O gasto público na estratégia institucional: direitos fundamentais no jogo dos afetos e da escassez*

Public spending in institutional strategy: fundamental rights, desires, scarcity and game theory

*Fabricio Dantas***

RESUMO

A estratégia no centro do problema jurídico-econômico da eficácia social dos direitos fundamentais. Escassez econômica de recursos e trajetória da dependência (*path dependence*) como elementos indispensáveis para a análise jurídica do problema. Utilização de conceitos do institucionalismo histórico e da teoria dos jogos. Estratégia e qualidade do gasto público

* Artigo recebido em 24 de abril de 2022 e aprovado em 24 de agosto de 2022. DOI: https://doi.org/10.12660/rda.v282.2023.89348.

** Doutor em direito financeiro e tributário pela Universidade de São Paulo. Graduação em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1998) e pós-graduação *lato sensu* (MBP) em petróleo e gás na Coppe/UFRJ (2009). Professor doutor de direito empresarial tributário e negócios e governo da graduação e da pós-graduação da FGV/Ebape, professor convidado de direito tributário da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região e professor de direito financeiro da Escola Superior de Advocacia Pública da PGE/RJ. E-mail: fdantas@vradv.com.br.

como proposta metodológica apta a gerar uma maior eficiência econômica na alocação de recursos para o atendimento dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE

direito financeiro — direitos fundamentais — escassez — revisão institucionalista — estratégia e teoria dos jogos

ABSTRACT

The strategy at the heart of the legal-economic problem of social effectiveness of fundamental rights. Economic scarcity of resources and path dependence as essential elements for the legal analysis of the problem. Concepts of historical institutionalism and game theory. Strategy and public expenditure review as a methodological proposal to increase economic efficiency of resource´s allocation for providing fundamental rights.

KEYWORDS

public financial law — fundamental rights — scarcity — institutionalist analysis — strategy and game theory

Introdução

Planejar a satisfação das necessidades humanas por meio de escolhas presentes, baseadas em experiências passadas, e com consequências futuras. Nesta equação temporal, a sintaxe demonstra que a evolução social é o objetivo pretendido, mas a sua realização depende de um conjunto de ações de grande abertura semântica. É um desafio cooperativo de sujeitos e métodos, unidos a um objetivo interinstitucional.

Quer seja a ênfase no sujeito, como propõe o idealismo, quer seja o destaque no objeto, consoante o materialismo, é papel do cientista social a análise ampla de fatos, ciclos, eventos e tendências, buscando métodos capazes de interpretar e impulsionar a sociedade em direção à evolução. Mediante uma abordagem plurívoca, o desenvolvimento de uma metodologia propícia a identificar erros e acertos passados, a fim de promover a alocação ótima de recursos para o atendimento de necessidades presentes e futuras, deve superar

barreiras impostas por um ambiente dominado por afetos[1] e ideologias, quase sempre contraditórios entre si, e de instituições que tendem a constranger mudanças subsequentes às escolhas tomadas na época da sua constituição.

No contexto do institucionalismo histórico, portanto, as possibilidades de escolhas no presente estariam atreladas às seleções realizadas num dado momento passado inseridas num processo alocativo dinâmico, conhecido como *path dependence*. Assim, as escolhas feitas no processo formativo de uma instituição, ou quando uma política está sendo iniciada, terão uma contínua e determinante influência no seu desenvolvimento futuro, com uma trajetória específica, em curso inercial, cuja mudança só é possível por meio de um choque externo, por vezes, traumático. O que leva à conclusão de que, na análise factual institucional, a história necessariamente importa.[2]

Mais do que isto: o olhar científico em direção a esta trajetória de dependência histórica não deve sofrer preconceitos ou paixões que desviem o foco de uma análise crítica e pluridimensional dos fatos. Não deve haver divisões, rótulos, limites ou preconceitos entre ramos da ciência quando se buscam metodologias catalizadoras da evolução social, baseadas em uma análise factual histórica de instituições e políticas.[3] O método histórico ganha contornos críticos, detalhistas e multifacetários. Mas nem sempre foi assim.

Até o início do século passado, a historiografia limitava-se a fatos. Descrição uniforme de fatos, com uma narrativa linear, cronológica e essencialmente positivista. Focada em grandes homens e seus feitos, privilegiava destacados eventos políticos e baseava-se em documentos oficiais,[4] desprezando fatos colaterais — por vezes até de maior relevância para a própria história —, e fundava seu pilar valorativo unicamente em fatos cronológicos e em sua comprovação empírica, limitando o papel do historiador a um mero "coletor de fatos".[5]

---

1 Expressão utilizada em linha com a terceira parte da Ética de Spinoza, ou seja, como forma de aumento ou diminuição da potência de agir do ser humano. Cf. SPINOZA, Benedictus de. Ética. Tradução de Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016. p. 95 e ss. Essa ideia será desenvolvida no item 3 do presente trabalho.

2 Cf. NORTH, Douglas C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Nova York: Cambridge University Press, 2011. p. vii.

3 Cf. MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. The new institutionalism. Organizational factors in political life. *American Political Science Review*, v. 78, p. 734-749, 1984.

4 Cf. HARRISON, Robert. História e sociologia. In: LAMBERT, Peter; SCHOFIELD, Phillip (Cols.). *História*: introdução ao ensino e à prática. Abingdon: Routledge, 2011.

5 ELTON, Geoffrey R. The new Cambridge Modem History. Institute of History, Research Centre for the Humanities. *Hungarian Academy of Sciences*, v. 2, n. 1/2, p. 20, 1963.

A história factual positivista se estabelecia como um ramo do conhecimento narrativo e estanque. Bastava-se a si mesma e se conformava com um objeto limitado, em confronto com as possibilidades interpretativas, dinâmicas e heterogêneas, que poderiam ser atingidas com a multidisciplinaridade e a análise factual crítica.

A partir de um movimento iniciado na França em 1929, com a publicação da célebre revista chamada *Annales d'Histoire Économique et Sociale*, por Lucien Febvre e Marc Bloch, as críticas a essa história positivista, pura e isolacionista, que já vinham ganhando corpo com Henri Berr e sua *Revue de Synthèse Historique*, tomaram forma definitiva e inovaram a metodologia historiográfica. A denominada "Revolução francesa da história" surgiu como uma "revolução de paradigma",[6] introduzindo a história-problema, com uma pluralidade analítica de fontes, e, mais importante de tudo, a multidisciplinaridade, aproximando a história de outras ciências humanas, e colocando o historiador de volta ao centro da discussão historiográfica.

A insatisfação de dois jovens professores, então da Universidade de Estrasburgo, criou uma revista revolucionária. A influência da chamada escola dos Annales inovou completamente a forma de desenvolver o saber histórico[7] e fundou as bases do que hoje se entende por *nouvelle histoire*.[8]

Assim como ocorre com a historiografia, outros ramos do conhecimento social vêm usufruindo a inovação que emerge da insatisfação com a hermenêutica puramente factual. A análise crítica plural substitui, com elevado sucesso, a descrição factual pura de um determinado ramo da ciência. E o direito não é alheio a esta crise paradigmática. À sua metodologia contemporânea — em especial na seara da teoria da constituição — vêm sendo aliados

---

6 Cf. BURKE, Peter. *A Escola dos Annales (1929-1989)*: a Revolução Francesa da historiografia. São Paulo: Unesp, 1997.

7 A escola dos Annales foi extremamente importante para a formação dos historiadores no Brasil. Tanto que um de seus maiores expoentes, Fernand Braudel, que além de diretor da emblemática revista *Annales: économies, sociétés, civilizations* de 1947 a 1968, foi sucessor de Lucien Febvre no Collège de France (1949), esteve presente na fundação da USP, em 1934, e lecionou na universidade, formando uma geração de estudiosos de seus métodos. Sobre a importância de sua passagem no Brasil, por todos, ver MARTINEZ, Paulo Henrique. Fernand Braudel e a primeira geração de historiadores universitários da USP (1935-1956): notas para estudo. *Revista de História*, v. 146, p. 12, 2002.

8 O termo "História Nova" ou "Nova História" foi lançado em 1978 por alguns membros do chamado grupo dos Annales, conforme Guy Bourdé e Hervé Martin. Como proposta teórica, nasceu, de acordo com Peter Burke, juntamente com a fundação da revista *Annales*, criada para "promover uma nova espécie de História", por isso os historiadores ligados à Nova História são vistos como "herdeiros da Escola dos Annales". In: MATOS, Julia Silveira. Tendências e debates: da escola dos *annales* à história nova. *Revista Historiæ*, Rio Grande, v. 1, n. 1, p. 114, 2010.

mecanismos críticos plurais que ampliam as possibilidades interpretativas de institutos antes tidos como paradigmas. Essa verdadeira reconstrução tem como ponto de partida a realidade de determinada sociedade, e busca elevá-la a um ideário hermenêutico, integrando a estrutura normativa com a dimensão político-sociológica, e utilizando uma técnica imaginativa contrafactual[9] que importa na superação da dicotômica oposição entre as perspectivas descritiva e prescritiva.[10]

A proposta do presente trabalho é justamente ultrapassar a mera análise unidimensional factual e, por meio de uma abordagem plural, valendo-se, ao lado da visão jurídica, de elementos outros — em especial, da história e da economia —, promover um olhar crítico em direção a um problema histórico: a gradual positivação dos direitos humanos e de suas garantias, decorrente, em larga margem, das grandes revoluções do século XVIII, foi acompanhada de uma eficácia social muito aquém da sua concepção abstrata, até mesmo no atual estágio do constitucionalismo contemporâneo.[11]

Essa constatação tem provocado reações no campo da ciência jurídica que, em última análise, aproximam a teoria geral dos direitos fundamentais ao direito constitucional financeiro. Entretanto, ainda que legítimas, as reações, por vezes, correspondem a teorias jurídicas, descritivas ou prescritivas, desconectadas da realidade econômica de que os recursos disponíveis para a satisfação das necessidades humanas são escassos.[12] A escassez de recursos

---

9 Cf. POWER, Michael K. Habermas and the contrafactual imagination. In: ROSENFELD, Michael; ARATO, Andrew (Org.). *Habermas and law and democracy*: critical exchanges. Berkeley; Los Angeles; Londres: University of California Press, 1998. p. 207-225.

10 Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 89-104, 2006.

11 As obras clássicas sobre o tema, em grande medida, surgem como uma reação ao período totalitário no qual viveu a América Latina e, em especial, o Brasil, ao longo da segunda metade do século passado. Atualmente, entretanto, surgem críticas de cunho prático à impossibilidade de atender todas as demandas de uma sociedade. Sobre o tema, ver o excepcional estudo de Roberto Gargarella: *Latin American constitutionalism, 1810-2010*: the engine room of the Constitution. Oxford; Nova York: Oxford University Press, 2013. Com relação especificamente ao constitucionalismo brasileiro, ver, por todos: SARMENTO, Daniel. *Crise democrática e a luta pela Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

12 Um exemplo típico da diferença de reações teóricas pode ser extraído comparando a visão clássica idílica de José Afonso da Silva e a constatação pragmática atual de Virgílio Afonso da Silva. Enquanto o pai, cuja produção acadêmica contemporânea à égide da Constituição de 1988, ressalta, com razão, que "[n]o qualificativo 'fundamentais' acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive" (*Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 56); o filho, cuja produção acadêmica se consolida lustros após à promulgação da Carta, destaca a distância entre as normas constitucionais e a realidade social (*Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021. p. 132).

é uma restrição factual inexorável, que resume e dá sentido à existência da ciência econômica, tem impacto na dimensão político-sociológica e, por via de consequência, na dimensão normativa.

A percepção do problema, portanto, irá pressupor essa realidade econômica. Como ponto principal, parte-se da premissa de que não há vantagem para a teoria dos direitos fundamentais em formulações teóricas que desconheçam a realidade da escassez de recursos na atividade financeira do Estado, ainda que a intenção por trás de cada uma dessas construções se baseie nos mais elevados propósitos. Como afirma Susan Rose-Ackerman: "[s]e os recursos são realmente escassos, teríamos alguma vantagem em ignorar a verdade?".[13]

Ignorar essa realidade, aliás, tem conduzido somente a angústias teóricas e a um paroxismo constante: quanto maior o descontrole, a falta de planejamento eficiente e a atuação descoordenada do poder público,[14] menor é a eficácia social dos direitos fundamentais e mais evidentes se tornam as carências decorrentes da escassez de recursos. E o sentimento legítimo de que algo deva ser feito, em vez de atacar a origem do problema, foca esforços em formulações jurídico-teóricas complexas, que, no mais das vezes, apenas conseguem esconder, no plano empírico, o problema econômico fundamental da escassez que, ao fim e ao cabo, na realidade dos fatos, é evidente.

Ultrapassar a mera análise unidimensional factual, no presente caso, portanto, pressupõe voltar à origem do problema e formular uma reconstrução hermenêutica crítica à histórica atuação errática do Estado no plano concreto, no que concerne à eficiência econômica dos direitos fundamentais.[15] Iremos

---

[13] In: ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive law and economics: and the new administrative law. *Yale Law Journal*, v. 98, n. 2, p. 341, 1988. Tradução livre.

[14] Por atuação descoordenada do poder público, entenda-se o exercício isolado e ineficiente da função institucional e, principalmente, a falta de uma coordenada atuação dialógica institucional entre os Poderes.

[15] Não é objeto do presente trabalho entrar na discussão maiúscula da proteção ao mínimo existencial e do conceito desenvolvido a partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão (BverfGE 33,303/1972) de "reserva do possível" (*Verbehalt des Möglichen*). Buscamos, neste trabalho, dar enfoque a uma solução jurídico-econômica para o problema histórico, que em absoluto nega as construções teóricas relevantíssimas citadas, principalmente no que se refere a parâmetros de atuação e interpretação judiciais. Apenas tenta-se demostrar um outro lado do problema: o lado da eficiência econômica, por meio de uma atuação dialógica institucional, sobre o aspecto qualitativo do gasto público, e sua influência sobre a eficácia social dos direitos fundamentais.

abordar, neste estudo, precipuamente, a dimensão financeiro-orçamentária do que Guido Calabresi e Phillip Bobbit chamam de "escolhas trágicas",[16] ou seja, escolhas alocativas moralmente eficientes em um complexo ambiente de escassez.

A teoria geral dos direitos fundamentais, especialmente no que concerne à sua ligação com a teoria da Constituição financeira, para fins de ampla promoção da eficácia social dos direitos, quando desconsidera a realidade econômica da escassez, chega a uma situação de *lock-in* em *path dependence*,[17] ou seja, de um círculo vicioso argumentativo, em que formulações teóricas atingem sempre um mesmo resultado insatisfatório, não somente do ponto de vista conceitual, mas também concreto, abaixo da desejável margem de realização dos direitos fundamentais.

Para tentar sair deste círculo vicioso argumentativo, buscamos formular duas premissas, que chamamos de "o problema", e uma proposta metodológica, que denominamos "a proposta". As premissas: (i) a desejável eficácia social máxima dos direitos fundamentais; em (ii) uma realidade econômica inequívoca de escassez de recursos; pressupõem a proposta metodológica: (iii) uma atuação estratégica institucional; em busca de: (iv) uma obsessiva e permanente análise qualitativa do gasto público como método alocativo moralmente eficiente.

O "problema" é constatado a partir do institucionalismo histórico. A "proposta", da leitura estratégica das interações institucionais. Em um campo dominado por revoluções sociais históricas, o olhar crítico em relação ao problema da efetividade dos direitos fundamentais parte de uma reconstrução hermenêutica interinstitucional, com vistas a atingir a faceta mais importante do gasto público: a sua qualidade.

São essas as ideias que serão desenvolvidas ao longo do presente estudo.

---

[16] Cf. BOBBIT, Philip; CALABRESI, Guido. *Tragic choices*: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. Nova York: W.W. Norton & Company, 1978.

[17] Cf. HATHAWAY, Oona A. *Path dependence in the law*: the course and pattern of legal change in a common law system. John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Working Papers, Yale Law School. Paper 270, 2003. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers/270. Acesso em: 8 jun. 2016.

1. O problema: o infinito, a escassez e os direitos fundamentais

A limitação das necessidades humanas,[18] como contraponto entre vontade e escassez, revela um aspecto fundamental do pensamento econômico. Se, por um lado, impõe uma relação de constante incômodo entre o bem individual e o coletivo, cujo equilíbrio é objeto de paixões ideológicas eternas, por outro lado, determina a maneira mais eficiente pela qual a sociedade decide empregar recursos produtivos escassos na produção de bens. Em última análise, determina os problemas econômicos fundamentais: como, quanto e para quem produzir.

A escassez, por certo, importa em escolhas e escolhas pressupõem valorações subjetivas e objetivas sobre a necessidade humana, que se diz ilimitada. O resultado dessa valoração é decorrência inequívoca da constatação de que não existem recursos aptos a atender a todos.[19] Pode-se dizer assim que, dentro de um conjunto de necessidades infinitas, escolhem-se possibilidades finitas, para formar o conjunto de vontades satisfeitas. Dessa forma, o conjunto de necessidades nunca irá corresponder ao conjunto de satisfações, sendo a limitação mais do que desejável, inexorável.[20]

A constatação, aparentemente óbvia no campo conceitual, não se mostra tão evidente quando colocada em termos de atendimento pelo Estado de demandas sociais.[21] A intuição coletiva primária, diante de uma situação

---

[18] O conceito de necessidade humana aqui adotado não se resume, como adverte Fabio Nusdeo, ao mero desejo isolado, mas sim ao "desejo socialmente manifestado, o qual leva a uma ação por parte de quem o experimenta". NUSDEO, Fabio. *Curso de direito econômico*: introdução ao direito econômico. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 23-24.

[19] A relação entre bens, necessidade e satisfação é assim demonstrada por Francesco Carnelutti: "As necessidades do homem são ilimitadas e os bens são limitados. Infelizmente, os bens, enquanto satisfazem certas necessidades, estimulam outras. Para distinguir o homem dos demais animais, por acaso a fórmula mais satisfatória seria dizer que o homem nunca está satisfeito. Quanto mais tem, mais quer ter". CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001. p. 13.

[20] A correspondência total dos dois conjuntos seria uma situação utópica, e a realidade é a existência de um terceiro conjunto, da escassez, como indicam Paul Samuelson e William Nordhaus: "*But no society has reached a utopia of limitless possibilities. Ours is a world of scarcity, full of economic goods. A situation of scarcity is one in which goods are limited relative to desires. An objective observer would have to agree that, even after two centuries of rapid economic growth, production in the United States is simply not high enough to meet everyone's desires. If you add up all the wants, you quickly find that there are simply not enough goods and services to satisfy even a small fraction of everyone's consumption desires*". SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. *Economics*. 19. ed. Nova York: McGraw-Hill; Irwin, 2010. p. 4.

[21] Especialmente no que concerne ao aspecto quantitativo e de abrangência dos chamados direitos fundamentais de segunda geração.

concreta particular de necessidade imediata de recursos estatais, é a de que o Estado é um provedor de recursos infinitos, ou melhor, potencialmente infinitos.

A percepção de infinitude dos recursos estatais não se apresenta apenas no aspecto concreto e imediato de atendimento de demandas públicas. Ela assume contorno ainda mais paradoxal em sua concepção abstrata ou mediata. A discussão do constitucionalismo contemporâneo a respeito da finitude ou infinitude do rol de direitos fundamentais[22] faz reviver todos os paradoxos que levaram à formulação conceitual da "provocativa palavra infinito",[23] desde o áperion de Anaximandro até a prova matemática da concepção aristotélica de infinito potencial e infinito atual no século XIX, por Georg Cantor, revolucionando, com sua teoria dos conjuntos, todo o fundamento da matemática a partir de então.

A mesma indignação intelectual que levara os gregos aos paradoxos matemáticos da infinitude dentro da finitude, ou seja, como em um conjunto finito, por exemplo, de um específico número natural inteiro, existe um universo de números não inteiros que tendem ao infinito, ou, como explicar os infinitos pontos de uma reta, também pode ser utilizada para a concepção paradoxal das infinitas necessidades de uma sociedade de desejos, especialmente em um contexto histórico de sublimação irrestrita dos direitos do homem.

O moderno desenvolvimento conceitual dos direitos humanos, que corresponde à evolução histórica da questão social, com ápice na era das grandes revoluções do século XVIII, e ratificação no pós-guerra de 1945,[24] elevou a expectativa e a abrangência da dignidade humana e também a sua "vigência efetiva no meio social".[25] Consagrados à categoria normativa máxima, os direitos humanos foram sendo gradualmente positivados nas

---

[22] Horácio Corti expõe, em boa dimensão, a questão: "*La ideia, en ocasiones sostenida como crítica del constitucionalismo contemporáneo, de que los derechos fundamentales son 'infinitos' no es sostenible, más allá de que su sentido estratégico sea claro: si los derechos son 'infinitos' entonces no pueden ser protegidos y garantizados en su totalidad; por lo tanto, es preciso seleccionar aquellos que sí son susceptibles de ser protegidos*". CORTI, Horácio. *Derecho constitucional presupuestario*. 1. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 708.

[23] FREIRA, Antônio Acra. A teoria dos conjuntos de Cantor. *Paidéia*, Ribeirão Preto, p. 70, fev./jul. 1992.

[24] A questão social, como questão central e mobilizadora das grandes revoluções, nasce a partir da idade moderna, e revela motivações econômicas de cunho social. Cf. ARENDT, Hannah. *On revolution*. Londres: Faber & Faber, 2016. p. 14-15.

[25] Expressão utilizada por Fábio Konder Comparato para designar o caráter de obrigatoriedade dos direitos humanos no meio social. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

constituições contemporâneas, formando, assim, um elenco de direitos subjetivos públicos e de suas respectivas garantias, ou, em outras palavras, um conjunto de direitos fundamentais.

A ascensão dos direitos fundamentais, portanto, tem origem na realidade política, atendendo exigências transformadoras da realidade social e patrocinando uma nova ordem estrutural na realidade jurídica. Além disto, estende-se por toda a realidade econômica, especialmente na interpretação valorativa da maneira de satisfação das necessidades humanas em função da escassez de recursos. Vale dizer, a forma de valoração objetiva e subjetiva das limitações a serem impostas às necessidades humanas para a sua própria satisfação passa a ser influenciada, tanto no campo ideológico quanto no campo estrutural, pelos direitos fundamentais.

É, sem dúvida, um gradual, porém, indiscutível avanço histórico, tido como um dos maiores da história da humanidade. Ultrapassar um período em que à humanidade não era reconhecida a sua dignidade, com todas as consequências bárbaras que a ausência desse reconhecimento cunhou (como a escravidão, o nazismo e o fascismo, ou o *apartheid*), e entrar em uma era em que a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos desafiam os limites da própria soberania do Estado, sinalizando a formação de um "sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos",[26] a partir da Declaração Universal de 1948, é evolução inelutável, independente de ideologias políticas, econômicas ou filosóficas.

E não é só o limite do Estado soberano que a denominada "concepção contemporânea dos direitos humanos"[27] busca ultrapassar. No plano dos limites materiais, até mesmo a escassez dos recursos necessários à sua própria garantia é desconsiderada abstratamente, ignorando até mesmo limites físicos em prol de evitar qualquer possibilidade, ainda que meramente retórica, de negação de direitos.

Aliás, o grande paradoxo se forma justamente no âmbito dos limites materiais. A aparente contradição entre a efetivação ampla e ilimitada dos direitos humanos, que parte do senso comum[28] de infinitude dos recursos

---

[26] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 33-35.

[27] Ibid., p. 32.

[28] O motivo de o senso comum, na maioria das vezes, preferir ignorar o custo dos direitos é explicado por Cass Sustein e Stephen Holmes, da seguinte forma: "*To ascertain that a right has costs is to confess that we have to give something up in order to acquire or secure it. To ignore costs is to leave painful tradeoffs conveniently out of the picture*". HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. Nova York: Norton, 1999. p. 24.

estatais para a satisfação imediata de direitos positivados e, até mesmo, de direitos que ainda não foram reconhecidos pela autoridade estatal, e a realidade financeira limitada do poder público inclinou a trajetória dogmática da teoria geral dos direitos fundamentais em direção ao direito financeiro.

O liame teórico, por certo, foi buscado diante da constatação de que à satisfação dos direitos fundamentais são imprescindíveis recursos, e, quase sempre, recursos financeiros, independentemente da natureza do direito público subjetivo a ser atendido ou da prestação estatal necessária à sua realização, seja ela positiva ou negativa.

As liberdades, ou direitos individuais clássicos, "exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos".[29] Os poderes, ou direitos sociais, "só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas".[30]

Nos poderes, a necessidade de recursos é intuitiva. Nas liberdades, por sua vez, a identificação do seu custo inerente exige uma sutil abstração. Em ambos os casos, a despeito da necessidade direta ou não de aplicação de recursos públicos, que caracterizaria a diferença conceitual das hipóteses, o exercício do direito, ainda que potencial, pressupõe uma estrutura estatal que garanta a sua efetividade, tanto no plano vertical, ou seja, contra intervenções indevidas do poder público, quanto no plano horizontal, na influência dos direitos fundamentais nas relações particulares.

Com relação ao custo, portanto, a diferença conceitual não é relevante. Positivo ou negativo, há sempre custos[31] — ainda que potenciais[32] — para a garantia dos direitos fundamentais.

Três noções levantadas neste item, afinal, se conectam: infinito, escassez e direitos fundamentais. E surge a questão: como compatibilizar a necessária efetividade dos direitos fundamentais, tendo em vista que a sua percepção de infinitude encontra sempre a barreira da realidade, focada na escassez de recursos para a sua satisfação ampla e irrestrita? De uma outra maneira: diante

---

[29] BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 14.

[30] Ibid., p. 15.

[31] Cass Sustein e Stephen Holmes chegam a afirmar que, quanto aos custos, os direitos fundamentais são sempre positivos, por conta do custo da sua respectiva garantia. Stephen Holmes e Cass Sustein, *The cost of rights*: why liberty depends on taxes, op. cit., p. 43.

[32] Cf. POSNER, Richard A. The cost of rights: implications for Central and Eastern Europe — and for the United States. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2878&context=journal. Acesso em: 8 jun. 2021.

do fato de que os recursos são escassos, como realizar as escolhas de forma a otimizar a satisfação de direitos fundamentais?

Neste ponto conceitual do direito constitucional contemporâneo, em que os direitos humanos se encontram positivados em Cartas com razoável grau de efetividade e de garantias que promovam sua eficácia, a atividade financeira do Estado deve ser vista, ela própria, como direito-dever fundamental,[33] na medida em que seus pilares axiológicos ótimos se situam como os balizadores da passagem da infinitude conceitual para a satisfação finita dos direitos. O seu exercício importa em uma maior ou menor satisfação de direitos.

Em um ambiente de constante escassez econômica e "inchaço"[34] dos direitos fundamentais, portanto, não há relação de meio e fim entre a atividade financeira do Estado e os fins do próprio Estado, aqui traduzidos na faceta de efetivação de direitos fundamentais. As normas de direito financeiro irão, em última análise, determinar as escolhas, ou seja, as valorações subjetivas e objetivas sobre as necessidades humanas em um plano de recursos finitos e vontades infinitas.

E no centro desse verdadeiro *path dependence* axiológico, a experiência histórica da evolução da nossa política fiscal demonstra que a análise da qualidade do gasto público,[35] independentemente da competição entre afetos e ideologias interinstitucionais, mostra-se como um caminho viável para uma maior efetivação dos direitos fundamentais,[36] no plano fático da realidade financeiro-orçamentária.

---

[33] Não só a faceta da arrecadação para o contribuinte, como defende José Casalta Nabais (NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998), mas também a esfera da despesa para a administração. Por isso, utilizamos o binômio direito-dever.

[34] Expressão utilizada por Virgílio Afonso da Silva, que atribui esse crescimento, no caso brasileiro, a uma experiência histórica "de desrespeito aos direitos em geral e aos direitos fundamentais em especial e da crença de que a inserção de determinados direitos nas declarações de direitos fundamentais pode servir de freio a este desrespeito". SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 50.

[35] Utilizamos a expressão gasto público como sinônimo de despesa pública, ressaltando, porém, que engloba tanto os gastos orçamentários quanto os chamados *off-budget expenditures*, que, no Brasil, crescem de importância.

[36] Não se trata aqui de abordagem utilitarista que utiliza a crítica da exequibilidade, ou seja, de que, mesmo com melhores esforços, na maioria das vezes não é possível concretizar muitos dos direitos humanos — especialmente os sociais —, para negar a própria existência destes direitos. Concordamos com Amartya Sen, no sentido de que a falta de exequibilidade não pode ser usada para remover os direitos humanos, em especial nas sociedades mais pobres. Esse argumento tem sido utilizado como "pressuposto, em larga medida não fundamentado, de que os direitos humanos, para ser coerentes, têm de ser inteiramente realizáveis para todos. Se se aceitasse esse pressuposto, o efeito imediato seria remover muitos dos direitos sociais e

Desequilíbrios econômicos exagerados, seja por descontrole administrativo, seja por atividade legislativa utópica ou ativismo judicial desmesurado, não têm sequer superado, de forma satisfatória e duradoura, as carências sociais mais básicas, quanto mais os elevados propósitos circunscritos na formulação abstrata das declarações de direitos fundamentais.

A proposta metodológica que passamos a desenvolver parte do pressuposto de que está na hora de retirarmos as amarras que prendem as formulações jurídicas ligadas à teoria dos direitos fundamentais ao nível da superestrutura ideológica para testá-las onde o problema se apresenta de forma mais aguda: no campo da infraestrutura econômica. É, sem dúvida, um problema real, a exigir uma abordagem contextualizada com a realidade econômica restrita de um jogo orçamentário que, apesar de ilimitado em discursos retóricos, é inexoravelmente limitado em recursos materiais.

2. A proposta metodológica: a estratégia institucional em busca do controle qualitativo do gasto público

Uma das mais interessantes interpretações do fenômeno jurídico, de caráter antropológico, mas com forte conteúdo filosófico, surge a partir do inovador *Homo ludens*, do historiador holandês Johan Huizinga. Ao destacar o caráter lúdico de um sistema de regras restritivas, exercidas dentro de certo limite de tempo e espaço e dotado de uma finalidade em si mesma, Huizinga desenvolve uma concepção múltipla de significados, em cujo bojo o direito aparece como um jogo ordenado e antitético,[37] entre a tensão e a alegria, singularizado como uma competição de origem agonística. O direito é então definido por Huizinga como um jogo cujo elemento primordial é a decisão favorável, por meio da competição, em que os jogadores fazem de tudo para ganhar.[38]

---

econômicos do campo dos ditos direitos humanos possíveis, sobretudo nas sociedades mais pobres". SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 418. Ao contrário do utilitarismo, que chega, portanto, a negar a existência dos direitos humanos, defendemos que os direitos humanos reconhecidos sejam elevados à sua eficiência máxima, diante de limites impostos pela própria realidade econômica. Sobre esta discussão, acerca da máxima efetivação dos direitos humanos, por todos, veja-se: KLIKSBERG, Bernardo. *Towards an intelligent state*. Amsterdã: IOS Press, 2001.

37 HUIZINGA, Johan. *Homo ludens*: o jogo como elemento de cultura. Tradução de João Paulo Monteiro. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2014. p. 91.

38 Ibid., p. 99

A tese central de *Homo ludens* é a de que o jogo é uma realidade inerente à vida humana, que acompanha o homem desde os primórdios do desenvolvimento da sua consciência racional. Originário, intuitivo, primitivo e profundamente enraizado na existência humana, o lúdico pressupõe o prazer que transcende a finalidade biológica,[39] e é a partir do jogo, como instinto primário, que nasce a cultura sob a forma de ritual e de sagrado, de linguagem e de poesia, permanecendo subjacente em todas as artes de expressão e competição, inclusive nas artes do pensamento e do discurso; ou seja, presente na guerra, mas também no direito. O direito como jogo, portanto, é cultura, por um lado, e reflete o desejo humano de competição e vitória, por outro lado.

O desejo humano, na visão da ética materialista de Espinosa, caracteriza-se por um esforço competitivo de manutenção da vida que é chamado *conatus*.[40] O *conatus*, por sua vez, baliza a singularidade do indivíduo por uma potência de agir interna de mudança constante que pode aumentar ou diminuir de acordo com a realização ou não dos seus próprios desejos.[41] Os afetos, segundo Espinosa, ditam o *conatus*[42] e condicionam os sentimentos humanos perante as relações dos homens com o mundo e com eles próprios. A potência de agir, ou em última análise, e considerando o jogo como prazer e competição primitivos, a potência de jogar — e ganhar — é transformada pelos afetos. Aliás, o afeto primário seria o prazer de ganhar sempre, satisfazendo um *conatus* intuitivo e hedonístico, ou seja, desejante eterno.

O orçamento, como jogo político-jurídico, é diretamente afetado por esse estado primitivo desejante do ser humano que busca competir e tirar prazer máximo de situações postas, por vezes, traduzindo um desequilíbrio individual que desconhece limites ou barreiras, e que responde somente ao *conatus* impulsivo. Esse desequilíbrio comportamental individual, que pressupõe uma assimetria de informações entre os agentes, leva a resultados

---

39 Ibid., p. 10.

40 "Proposição 6: Cada coisa esforça-se, tanto quanto está em si, por perseverar em seu ser". Benedictus de Spinoza, Ética, op. cit., p. 105.

41 Na definição de afetos, Espinosa elege como o afeto primeiro o desejo e assim o define: "O desejo é a própria essência do homem, enquanto esta é concebida como determinada, em virtude de uma dada afecção qualquer de si próprio, a agir de alguma maneira". Ibid., p. 140.

42 Gilles Deleuze, comentando a Ética de Espinosa, traz interessante interpretação da relação entre o *conatus* e os afetos: "A cada instante, pois, as afecções determinam o *conatus*; mas a cada instante o *conatus é a procura daquilo que é útil em função das afecções que o determinam. É por isso que um corpo vai sempre o mais longe que pode, tanto na paixão quanto na ação; e aquilo que ele pode é seu por direito"*. DELEUZE, Gilles. *Spinoza et le problème de l'expression*. Paris: Les éditions de Minuit, 1968. p.177. Tradução livre.

piores do que se houvesse cooperação e racionalidade comunicativa entre as instituições. Em outras palavras, se houvesse estratégia institucional.

As interações estratégicas institucionais, em situação de interdependência mútua de decisões, podem ser estudadas objetivamente por meio de um ramo específico da matemática aplicada, denominado teoria dos jogos. Apesar de ser um método matemático, a teoria dos jogos tem ampla recepção no campo das ciências sociais,[43] especialmente, na economia,[44] ciência política[45] e, ultimamente, por obra principalmente da academia norte-americana, do direito.[46]

Aplicando a linguagem técnica da teoria dos jogos ao desequilíbrio entre afetos no jogo orçamentário, nota-se que se trata de situação que configura um jogo não cooperativo, de informação completa e imperfeita. Isso significa que, apesar de os agentes (ou jogadores) serem racionais, no sentido de buscar sempre o melhor resultado para cada um individualmente,[47] conhecerem todas as estratégias e todos os resultados possíveis, saberem qual seria o conjunto de ganhos ao mesmo tempo melhor para ambos (informação completa), ao desconhecerem a forma de atuar do outro jogador, ou seja, a estratégia que será adotada pelo outro agente, justamente porque não cooperam entre si (informação imperfeita), nem sempre atingem esse resultado ótimo para ambos. Ficam, assim, limitados a buscarem um equilíbrio que represente a

---

43 Mais de 50 anos depois da obra clássica de John von Neumann e Oskar Morgenstern, *Theory of games and economic behavior* (Princeton, 1944), dando início à formulação teórico-matemática dos jogos, a teoria dos jogos se consolida como método matemático perfeitamente adaptado às ciências sociais. Sobre o tema, ver: SHUBIK, Martin. *Game theory in the social sciences*: concepts and solutions. Cambridge: The MIT Press, 1985. v. 1.

44 A importância da teoria dos jogos na economia é tão destacada que três matemáticos, pioneiros da teoria dos jogos, John Forbes Nash Jr., John Charles Harsanyi e Reinhard Justus Reginald Selten, ganharam o prêmio Nobel de economia em 1994.

45 Cf. MORROW, James D. *Game theory for political scientists*. Princeton: Princeton University Press, 1995.

46 Os professores da Universidade de Chicago, Douglas G. Baird, Robert H. Gertner e Randal C. Picker, em obra clássica sobre o tema, ressaltam esta importância: "*[…] game theory can offer insights to those who want to understand how laws affects the way people behave*". BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. xi. Da mesma forma, destacando a importância da teoria dos jogos para a análise do direito, ver: AYRES, Ian. Playing games with the law. *Stanford Law Review*, v. 42, p. 1291-1317, maio 1990; POSNER, Eric A. Symbols, signals, and social norms in politics and the law. *Journal of Legal Studies*, v. 27, p. 765 e ss., 1988. Para um maior aprofundamento do tema, ver: LEITE, Fabricio Dantas. *Direito financeiro estratégico*. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2022. especialmente o cap. 5.

47 Cf. NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of games and economic behavior*. Princeton: Princeton University Press, 1953. p. 9.

sua melhor escolha de estratégia, dada a escolha de estratégia do outro.[48] A esse equilíbrio dá-se o nome de equilíbrio do melhor resultado, ou, em homenagem ao seu formulador, o matemático norte-americano John Forbes Nash Jr., equilíbrio de Nash.

Imaginemos uma demonstração matricial de interação estratégica entre instituições,[49] representadas pelo Executivo e o Judiciário. O centro da interação será em torno de recursos de um único conjunto de previsão orçamentária,[50] destinado ao atendimento de direitos fundamentais sociais, por meio da execução de políticas públicas e do cumprimento de decisões judiciais, respectivamente. Para tal, consideremos as seguintes informações hipotéticas:

- os recursos para o atendimento das demandas anteriormente descritas são limitados ao referido conjunto único de previsão orçamentária;
- não há cooperação entre o Executivo e o Judiciário e eles podem considerar o limite de recursos disponíveis no conjunto único de previsão orçamentária descrito, ou ignorar esse limite e adentrar conjuntos orçamentários diversos, desequilibrando o sistema, mas aumentando o índice imediato de satisfação das demandas sob sua responsabilidade, em determinado momento;
- dada a seguinte matriz de *payoffs* a seguir, em que os resultados estão representando percentualmente o não atendimento de direitos fundamentais, considerando que 100% representa o número total de atendimento de demandas sociais sob responsabilidade de cada um dos Poderes, individualmente, em determinado momento:

[48] Cf. NASH, John F. Non-cooperative games. *The annals of mathematics*, second series, v. 54, issue 2, p. 286-295, set. 1951.

[49] Utilizamos um dos mais nótorios exemplos da teoria dos jogos: o dilema do prisioneiro. Sua forma mais popular foi concebida por Albert Tucker, professor da Universidade de Princeton, nas décadas de 1940 e 1950, embora sua formulação original seja atribuída a Flood e Dresher. O dilema demonstra um dos problemas precípuos estudados pela teoria dos jogos: em um jogo não cooperativo, nem sempre o equilíbrio de Nash é o melhor resultado.

[50] No modelo hipotético, não consideramos diferenciações acerca do tipo de direito fundamental a ser atendido. Consideramos, assim, a título de simplificação, apenas um único conjunto de previsões orçamentárias para o atendimento de demandas sociais.

		Judiciário	
		Considerar	Ignorar
Executivo	Considerar	-0,21; -0,35	-0,83; -0,17
	Ignorar	-0,17; -0,83	-0,50; -0,50

Temos que:

1. {Considerar} {Considerar} é a estratégia dominada para cada um dos Poderes individualmente, tendo em vista que, nas linhas: -21%<-17% e -83%<-50%, assim como, nas colunas: -35%<-17% e -83%<-50%. Desta forma, caberia a exclusão da primeira linha e da primeira coluna;[51]
2. o não atendimento de 50% das demandas é o equilíbrio de Nash puro para cada um dos jogadores, o qual se atinge ao escolher a estratégia {Ignorar} {Ignorar};
3. caso houvesse uma cooperação entre os jogadores, ou seja, entre o Executivo e o Judiciário, poderia se chegar a uma situação Pareto-ótima ou Pareto-superior, representada pela célula {Considerar} {Considerar} os limites orçamentários, em que haveria somente o descumprimento de 21% das demandas pelo Executivo e de 35% pelo Judiciário.

A interpretação analítica do jogo descrito mostra que jogadas descoordenadas podem, quando muito, resultar em um equilíbrio de Nash, ao passo que uma interação dialógica entre os Poderes é uma solução capaz de atingir resultados mais próximos do ótimo de Pareto, mesmo em uma realidade econômica de escassez de recursos e necessidades humanas infinitas.

Atitudes descoordenadas e isoladas, ainda que movidas pelas mais elevadas intenções de efetivação plena dos direitos fundamentais, conduzem a situações que mascaram a verdade dos fatos. O uso do racionalismo individual institucional, portanto, pode impor maiores restrições ao atendimento coletivo dos direitos fundamentais do que a própria realidade econômica factual de escassez, ou seja, alocar errado pode ser pior do que alocar a menor.

[51] Aplicamos, nesse jogo, o método da eliminação iterada da estratégia dominada. Como há duas estratégias dominadas, ou seja, a coluna {Ignorar} para o Judiciário, e a linha {Ignorar} para o Executivo, é intuitivo perceber que o equilíbrio de Nash é formado pelo par de estratégias da célula {ignorar} {Ignorar}.

Em outras palavras, o aumento do gasto público, por si só, não importa em maior eficiência econômica no atendimento de direitos fundamentais quando a sua função alocativa estiver a cargo de jogadores descoordenados, atuando em um jogo não cooperativo.

Uma das grandes contribuições que John F. Nash trouxe para a economia foi romper com o paradigma clássico de Adam Smith da competitividade como regra natural, em que o autointeresse é importante vetor do crescimento econômico.[52] Nash, por sua vez, demonstra que a cooperação não é incompatível com ganhos individuais, sendo possível, inclusive, maximizar o proveito individual, partindo de uma cooperação com o oponente.[53] Ao plano individual deve-se somar o plano coletivo na elaboração de uma estratégia, como forma de justamente maximizar os resultados do indivíduo.

Ainda que a ideia da cooperação esteja muito presente na teoria da jurisdição constitucional,[54] por meio de uma revisão crítica da supremacia absoluta do Judiciário, especialmente, a partir do fenômeno crescente da judicialização de temas afetos aos limites da política,[55] como o macroplanejamento econômico na eleição de recursos destinados ao atendimento de direitos fundamentais, objeto de práticas judiciais ativistas,[56] a cooperação absoluta das instituições, em um ambiente absorvido por afetos intensos, quase nunca se mostra viável.

Há, sempre houve e sempre haverá competição, ainda que os resultados das interações institucionais estejam longe do parâmetro Pareto-eficiente. A cooperação é desejável. Realisticamente, porém, nem sempre é possível.

Por outro lado, defesas da atuação isolacionista e solitária do Judiciário, principalmente em questões relacionadas com problemas estruturais, ligados

---

[52] Cf. HUNT, E. K. *História do pensamento econômico*: uma perspectiva crítica. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989. p. 81.

[53] Cf. NASH, John. *Two-person cooperative games*. Disponível em: http://www.stern.nyu.edu/networks/phdcourse/Nash_Two_person_cooperative_games.pdf. Acesso em: 8 jun. 2016.

[54] Cf. HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

[55] Cf. BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, v. 61, p. 5-24, 2004; BICKEL, Alexander. *The last dangerous branch*: the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986.

[56] Rodrigo Brandão, de maneira peremptória, chega a afirmar que: "[e]sse é, precisamente, o 'segredinho sujo' da supremacia judicial: não há nenhuma garantia *a priori* de que a interpretação do Judiciário será mais benéfica aos direitos humanos do que a levada a cabo pelo legislador; ao revés, são variados e notórios os casos de ativismo judicial conservador (Lochner Era). Portanto, tentativas de legitimação *ex ante* de interpretações judiciais da Constituição, por revelarem a "vontade autêntica" do poder constituinte do povo, são bastante frágeis". BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 24.

à necessidade de formulação de políticas públicas complexas,[57] estão, de fato, sendo substituídas por uma concepção que privilegia o diálogo entre as instituições estatais, a fim de superar a crise democrática que se forma pela injustiça potencial em processos contramajoritários de escolhas sociais.[58] A clássica separação de poderes, que atravessou gerações por quase três séculos, está em revisão.[59]

A busca da maior eficiência social que atuações em cooperação absoluta de fato atingem pode ser tangível por meio da estratégia institucional. A interação dialógica estratégica entre instituições supera a crença da capacidade institucional superior *ex ante* de um Poder sobre o outro, ou sobre a própria sociedade civil,[60] na realização de "escolhas trágicas",[61] e até mesmo o mito da cooperação absoluta da teoria dos diálogos institucionais, em um ambiente conduzido pelo *conatus* de jogadores institucionais desejantes eternos.

A competição entre as instituições, no que se refere particularmente à escolha alocativa de recursos para o atendimento de direitos fundamentais, não traz vencedores no que diz respeito à última palavra na interpretação das diretrizes constitucionais.[62] Ao contrário, apenas demonstra que a sociedade é sempre vencida, haja vista que a eficácia social ótima é substituída, no mais das vezes, por um equilíbrio de Nash, característico de jogos não cooperativos, que, além disso, não se aproxima do ideal democrático de eficiência alocativa, previsto no texto constitucional.[63]

---

57 Cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 242.

58 Cf. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

59 Para uma crítica da concepção clássica da separação dos poderes no novo arranjo institucional do Estado contemporâneo, ver: ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers*: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy. Cambridge; Londres: Harvard University Press, 2007; MANNING, John F. Separation of powers as ordinary interpretation. *Harvard Law Review*, v. 124, p. 1939, 2010; MÖLLERS, Christoph. *The three branches*. A comparative model of separation of powers. Oxford: Oxford University Press, 2013; VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998; CAROLAN, Eoin. *The new separation of powers*. A theory for the modern state. Oxford; Nova York: Oxford University Press, 2009; e Fabricio Dantas Leite, *Direito financeiro estratégico*, op. cit., especialmente o cap. 3.

60 Cf. FISHER, Louis. *Constitutional dialogues*: interpretation as a political process. Oxford: Princeton University Press, 1988.

61 Cf. Philip Bobbit e Guido Calabresi, *Tragic choices*, op. cit.

62 Cf. MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 11.

63 Na concepção de Luciano Benetti Timm, o postulado da eficiência na alocação de recursos "não se trata apenas de uma discussão acadêmica. O compromisso do Estado brasileiro com a eficiência no dispêndio de recursos públicos é hoje uma imposição constitucional (art. 37, CF)". TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais:

A cooperação institucional, ampla e irrestrita, lamentavelmente, nem sempre é factível no campo dos afetos políticos. É uma constatação cética, entretanto verdadeira. A estratégia institucional, portanto, afirma-se, na seara adjetiva, como um método hábil para se obter maior eficiência na alocação de recursos públicos.[64] Mas, na seara substantiva, é necessário ir além.

Conclusão

O valor quantitativo do gasto público nem sempre é o elemento mais importante. E sim a sua correta alocação qualitativa, principalmente, em ciclos de crise,[65] quando a atividade econômica opera abaixo do seu nível normal. Nesse contexto, eleva-se o papel da qualidade do gasto como variável de controle do estímulo da economia e, do ponto de vista macroeconômico, com "efeitos no produto (crescimento econômico), na estabilidade econômica e na distribuição de renda".[66]

De acordo com dados do Fundo Monetário Internacional,[67] a proporção da despesa e do PIB no Brasil já se encontra em padrões compatíveis com os países desenvolvidos (igual ao padrão dos Estados Unidos, por exemplo) e superior aos padrões de países emergentes.

O desenvolvimento histórico da política fiscal brasileira e, principalmente, os mecanismos financeiros que foram incorporados à Constituição de 1988 e no período pós-estabilidade econômica, entre os quais destaca-se a Lei de Responsabilidade Fiscal, elevaram a percepção de que as restrições

---

uma perspectiva de direito de economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 54.

64 Sobre a questão da cooperação no âmbito da alocação de recursos financeiros entre entes da Federação, em modelo de federalismo de cooperação mútua, ou, como afirma o autor, financiamento centrífugo, ver: TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, v. 1, p. 25-54, 2014.

65 Como afirma Robert Alexy: "A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído". In: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 513.

66 Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O direito dos gastos públicos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 114.

67 Cf. BENÍCIO, Alex Pereira; RODOPOULOS, Fabiana M. A.; BRADELLA, Felipe Palmeira. Um retrato do gasto público no Brasil: por que se buscar a eficiência. In: BOUERI, Rogério; ROCHA, Fabiana; RODOPOULOS, Fabiana (Org.). *Avaliação da qualidade do gasto público e mensuração da eficiência*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2015. p. 25.

orçamentárias devem ser respeitadas. Passamos, pois, de mecanismos típicos do *soft budget constraint* (restrição orçamentária fraca), em que o déficit se adapta às demandas sociais, para um regime de restrição orçamentária rígida, em que a despesa se adapta à restrição orçamentária.[68]

No âmbito dessa nova realidade fiscal, há, por um lado, uma preocupação de controle do déficit público e, por outro, uma necessidade por demandas sociais sempre crescente. Assim, sem que haja uma disposição da sociedade em ser tributada proporcionalmente para fazer frente a esse aumento de despesa, até porque a proporção despesa/PIB no Brasil já se encontra em linha com modelos mundiais de sucesso no grau de desenvolvimento social, o controle obsessivo e permanente da eficiência qualitativa da alocação do gasto público se apresenta como *path dependence* inevitável para se atingir a máxima eficácia social dos direitos fundamentais.

Mais do que quanto gastar, a pergunta que se coloca é como gastar e, principalmente, qual a maneira mais eficiente de gastar,[69] tanto na alocação direta de recursos públicos quanto na concessão de incentivos fiscais, considerados verdadeiros gastos tributários (*tax expenditure*).[70]

E como sujeitos desse método alocativo moralmente eficiente, os Poderes, em constante interação, considerando a necessária adequação a uma realidade econômica de finitude de recursos, devem fazer frente a um *conatus* social infinito, de maneira estratégica.

Esta é a proposta metodológica que se origina a partir de uma análise crítica pluridimensional do problema da eficácia social dos direitos fundamentais: história e economia a serviço de um processo jurídico de reconstrução hermenêutica do *path dependence* do gasto público no Brasil, em busca da eficiência econômica máxima, em um ambiente dominado pela escassez e pelas necessidades.

---

[68] GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas*: teoria e prática no Brasil. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 154.

[69] Esta indicação de controle qualitativo de gastos público se apresenta em nível mundial, chamada de *Public Expenditure Review* (PER), pelo Banco Mundial, que assim o define: "*A Public Expenditure Review (PER) is a key diagnostics instrument used to evaluate the effectiveness of public finances. A PER typically analyzes government expenditures over a period of years to assess their consistency with policy priorities, and what results were achieved. A PER may analyze government-wide expenditures or may focus on a particular sector as Health Care, Education, or Infrastructure*". Disponível em: http://wbi.worldbank.org/boost/tools-resources/public-expenditure-review. Acesso em: 25 jun. 2021.

[70] Cf. MCDANIEL, Paul; SURREY, Stanley. The tax expenditure concept and the Budget Reform Act of 1974. *Boston College Industrial and Commercial Law Review*, v. XVII, n. 5, p. 676-737, jun. 1976.

Referências

ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers*: Jefferson, Marshall, and the rise of presidential democracy. Cambridge; Londres: Harvard University Press, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARENDT, Hannah. *On revolution*. Londres: Faber & Faber, 2016.

AYRES, Ian. Playing games with the law. *Stanford Law Review*, v. 42, p. 1291-1317, maio 1990.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

BENÍCIO, Alex Pereira; RODOPOULOS, Fabiana M. A.; BRADELLA, Felipe Palmeira. Um retrato do gasto público no Brasil: por que se buscar a eficiência. In: BOUERI, Rogério; ROCHA, Fabiana; RODOPOULOS, Fabiana (Org.). *Avaliação da qualidade do gasto público e mensuração da eficiência*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, v. 61, p. 5-24, 2004.

BICKEL, Alexander. *The last dangerous branch*: the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986.

BLOCH, Marc; FEBVRE, Lucien. À nos lecteurs. *Annales D'histoire Economique et Sociale*, ano I, n. 1, p. 1-2, 1929. Disponível em: www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ahess_0003-441X_1929_num_1_1_1031. Acesso em: 1º jun. 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIT, Philip; CALABRESI, Guido. *Tragic choices*. Nova York: W.W. Norton & Company, 1978.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BURKE. Peter. *A Escola dos Annales (1929-1989)*: a Revolução Francesa da historiografia. São Paulo: Unesp, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.

CAROLAN, Eoin. *The new separation of powers.* A theory for the modern state. Oxford; Nova York: Oxford University Press, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORTI, Horácio. *Derecho constitucional presupuestario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

DELEUZE, Gilles. *Spinoza et le problème de l'expression*. Paris: Les éditions de Minuit, 1968.

ELTON, Geoffrey R. The new Cambridge Modem History. *Institute of History, Research Centre for the Humanities*, v. 2, n. 1/2, p. 1-23, 1963.

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues*: interpretation as a political process. Oxford: Princeton University Press, 1988.

FREIRA, Antônio Acra. A teoria dos conjuntos de Cantor. *Paidéia*, Ribeirão Preto, v. 2, p. 70-77, fev./jul. 1992.

GARGARELLA, Roberto. *Latin American constitutionalism, 1810-2010*: the engine room of the Constitution. Oxford; Nova York: Oxford University Press, 2013.

GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas*: teoria e prática no Brasil. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O direito dos gastos públicos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2015.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HARRISON, Robert. História e sociologia. In: LAMBERT, Peter; SCHOFIELD, Phillip (Col.). *História*: introdução ao ensino e à prática. Abingdon: Routledge, 2011.

HATHAWAY, Oona A. *Path dependence in the law*: the course and pattern of legal change in a common law system. John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Working Papers. Yale Law School. Paper 270, 2003. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers/270. Acesso em: 8 jun. 2016.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. Nova York: Norton, 1999.

HUIZINGA, Johan. *Homo ludens*: o jogo como elemento de cultura. Tradução de João Paulo Monteiro. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2014.

HUNT, E. K. *História do pensamento econômico*: uma perspectiva crítica. Tradução de José Ricardo Brandão 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

KLIKSBERG, Bernardo. *Towards an intelligent state*. Amsterdã: IOS Press, 2001.

LEITE, Fabricio Dantas. *Direito financeiro estratégico*. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido. 2022.

MANNING, John F. Separation of powers as ordinary interpretation. *Harvard Law Review*, v. 124, p. 1939-2040, 2010.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. The new institutionalism. Organizational factors in political life. *American Political Science Review*, v. 78, p. 734-749, 1984.

MARTINEZ, Paulo Henrique. Fernand Braudel e a primeira geração de historiadores universitários da USP (1935-1956): notas para estudo. *Revista de História*, v. 146, p. 11-27, 2002.

MATOS, Julia Silveira. Tendências e debates: da escola dos *annales* à história nova. *Revista Historiæ*, Rio Grande, v. 1, n. 1, p. 113-130, 2010.

MCDANIEL, Paul; SURREY, Stanley. The tax expenditure concept and the Budget Reform Act of 1974. *Boston College Industrial and Commercial Law Review*, v. XVII, n. 5, p. 676-737, jun. 1976.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÖLLERS, Christoph. *The three branches*. A comparative model of separation of powers. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MORROW, James D. *Game theory for political scientists*. Princeton: Princeton University Press, 1995.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

NASH, John F. Non-cooperative games. *The Annals of Mathematics*, second series, v. 54, issue 2, p. 286-295, set. 1951.

NASH, John. *Two-person cooperative games*. Disponível em: http://www.stern.nyu.edu/networks/phdcourse/Nash_Two_person_cooperative_games.pdf. Acesso em: 8 jun. 2016.

NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of games and economic behavior*. Princeton: Princeton University Press, 1953.

NORTH, Douglas C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Nova York: Cambridge University Press, 2011.

NUSDEO, Fabio. *Curso de direito econômico*: introdução ao direito econômico. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

POSNER, Eric A. Symbols, signals, and social norms in politics and the law. *Journal of Legal Studies*, v. 27, p. 765-797, 1988.

POSNER, Richard A. The cost of rights: implications for Central and Eastern Europe — and for the United States. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.Edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2878&context=journal_articles. Acesso em: 8 jun. 2016.

POWER, Michael K. Habermas and the contrafactual imagination. In: ROSENFELD, Michael; ARATO, Andrew (Org.). *Habermas and law and democracy*: critical exchanges. Berkeley; Los Angeles; Londres: University of California Press, 1998. p. 207-225.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive law and economics: and the new administrative law. *Yale Law Journal*, v. 98. n. 2, p. 341-368, 1988.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. *Economics*. 19. ed. Nova York: McGraw-Hill; Irwin, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Crise democrática e a luta pela Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

SHUBIK, Martin. *Game theory in the social sciences*: concepts and solutions. Cambridge: The MIT Press, 1985. v. 1.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 1, 2006. p. 89-104.

SPINOZA, Benedictus de. Ética. Tradução de Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 51-62.

TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, v. 1, p. 25-54, 2014.

VILE, Maurice J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.