo: Edições Loyola, 2006.
- RUTHERGLEN, George. **“State Action, Private Action, and the Thirteenth Amendment”**. *Va. L. Rev.*, v. 94, p. 1367-1406, 2008.
- SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. “A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho”. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. **Revista do Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 36, p.54-104, out-dez, 2000, p. 7. (Versão eletrônica disponível na base de dados RT On-line)
- SENA, Jaqueline. “Ética da alteridade e direitos humanos: uma discussão necessária à formação jurídica contemporânea”. In: NALINI, José Renato; CARLINI, Angélica (Coordenadores). **Direitos humanos e formação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “A evolução dos direitos fundamentais”. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 6, 2005. 545-546.
- SUNSTEIN, Cass R. Behavioral analysis of law. **The University of Chicago law review**, v. 64, n. 4, 1997. p. 11.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TUSHNET, Mark. “The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law”. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 1, 2003.
- WARAT, Luis Alberto. “O ofício do mediador”. In: WARAT, Luis Alberto, **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**.
- WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Ed. Guanabara: Rio de Janeiro, 1981.
- ZAK, Paul J. and Knack, Stephen, **Trust and Growth** (September 18, 1998). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=136961> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.13696>.
- ZAK, Paul J. **The moral molecule: How trust works**. Penguin, 2013, edição kindle.
- AMARAL, J. A. da S. **Determinantes da entrada das mulheres no tráfico de drogas: um estudo para o Acre (Brasil)**. 2019. 148 f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Regional e Agronegócio) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2019.
- BALBINOTTO NETO, G. Gary Becker: Prêmio Nobel de Economia de 1992. **Análise Econômica**, v. 11, n. 19, p. 188-191, março, 1993.

- BARBOSA, C. F. **Prestação de serviços à comunidade e seu caráter ressocializador**. 2011. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5576>. Acesso em: 8 jan. 2021.
- BECCARIA, C. **Dei delitti e delle pene** (1764). English edition: Bellamy R (ed.). On Crimes and Punishments and Other Writings (trans: Richard Davies et al.). Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**. v. 76, n. 1, p. 169-217, 1968.
- BENTHAM, J. **Principles of Penal Law**. Works of Jeremy Bentham, ed. J. Bowring. 1843, v. 1.
- BORILLI, S. P. **Análise das circunstâncias econômicas da prática criminosa no Estado do Paraná: estudo de caso nas penitenciárias Estadual, Central e Feminina de Piraquara**. 2005. 154 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional e Agronegócio) – Universidade do Oeste do Paraná, Toledo, 2005.
- BORILLI, S. P.; SHIKIDA, P. F. A. Crime econômico no Paraná: um estudo de caso. **Análise Econômica (UFRGS)**, Porto Alegre, v. 24, p. 123-142, 2006.
- BRASIL. **Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 - Código Penal**. Lei n. 9.714, de 25 de Novembro de 1998. Publicada no Diário Oficial da União em 26 de Novembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19714.htm#:~:text=A%20presta%C3%A7%C3%A3o%20de%20servi%C3%A7os%20%C3%A0,de%20tarefas%20gratuitas%20ao%20conden>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- BRASIL. **Dá nova redação ao art. 334 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 - Código Penal e acrescenta-lhe o art. 334-A**. Lei n. 13.008, de 26 de Junho de 2014. Publicada no Diário Oficial da União em 27 de Junho de 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113008.htm#:~:text=%E2%80%9CDescaminho-,Art.,a%204%20\(quatro\)%20anos](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113008.htm#:~:text=%E2%80%9CDescaminho-,Art.,a%204%20(quatro)%20anos)>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- BRASIL. **Institui a Lei de Execução Penal**. Lei n. 7.210, de 11 de Julho de 1984. Publicada no Diário Oficial da União em 13 de Julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- BRENNER, G. **Entendendo o comportamento criminoso**. Age: Porto Alegre, 2009.
- CARVALHO, S. de; WEIGER, M. de A. B. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. **Sequência**, Florianópolis, v. 33, n. 64, p. 227-257, jul. 2012.
- CERQUEIRA, D. R. D. C. **Causas e consequências do crime no Brasil**. Rio de Janeiro: BNDES, 2014.
- CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPq). **Edital Universal 2018**. Disponível em <http://www.cnpq.br/web/guest/chamadas-publicas?p_p_id=resultadosportlet_WAR_resultadoscnpqportlet_INSTANCE_0ZaM&fi>

A (In)Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: qual a Teoria mais Eficiente ao Implemento do Desenvolvimento Humano e da Igualdade Social?

<https://www.scielo.br/revista/encerradas&detalha=chamadaDetalhada&exibe=exibe&idResultado=47-1191-5774&id=47-1191-5774>>. Acesso em: 8 jan. 2021.

- FERREIRA, G. A pena de prestação de serviços à comunidade. Uma alternativa viável para Curitiba. In: PENAS ALTERNATIVAS. O SISTEMA PENAL, 1995. Curitiba. **Anais...** Curitiba: CESUP, 1995. p. 49-53.
- FRAGOSO, H. C. Direito penal econômico e direito penal dos negócios. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, n. 33, p. 122-129, jan.-jun. 1982.
- GIL, A. C. **Técnicas de pesquisa em economia e elaboração de monografias**. São Paulo: Atlas, 2000.
- HOSMER, D. W.; LEMESHOW, S. **Applied logistic regression**. 2 ed. New York: Wiley Publication, 2000.
- LUDWIG, J.; BARROS, L. S. (Org.). **(Re)Definições das fronteiras: velhos e novos paradigmas**. Foz do Iguaçu: Idesf, 2018.
- MOTTA, S. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 24 ed. São Paulo: Forense, 2013.
- NICKEL, H. **Análise da execução penal envolvendo crimes econômicos no Paraná cuja pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços e/ou pecuniária**. 2019. 113 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional e Agronegócio) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo-PR, 2019.
- OLIVEIRA, C. A. de **Ensaio em economia do crime: dissuasão, armas e carreira criminosa**. 2011. 86 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS. 2011.
- SANTOS, C. dos; CASAGRANDE, D.; HOECKEL, P. “Teoria econômica do crime”: dos pressupostos acadêmicos à empiria do dia a dia na vida de ex presidiários de Santa Maria RS. **Revista Economia e Desenvolvimento**, Santa Maria, v. 27, n. 2, p. 308-325, jul./dez., 2015.
- SANTOS, M. J. dos. **Uma abordagem econômica das causas da criminalidade: evidências para a cidade de São Paulo**. 2012. 98 f. Tese (Doutorado em Economia Aplicada) – Escola Superior de Agricultura "Luiz de Queiroz", Universidade de São Paulo, Piracicaba-SP, 2012.
- SCHLEMPER, A. L. **Economia do crime: uma análise para jovens criminosos no Paraná e Rio Grande do Sul**. 2018. 151 f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Regional e Agronegócio) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo-PR, 2018.
- SHIKIDA, P. F. A. Considerações sobre economia do crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. **Revista de Análise Econômica do Direito/Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 2, p. 318-336, jul./dez., 2010.
- SHIKIDA, P. F. A.; BROGLIATTO, S. R. M. O trabalho atrás das grades: um estudo de caso na Penitenciária Estadual de Foz do Iguaçu – PEF (PR). **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**, Taubaté, v. 4, n. 1, p. 128-154, jan./abr., 2008.

Shikida, P. F. A.; CARDOSO, B. F.; BALBINOTTO NETO, G.; BERGER, L. M.; GODOY, M. R. Crime econômico de tráfico de drogas: perfil, custo e retorno. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**, Taubaté, v. 15, n. 2, p. 47-55, mar., 2019.

SILVA, H. C. da. **Manual de Execução Penal**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002.

WOOLDRIDGE, J. M. **Introdução a econometria**. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

YIN, R. K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2 ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ZACARIAS, A. E. de C. **Execução Penal Comentada**. 2 ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.