



## ECONOMIA, MORAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALGUMAS APROXIMAÇÕES REALOCATIVAS<sup>1</sup>

ECONOMY, MORALS AND FUNDAMENTAL RIGHTS: SOME REALLOCATION APROXIMATIONS

*Rogério Telles Correia das Neves<sup>2</sup>*

### Resumo

O presente estudo parte do pressuposto de que a ciência econômica e os principais institutos econômicos são avessos ao argumento moral. Como a economia vem ocupando um espaço de predominância nas ciências sociais, o realce no comportamento autointeressado apresenta evidente perigo para a coesão da sociedade. O artigo pretende reconectar a economia com a moral, analisando como o direito tem a contribuir com essa tarefa. Para isso, descreve-se como o discurso moral, juntamente com outras variáveis, se insere no juízo político de formatação das normas de política econômica, e na sua conseqüente aplicação. Apresenta, ainda, alguns critérios realocativos indicados por autores das mais variadas abordagens e metodologias. Em conclusão, como forma de proporcionar a distribuição de recursos e bens na sociedade de uma forma mais justa, adota como critério a incidência dos direitos fundamentais como forma de resgatar a inserção de juízos morais à economia, tanto na formação discursiva da norma quanto na sua aplicação.

**Palavras-chave:** Economia. Moral. Direitos fundamentais. Inter-relação. Critérios realocativos.

### Abstract

This study assumes that economics and main economic institutes are averse to moral argument. As the economy has been occupying an area of dominance in the social sciences, highlighting the self-interested behavior presents clear danger to the cohesion of society. The article aims to reconnect economics with moral, analyzing how the law has to contribute to this task. For this, describes itself as the moral discourse, along with other variables, falls within political judgment formatting rules of economic policy, and in its subsequent application. It also presents some re-allocative criteria indicated by authors of various approaches and methodologies. In conclusion, in order to provide the distribution of goods and resources in society in a more far way, adopts as a criterion the incidence of fundamental rights as a way of rescuing the inclusion of moral judgments to the economy, both in the rule's discursive formation as in its application.

**Keywords:** Economics. Moral. Fundamental rights. Interrelation. Re-allocative criteria.

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 09/06/2012. Pareceres emitidos em: 19/07/2012 e 29/07/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília; Pós-graduado em Direito Público e Finanças Públicas pelo UniCEUB; Advogado da União; Consultor Jurídico Substituto do Ministério do Desenvolvimento Agrário; Ex-advogado da Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras); Ex-advogado da Companhia Energética de São Paulo (CESP). E-mail: rtcneves@yahoo.com.br.



## INTRODUÇÃO

Embora atuem funcionalmente de modo diverso, a moral e o direito estão umbilicalmente interligados. A economia, por seu turno, tem por pressupostos preceitos e instituições que isolam e afastam o conteúdo moral. Seus institutos, desde a segregação epistemológica da economia em face da ciência política, foram concebidos de forma a estruturar seus princípios próprios que são herméticos aos preceitos morais. Na realidade, a economia possui uma moral própria, guiada por uma mentalidade avessa ao tradicionalismo. A superação do critério econômico como meio de mobilidade e de inversão das posições sociais em substituição aos critérios de nascença da época feudal transformou a economia numa ciência neutra, ascética, fechada a juízos morais. O objetivo do presente ensaio é reintroduzir na economia padrões éticos que possam ser universalmente aceitos por uma comunidade de princípios ligada diretamente a uma Constituição, nada obstante a imensa diversidade social, cultural e religiosa entre as nações.

A autonomia da economia como disciplina científica teve por marco *A riqueza das Nações* de Adam Smith (2009, original de 1776), que se notabilizou por estruturar o pensamento econômico na ideia da decantada mão invisível do mercado, baseada na perspectiva de que o indivíduo deve buscar satisfazer seus interesses pessoais, mesmo que egoísticos, pois aquele ente fictício se encarregaria de proporcionar resultados satisfatórios do ponto de vista do bem-estar da sociedade<sup>3</sup>. Fato curioso no mais das vezes negligenciado é que Smith (2002, original de 1759) só alcançou sucesso na sua tese ao superar e mesmo contradizer sua obra precedente, *Teoria dos sentimentos morais*, que tinha estabelecido uma filosofia moral calcada sobre três virtudes elementares: prudência, justiça e bondade<sup>4</sup>. Assim, naquela obra as motivações provenientes do interesse próprio

<sup>3</sup> Na realidade, desde a célebre “fábula das abelhas” de Mandeville, ainda no século XVI, já se cunhava o princípio do interesse próprio, com a famosa concepção dos *vícios privados* produzindo *benefícios públicos*. Situação semelhante ocorreu com a ciência política, como anota Hirschman (1986, p. 120), desde que Maquiavel extirpou considerações sobre comportamento moral na condução do Estado. Mais recentemente, é o que ocorreu com a abordagem denominada *realpolitik*.

<sup>4</sup> É de se notar, no entanto, que Amartya Sen (1999, p. 38-44) defende que Smith, mesmo em *A riqueza das nações*, tinha uma postura ética muito mais complexa e que a ênfase ao autointeresse



(sobretudo as econômicas) deveriam ser dirigidas pela prudência e as interações mútuas das ações econômicas equilibradas pela justiça. Além disso, a base de todo julgamento moral, e também da própria avaliação moral, deveria ser a beneficência humana.

Em meados do século XX, a disciplina da economia ganhou um *status* de proeminência, a ponto de alguns proclamarem o “imperialismo econômico” nas ciências sociais, tendo os fundamentos normativos da racionalidade econômica extravasado para campos até então inexplorados, inclusive para o direito. A abordagem econômica passou ressaltar o cálculo de custo-benefício para setores da vida social que são regidos por interesses não econômicos, chegando a ponto de exaltar a eficiência econômica de atividades ilegais ou desprezíveis, como o contrabando, o mercado negro ou até mesmo a corrupção no seio do governo. (HIRSCHMAN, 1986, p. 124) Essa prevalência da economia neoclássica, contudo, vem afastando a economia de desígnios mais humanos que promovam a justiça social, emergindo a necessidade de se estudar mecanismos para superá-la.

O presente ensaio iniciará desvendando a impermeabilidade da ciência econômica e dos principais institutos econômicos aos juízos morais. Após, desvelará o perigo da prevalência de tal concepção para a coesão da sociedade, que fica seriamente ameaçada pela ditadura do autointeresse econômico. Em seguida, analisará como o discurso moral, juntamente com outras variáveis, se insere no juízo político de formatação das normas de política econômica. Com base nesses pressupostos, descrever-se-á os principais critérios realocativos indicados pela doutrina das mais variadas abordagens e metodologias a guisa de proporcionar uma distribuição de recursos e bens na sociedade de uma forma mais justa. Por fim, desenvolver-se-á de forma justificada a escolha de um critério norteador da inserção de normas morais à economia: a incidência dos direitos fundamentais.

---

é fruto de uma errônea interpretação de seus escritos. Segundo ele, foi essa leitura tendenciosa da obra smithiana que determinou o afastamento da ética da economia e o conseqüente empobrecimento da teoria econômica contemporânea.



## 2 ECONOMIA E SEU INSULAMENTO MORAL

As principais instituições econômicas, com o predomínio da economia como instância privilegiada na formulação e resolução dos problemas da sociedade, passaram gradativamente a se afastar de conteúdos éticos. Isso é particularmente evidente na evolução dos conceitos de *empresa*, *bancos* e *moeda*, além da própria busca desenfreada pelo lucro.

O comércio, como cediço, sempre existiu na história da humanidade, embora a roupagem empresarial tivesse feições mais simplificadas na sua origem. Entretanto, somente com o advento da modernidade, foi estratificada a figura da empresa moderna, ficção jurídica com separação do patrimônio (e da moral) do empresário pessoa física da empresa pessoa jurídica. Essa entidade ganhou consistência, concretude e implicações aparentemente ilimitadas com a crescente interdependência do comércio entre as nações. Sob o influxo dessa nova concepção da pessoa jurídica moral, o empresário poderia explorar as oportunidades de mercado estabelecendo uma estratégia empresarial que visasse unicamente ao lucro. Não existe culpa nem reprovação social em tomar as medidas mais sórdidas para auferir maior lucro possível. A criação da sociedade anônima por ações é o ápice desse desenvolvimento na objetivação ou na desmoralização das relações, nas quais os “sócios” não se conhecem, não fazem parte dela com a sua pessoa, mas sim com uma soma em dinheiro. (SIMMEL, 2005, p. 25) Os vínculos pessoais são desimportantes; ao revés, são desestimulados na empresa moderna.

Bancos, ao menos empreendimentos com funções de depósitos e empréstimos, também não são criações recentes, tratando-se de prática disseminada nos mais diversos países civilizados após o advento da moeda. É conhecida a sua origem, baseada na evolução da moeda escritural, na qual os ourives recebiam o ouro em custódia e emitiam recibos que passavam a circular no mercado. Por igual, paralelamente ao sistema bancário convencional, a técnica foi apropriada por interesses mesquinhos. Desde os primórdios, havia os “capitalistas aventureiros”, cuja atuação era marcada por financiar guerras e piratarias no período colonial e cujas atividades “eram puramente irracionais e especulativas, ou orientadas para a apropriação pela força, principalmente do butim obtido na guerra ou mediante a contínua exploração fiscal dos súditos”. (WEBER, 2002, p. 11)



A busca pelo lucro a qualquer preço, com o auxílio de instituições criadas pelo direito para dar apoio a esse desiderato, passa a ser a motivação da sociedade moderna. Segundo Weber, a ação econômica capitalista é “aquela que se baseia na expectativa de lucro mediante a utilização das oportunidades de troca, isto é, das possibilidades (formalmente) pacíficas de lucro”. (WEBER, 2002, p. 9) Todavia, o sociólogo alemão se debruçou sobre o que ele chamava de “capitalismo sóbrio burguês” (WEBER, 2002, p. 12) na origem do capitalismo moderno, em especial na acepção da organização capitalista do trabalho. Não se preocupou, assim, com o capitalismo aventureiro que financiava as guerras, as pragas e a miséria. Dentre as características desse capitalismo racional moderno, possui importância destacada as estruturas racionais do direito e da administração,

porque o capitalismo racional moderno baseia-se nos meios técnicos de produção em um determinado sistema jurídico, além de uma administração orientada por regras formais. Sem esta, seriam viáveis o capitalismo mercantil venturoso e o especulativo, e ainda toda espécie de capitalismo politicamente determinados, mas não o seria a empresa racional com iniciativa particular, com capital fixo e baseada em um cálculo seguro. (WEBER, 2002, p. 13)

Dentre as forças que originaram o desenvolvimento dessa administração pelo direito, foi determinante um racionalismo específico da cultura ocidental que marcou o giro entre a mentalidade tradicionalista e a perspectiva empreendedora, que buscava, mediante a valorização do trabalho e do esforço individual, a inovação e a conseqüente aferição de maiores lucros, superando seus concorrentes<sup>5</sup>.

Para Weber, no entanto, na sua origem, o espírito capitalista não é aquele aventureiro da busca do lucro a qualquer preço, sob o domínio da inescrupulosidade absoluta. A sua origem pertence à reação contra o denominado “tradicionalismo”, caracterizado por uma atitude de comodismo com o *status quo*, de ausência de ambições e de inaptidão à adaptação a novas situações. Ou seja, o homem deve

---

<sup>5</sup> Weber assim sintetiza a suposta racionalidade do cálculo capitalista na comparação e no sopesamento entre o lucro e o prejuízo: “Na medida em que as operações são racionais, toda ação das partes é baseada no cálculo. A inexistência de um cálculo ou estimativa realmente apurada, o fato de o procedimento ser pura adivinhação, ou simples tradição e convenção, isso ocorre ainda hoje em toda forma de empresa capitalista em que as circunstâncias não exijam precisão absoluta. Esses fatos, entretanto, afetam apenas o *nível* de racionalidade da aquisição capitalista”. (WEBER, 2002, p. 10)



“simplesmente viver como estava acostumado e ganhar o necessário para esse fim”. (WEBER, 2002, p. 31) Assim, o trabalho intenso do empreendedor moderno é valorizado como uma qualidade ética capaz de superar o tradicionalismo. Esse caráter produtor, contudo, não eliminou a sua outra faceta mais sombria, voltada à pilhagem e à exploração<sup>6</sup>.

Com a quebra da relação imediata entre homem e propriedade feudal (e sua comunidade) incrementada pelo advento da sociedade moderna, o capitalismo adquiriu dimensões qualitativas e quantitativas, direções e formas nunca antes observadas. A consequência imediata foi uma autonomia sem igual do indivíduo e dos objetos, passando ambos a se desenvolver de modo separado, o que foi estimulado com o surgimento da economia monetária. A moeda representa, assim, a mediação na qualificação de todo objeto que distancia o sujeito do objeto e, ao mesmo tempo, “confere um caráter impessoal, anteriormente desconhecido, a toda atividade econômica” aumentando “a autonomia e a independência da pessoa” (SIMMEL, 2005, p. 24).

Esse lado técnico, vulgar e não colorido do dinheiro liberta a pessoa, uma vez que ela não está mais presa ao todo social, mas por outro viés, reforça os laços entre as pessoas de outra maneira, ou seja, as pessoas passam a ser unidas cada vez mais em razão de interesses econômico-financeiros. Há, assim, a “diferenciação progressiva do homem e indiferenciação progressiva do dinheiro” (SIMMEL, 2005, p. 23), assim representada por Simmel (SIMMEL, 2005, p. 26):

O homem das épocas econômicas anteriores encontrava-se na dependência de poucos outros homens, mas estes outros eram individualmente bem definidos e impermutáveis, enquanto hoje em dia dependemos muito mais de fornecedores, mas podemos permutá-los ao nosso bel-prazer. Precisamente uma tal relação tem de gerar um forte individualismo, pois não é o isolamento em si que aliena e distancia os homens, reduzindo-os a si próprios. Pelo contrário, é uma forma específica de se relacionar com eles, de tal modo que implica anonimidade e desinteresse pela individualidade do outro, que provoca o individualismo.

<sup>6</sup> Como anota Weber (2002, p. 11): “O capitalismo de empresários, de especuladores em larga escala, de colonizadores, e boa parte do capitalismo financeiro mesmo em tempo de paz, mas, acima de tudo, o capitalismo voltado para a exploração das guerras, possui essas características nos países ocidentais modernos, e uma parte, apenas uma, partes do comércio internacional em larga escala ainda estão presas a ela atualmente como sempre”.



A primazia do dinheiro faz com que a sua acumulação possa libertar a pessoa de todos os seus deveres, porque estes passam a possuir conteúdo monetário e são substituídos e nivelados por pecúnia, em vez de prestações pessoais. Como observa Simmel (2005, p. 30), “[m]uitas vezes uma tal liberdade significa ao mesmo tempo uma ausência de conteúdos da vida e um afrouxamento da sua substância”. Esse nivelamento conduz ao rebaixamento das coisas e das pessoas ao nível mais acentuado, pois só o individualizado e irrepitível é nobre e tem valor; o que pode ser reproduzido e mediado – ou fungível – não. Cada vez mais as coisas são niveladas e “rebaixadas” pelo dinheiro, e os objetos perdem o seu significado social.

O outro aspecto do dinheiro é que ele (ou a busca desenfreada pelo lucro) passa a ser um fim em si mesmo, como um valor autônomo, e não apenas um meio para obter outros bens para a satisfação de necessidades humanas<sup>7</sup>. Após asseverar que a maioria dos homens modernos precisa do “ganho do dinheiro como motivação mais próxima, forma[ndo]-se a ideia de que toda felicidade e toda satisfação definitiva na vida são ligadas intrinsecamente, à posse de uma certa forma de dinheiro”, Simmel (2005, p. 33) alerta que “o dinheiro é, propriamente, nada mais que uma ponte aos valores definitivos, e não podemos morar numa ponte”. A interiorização coletiva progressiva dessa mentalidade é a raiz da acumulação do capital e do aprofundamento das desigualdades. As consequências imediatas são a inevitável fragilidade e a inafastável instabilidade da coesão social construída sobre esses alicerces.

O meio se sobrevaloriza, predominando sobre o fim, que se encolhe ficando relegado a um segundo plano, distanciado, menor. A organização capitalista, com esse realce na moeda e na acumulação, desenvolveu, principalmente após a abolição da escravatura, além da racionalização do trabalho livre, também uma –

---

<sup>7</sup> Adverte Weber (2002, p. 28) que “[o] homem é dominado por fazer dinheiro, pela aquisição encarada como finalidade última da sua vida. A aquisição econômica não mais está subordinada ao homem como meio de satisfazer suas necessidades materiais. Esta inversão do que poderíamos chamar de relação natural, tão irracional de um ponto de vista ingênuo, e tão evidentemente um princípio orientador do capitalismo, como é estranha a todos os povos fora da influência capitalista”.



aparente – organização racional da especulação financeira nos mercados<sup>8</sup>.

Porém, a economia monetária moderna, por influenciar em outros conteúdos da vida, também gerou novas formas de perversas de financeirização que superam as mais sórdidas práticas aventureiras de pilhagem do passado. E a suposta racionalidade na prática se perde, o cálculo é substituído pela aposta, pelo jogo, cada vez se tornando mais instável o todo social. A impulsividade dessa nova forma de “racionalidade”, em vez de estimular as conexões interpessoais, acaba por recrudescer o afastamento e o isolamento entre as pessoas que são impelidas às atitudes mais vis para se adaptarem ao novo contexto<sup>9</sup>.

O capital é impessoal, e, por conseguinte, não é imediatamente sujeito ao controle ético. A desigual distribuição de riqueza é obra do destino, fazendo parte do curso natural da história da humanidade. Nada pode ser feito contra isso. Há uma substituição dos princípios medievais enraizados uma ética secular para um puro utilitarismo ascético. A procura da riqueza despida da roupagem ético-religiosa associada a atitudes aventureiras passa a predominar. Assim é que “[d]esde que o ascetismo começou a remodelar o mundo e a nele se desenvolver, os bens materiais foram assumindo uma crescente e inexorável força sobre os homens, como nunca antes na História”. (WEBER, 2002, p. 99)

Por outro lado, o mercado é o *locus* onde a disposição de correr riscos é uma virtude, e a fronteira entre o lucro e o prejuízo é tão maior quanto maior for o

---

<sup>8</sup> Weber (2002, p. 36) salienta que “a economia monetária exige operações matemáticas contínuas no comportamento social do dia a dia. A vida de muitos homens é preenchida por tais operações, como taxar, estimar, calcular e reduzir valores qualitativos a valores quantitativos. Isso contribui para o caráter racional e calculador da época moderna em contraposição às épocas anteriores, que tinha um caráter mais impulsivo, mais emocional, mais dirigido ao todo”.

<sup>9</sup> Simmel (2005, p. 37-38) destaca que “aquela pontualidade e aquela exatidão que a divulgação da economia monetária – quase analogamente à divulgação dos relógios de bolso – impõe nas relações internas do homem não têm, no campo da ética nenhum complemento numa conscientização interna crescente. Pelo contrário, o dinheiro seduz – por meio do seu caráter objetivo e indiferente, pelo qual ele se oferece, do mesmo modo e sem relação interna, não só à ação mais nobre como também à ação mais baixa – uma certa leveza e irresponsabilidade do agir, que é inibido com frequência, quando falta a mera intermediação do dinheiro, por meio da estrutura peculiar dos objetos e da relação individual do agente com eles. Assim aconteceu que homens com personalidades geralmente honestas participaram das “fundamentações” mais sinistras. Muitos homens agem com maior irresponsabilidade e ambivalência quando se trata de assuntos meramente monetários, enquanto seria de sua disposição um comportamento eticamente orientado em outras situações”.



risco. Nessa perspectiva, a liberdade é o valor supremo a ser defendido, porque ser livre é ser ativo, empreendedor, criativo. Pouco importa se esse estímulo causar a ruína da coesão social que exatamente proporcionou essa liberdade. O que é relevante a ser protegido é que o indivíduo tenha liberdade para ousar, para apostar, mesmo que à custa dos empregos e dos direitos sociais dos seus concidadãos. Viviane Forrester (1998, p. 133) anota com sagacidade que a “moral em curso exige, antes de tudo, por uma questão de ética, balanços impecáveis”.

A economia (neo)clássica estimula o exagero e a imoderação, pois está baseada no conceito do *homo oeconomicus*, criatura impregnada com o princípio da maximização da vantagem própria, que estimula a produção e o consumo e, por consequência, o lucro e o prazer individual, respectivamente. O egoísmo é legitimado sob essa perspectiva, pois se espera de atitudes individualistas a maximização de resultados. Não se pode negar, na atualidade, muita literatura jurídica de qualidade sucumbiu à sedução dessa abordagem econômica.

Porém, deve-se fazer uma crítica ao difundido *economismo*, que anula a exigência ética racional da política econômica. A intenção é subordinar a economia a desígnios sociais mais humanos, pois como bem ressalta Hirschman (1986, p. 125), face ao trânsito difundido da prevalência do interesse pessoal, “redescobrir a necessidade da moralidade tornou-se um desafio intelectual”. Para isso, é necessário reconectar os fundamentos econômicos ao direito, pois a economia, assim como o poder político, não deixa de ser um domínio organizado formalmente em espaço institucionalmente criado por meio de normas, de modo que suas interações devem ser conduzidas e ditadas pelo direito.

### **3 NECESSIDADE DE RECUPERAÇÃO DE JUÍZOS MORAIS AOS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS**

A vinculação de um indivíduo a uma comunidade política significa que ele está disposto a seguir os padrões morais que a ela se aplicam, orientados de acordo com juízos de aprovação ou desaprovação sociais. Tendo se associado a essa comunidade política, o indivíduo tem interesse em realizar essas concepções éticas, acatando-as, pois deseja aceitação e aprovação nessa sociedade. A conduta moralmente aceita se baseia na intenção de acolhimento dos seus pares, o que



modela uma concepção do justo para a comunidade. Segundo John Rawls (2008, p. 584), “a moralidade de associação leva, naturalmente, a um conhecimento dos padrões de justiça”. Os padrões de justiça de uma sociedade tendem a ser expressas em normas jurídicas positivadas pelo direito e inseridas em uma Constituição que estabelece os princípios políticos da comunidade. Por outro lado, os sentimentos de reprovação moral da sociedade ou de culpa expresso na violação de uma conduta moral são substituídos pela efetiva reprovação por meio de uma sanção imposta pela norma jurídica.

O direito e a moral não se identificam de antemão, pois possuem linguagens e códigos diferentes. Porém, eles podem encontrar consenso, convergindo entre si, no caso da norma jurídica incorporar as normas de conduta morais. Além disso, o direito necessita de um fundamento moral para restabelecer algum conteúdo ético na sociedade, em especial em campos que são herméticos a valores morais, como acontece no âmbito do mercado. Entretanto, para a realização desses valores, há a necessidade de a comunidade de princípios incorporar efetivamente esses valores na ordem jurídica; daí o papel do direito nessa conformação e no acolhimento no seio da sociedade. Intuitivamente, não há como discordar *a priori* dessas assertivas. Todavia, isto não é absolutamente tranquilo, quando se está cuidando de um ambiente de livre mercado.

Milton Friedman publicou no New York Times Magazine, de 13 de setembro de 1970, um célebre artigo chamado *A responsabilidade social dos negócios é aumentar seus lucros*<sup>10</sup>, que tinha por objetivo criticar a insurgente busca de fins sociais pelas empresas na condução de seus negócios. Segundo ele, essa responsabilidade social somente seria alcançada com o aumento de seus lucros, uma visão moderna revisitada (ou neoliberal) da mão invisível. Sob essa ótica, a moral ficaria domesticada pela economia, legitimando a busca do interesse próprio como único guia para o comportamento humano. Como expressa Hans Küng (1999, p. 329), “a ética passa a ser a teoria econômica da moral, a criada pelo mercado”. No entanto, a busca dos lucros individuais não é garantia ao atingimento do bem-estar coletivo.

<sup>10</sup> Tradução do autor. No original “The social responsibility of business is to increase its profits”.



Michael Walzer, (2003, p. 140), inspirando-se em Locke, define a moralidade do mercado como a celebração do desejar, fazer, possuir e trocar mercadorias. Segundo ele, contudo, “[o] mercado produz e reproduz desigualdades; as pessoas terminam com mais ou com menos, com diversos números e tipos de posses” (WALZER, 2003, p. 143). Assim, há que se domar a dinâmica de uma economia monetária, tornando o dinheiro inofensivo ou neutralizando os seus efeitos perniciosos, garantindo que a sua utilização não seja prejudicial para a sociedade. Isso só é possível restabelecendo à atividade econômica um *ethos*, como uma atitude moral básica de uma comunidade política<sup>11</sup>. Sob tal perspectiva, a economia de mercado deve estar a serviço das necessidades dos homens, e não tornar os homens totalmente dependentes da lógica do mercado. Ou seja, ela não é um fim em si mesmo; é complementar à democracia, não devendo substituí-la.

Esse *ethos* envolve a aplicação do imperativo categórico de Kant, no sentido de que todo homem deve ser tratado com humanidade, em razão da sua natureza racional livre e igual. A ética deve ser imposta categoricamente, incondicionalmente, e não apenas hipoteticamente. A moral kantiana pressupõe a incorporação de princípios morais na legislação que devem ser aceitos por todos em condições que caracterizem todos os homens iguais e livres. O homem não deve jamais ser transformado em meio; ele é o objetivo incondicional, o fim. O capital é meio e deve servir ao fim. Com isso, inverte-se a lógica do mercado e restabelece-se o senso de justiça comum, conferindo homogeneidade a uma sociedade bem ordenada. Assim, o debate político deve recorrer a esse consenso moral. Como explicita Rawls (2008, p. 314-315), “[a]gir com base nos princípios de justiça é agir com base em imperativos categóricos, no sentido de que eles se aplicam a nós quaisquer que sejam os nossos objetivos específicos”. Segundo Küng (1999, p. 361),

a democracia – pressuposto o agir econômico do proveito próprio – é para ser *entendida eticamente*: como um acordo social (no sentido de Kant), que é justo para todos e que se baseia num consenso básico sobre direitos e deveres humanos gerais, e no qual, embora nem todos de antemão levem vantagem, cada um é fundamentalmente reconhecido como pessoa e como

<sup>11</sup> Ou, nas palavras de Küng (1999, p. 188-189), deve-se buscar um novo *ethos* mundial, como o “consenso básico referente aos valores vinculantes, às normas inalteráveis e às atitudes pessoais básicas, consenso sem o qual toda sociedade, mais cedo ou mais tarde, passa a estar ameaçada por uma situação de anarquia ou por uma nova ditadura”.



portador de direitos. Sobre esta base uma política racional não há de visar unilateralmente a maior liberdade possível dos cidadãos individuais (onde os que têm menores chances sairão prejudicados), mas visará também e ao mesmo tempo – mesmo que isto seja difícil – a *justiça das relações sociais*.

Como cediço, os juros já foram proibidos por normas morais religiosas. Essas normas tiveram que ser adaptadas no curso da evolução da humanidade, pois evidentemente se esvaziariam, caindo em desuso com o desenvolvimento da economia monetária moderna. Assim, as normas éticas podem se modificar segundo os contextos econômicos no espaço e no tempo, vale dizer, “elas possuem um âmbito de validade diferenciado e também diferentes períodos de validade”, consubstanciando-se em “*variáveis éticas*” (KÜNG, 1999, p. 400). Ou seja, as “normas morais na vida econômica modificam-se e têm que modificar-se”, mas “seu objetivo permanece o mesmo, a saber, proteger o homem contra a exploração e a vantagem excessiva por parte dos outros” (KÜNG, 1999, p. 406-407). É necessário, assim, inserir a moral na ordem econômica de modo que a política econômica incorpore efetivamente conteúdos éticos, na forma de leis que interferem no domínio econômico.

Porém, é necessário pontuar, nem toda perspectiva jurídica considera a moral como elemento ínsito ao direito. Kelsen (2009), por exemplo, na sua *Teoria pura do direito* isola a moral do direito. Na visão (neo)positivista, o direito enquanto ciência é neutro, embora não seja funcionalmente neutro. Assim, nessa ótica, a moral e o direito se encontram em campos diversos, sendo neutra a legislação formalmente aprovada pelo procedimento previsto democraticamente, incumbindo à ciência do direito interpretá-la de modo equidistante, sem se imiscuir em fundamentos valorativos éticos ou morais<sup>12</sup>. Ocorre que o formalismo de Kelsen se perde na medida em que escapa às releituras proporcionadas pela evolução na concepção das leis. A ótica positivista impõe a manutenção de *status*, sem renovação de conteúdos. Portanto, há que se rearticular direito com a política e

<sup>12</sup> Todavia, a perspectiva de sua teoria, inserida no contexto de sua contemporaneidade, contrapõe à visão liberal de que conquistas sociais não são direitos. Assumindo uma posição formalista, esse direito novo produzido é norma, possuindo coercibilidade, sob o comando, a chancela e a proteção de um Estado forte, viabilizador de políticas públicas. Assim, ainda que instrumentalmente questionável, é possível interpretar o positivismo como uma tentativa de manter as conquistas proporcionadas pelos direitos sociais.



moral e, porque não, com a economia. O substancialismo de Ronald Dworkin<sup>13</sup> vem como uma reação ao procedimentalismo de Kelsen, reconstruindo a interpretação jurídica como uma postura assumida em relação a uma comunidade de princípios.

Deve-se, portanto, buscar conteúdos que resgatem caracteres morais aos institutos econômicos, reconectando-os com a sociedade<sup>14</sup>. A economia não manipula apenas a alocação de bens e recursos; ela lida essencialmente com pessoas, de modo que não deve se preocupar, única e exclusivamente, com o indivíduo no seu estado bruto, associar. O elemento social e a sua necessária coesão devem ser vistos como exigências éticas feitas à economia. Essa perspectiva internaliza valor humano à economia, externalizando elementos materiais relativos à eficiência que, não obstante importantes para o desenvolvimento econômico, não agregam estabilidade social e desenvolvimento sustentável.

Lembra Rawls (2008, p. 29-30) que os dois conceitos principais da ética são os do justo e do bem e a estrutura da teoria ética é em grande parte definida pelo modo como define e interliga essas duas ideias elementares. Todavia, as teorias utilitaristas, expressas numa suposta racionalidade, definem o bem independentemente do justo; primeiro ela define o bem como um valor discernível pelo bom senso e, após, considera que o justo é elevar o bem ao máximo. Assim, se o dinheiro ou o prazer são os bens valorativamente considerados, é justo maximizá-los, pouco importando como é distribuído o conjunto dos bens no corpo social. Porém, essa concepção despreza a reivindicação e a proteção de direitos, apenas se contentando com a elevação da soma das vantagens.

No discurso ético tradições de formas de vida da comunidade jurídica são

---

<sup>13</sup> Em especial: **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>14</sup> O próprio conceito de troca não tem sua origem numa motivação econômica, sendo válido rebuscar os seus fundamentos para lhe dar algum significado moral na atualidade. Segundo Küng (1999, p. 360) “Nem toda troca é uma troca de mercado, ou visa objetivos econômicos. Já entre os homens primitivos, como também até os nossos dias entre as crianças e nas sociedades rurais, dádivas e presentes são trocados não primariamente com base em estratégias econômicas de lucro (“troca mercantil”) mas sim tendo em vista a comunicação, como sinal de mútua simpatia e de intenção pacífica (“troca social”); como expressão de um “*ethos da reciprocidade*”, que é “a base antropológica cultural sobre a qual – como que parasitariamente – se torna possível a formação do conceito burguês-liberal da socialização de indivíduos privados e autônomos através de acordos de troca”.



incorporadas, de forma que a razão e a conduta são assimiladas reciprocamente. Para Kant, a vontade autônoma está impregnada pela razão prática. Todavia, no discurso da criação legislativa da institucionalização jurídica, não somente mandamentos morais determinam o resultado, que é plasmado também por critérios racionais e pragmáticos<sup>15</sup>. Diante disso, há que se fazer uma breve incursão na forma pela qual se institucionaliza a moral na política, em especial na política econômica, objeto do presente trabalho<sup>16</sup>.

#### 4 PROCEDIMENTO DE INCORPORAÇÃO DE JUÍZO MORAL À POLÍTICA ECONÔMICA

Que a mão invisível do mercado provoca desigualdades, hoje ninguém discordaria, embora ainda haja na atualidade algumas vozes pálidas e recalitrantes de fundamentalistas do mercado que poderiam objetar tal asserção. Estabelecer um regime de igualdade importa, inexoravelmente, em intervenção contínua do Estado no domínio econômico para eliminar ou reprimir o poder do mercado. No palco político então são travadas as discussões sobre o modo e a forma da regulamentação do Estado na alocação de recursos. Com isso, inicia-se o debate político sobre quais seriam as medidas econômicas adequadas, necessárias e suficientes para restabelecer o equilíbrio no mercado por meio do direito. O direito, assim, sendo veiculador da política econômica, não fica imune a esse discurso.

Apesar de distintas abordagens epistemológicas, há uma relação de troca entre o poder político e o direito, que se retroalimentam e se completam mutuamente para exercer suas funções plenamente. Como anota Habermas (2003, p. 211), “[o] direito constitui o poder político e vice-versa”. Com efeito, o Estado de direito é formado de “princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este último é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado”. (HABERMAS, 2003, p. 212)

---

<sup>15</sup> Segundo Jürgen Habermas (2003, p. 205) “as constelações formadas pela razão e pela vontade modificam-se de acordo com os aspectos pragmáticos, éticos e morais da matéria a ser regulada” e “[a] partir dessas constelações se esclarece o problema do qual parte a formação discursiva de uma vontade política comum”.

<sup>16</sup> Já abordei sucintamente a forma como se institucionaliza a política econômica em **A política estatal de controle de preços no setor sucroalcooleiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. Cabe aqui algumas considerações complementares, em especial no tema a que se propõe.



As regras do direito distinguem-se das regras morais e em sociedades complexas a moral só tem efetividade em domínios vizinhos quando é traduzido para o código do direito. (HABERMAS, 2003, p. 145) As normas morais têm de ser preenchidas por uma realização interinstitucional democraticamente prevista, para ganharem autoaplicabilidade dentro um sistema de regras de direito, se tornando exigências universalmente obrigatórias e impondo sanções. Nesse processo, as normas morais servem apenas como substratos internos à argumentação, fornecendo subsídio para a configuração do direito que intermediará então a organização de comunidades jurídicas que se afirmam, num ambiente social, sob determinadas condições históricas.

Os direitos só podem ser estatuídos e impostos por meio de órgãos políticos organizados juridicamente que tomam decisões que passam a ser consideradas obrigatórias para todo corpo social. Esse poder legislativo é juridicamente organizado de forma a garantir o acesso democrático de todos os cidadãos ao processo de formação das leis, ou seja, no nível da institucionalização do direito, há que se garantir a participação simétrica da comunidade na formação discursiva do legislador. Há, assim, um nexu interno entre o direito e a política, havendo a necessidade de um Estado legislador para dar vida à regra de direito.

Todavia, quando está se tratando de política econômica, outros agentes interpõem no processo, manifestam sua vontade e interferem no resultado. A economia capitalista, orientada pelo dinheiro, e a burocracia estatal, organizada a partir de competências, surgem no *medium* de sua institucionalização jurídica. (HABERMAS, 2003, p. 153-154) Logo, agentes políticos e econômicos participam do processo, trazendo sua contribuição, sua experiência de vida, e sobretudo seus interesses para configurar a vontade política, servindo-se do direito para satisfazer suas pretensões. Laços de estreitamento entre o empresariado e o poder político importam em maior interdependência funcional de sua atuação. Mercado e Estado interagem numa relação discursiva complexa visando a conquistar uma configuração jurídica que melhor atenda seus desígnios<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Habermas (2003, p. 61-62) expressa bem essa interconexão nos seguintes termos: “Sociedades modernas são integradas não somente através de valores, normas e processos de entendimento, mas também sistemicamente, através de mercados e do poder administrativo. Dinheiro e poder administrativo constituem mecanismos da integração social, formadores de sistema, que



Todavia, essa interlocução desloca a atenção do agente econômico para o poder político, que passa a ser o palco central da competição pela distribuição de recursos ou de benesses. Daí também a necessidade de se estabelecer freios e contrapesos no sentido de coibir a possibilidade de utilização do poder político para auferir benefícios sociais e econômicos a uma classe privilegiada. Há ocasiões em que “o único remédio para o privilégio privado será o estatismo, e a única fuga do estatismo será o privilégio privado” (WALZER, 2003, p. 19). Dworkin (2010, p. 425) manifesta sua preocupação com a possibilidade de políticas utilitaristas prevalecerem num ambiente democrático:

A democracia representativa é amplamente concebida como a estrutura institucional mais adequada, em uma sociedade complexa e diversificada, para a identificação e a consecução de políticas utilitaristas. Nesse ponto ela funciona imperfeitamente, pela conhecida razão de que a regra de decisão pela maioria não consegue levar suficientemente em conta a intensidade, por oposição ao número, das preferências particulares, e porque as técnicas de persuasão política, apoiadas pelo dinheiro, podem corromper a precisão com a qual os votos representam as verdadeiras preferências dos eleitores. Não obstante, a despeito de tais imperfeições, a democracia parece mais capaz de implementar satisfatoriamente o utilitarismo do que qualquer outra alternativa de esquema político geral.

Há, assim, a necessidade de se neutralizar a possibilidade de o processo legislativo se submeter a pressões sociais por políticas alocativas que beneficiem setores privilegiados, o que recrudesceria a divisão desigual de recursos. O sistema político não pode se degradar a ponto de ficar refém do poder econômico, daí a necessidade de estruturas institucionais formais e um consenso moral mínimo para que sejam minoradas as interferências externas que determinem distribuição desigual em prejuízo aos direitos fundamentais. Um meio de se garantir que uma

---

coordenam as ações de forma objetiva, como que por trás das costas dos participantes da interação, portanto não necessariamente através da sua consciência intencional ou comunicativa. A “mão invisível” do mercado constitui, desde a época de Adam Smith, o exemplo clássico para esse tipo de regulamentação. Ambos os meios ancoram-se nas ordens do mundo da vida, integrados na sociedade através do agir comunicativo, seguindo o caminho da institucionalização do direito. Desta maneira, o direito está ligado às três fontes da integração social. Através de uma prática de autodeterminação, que exige dos cidadãos o exercício comum de suas liberdades comunicativas, o direito extrai sua força integradora, em última instância, de fontes da solidariedade social. As instituições do direito privado e público possibilitam, de outro lado, o estabelecimento de mercados e a organização de um poder do Estado; pois as operações do sistema administrativo e econômico, que se configura a partir do mundo da vida, que é parte da sociedade, completam-se em formas de direito”.



maioria representante de um poder econômico não possa se beneficiar do processo decisório é estabelecer restrições ao exercício dessa maioria, por meio de garantias contramajoritárias. Segundo Habermas (2003, p. 235), “a tarefa do Estado democrático de direito consiste, não apenas em distribuir equilibradamente o poder político, mas também em despi-lo de suas formas de violência através da racionalização”.

Sem dúvida, não se pode negligenciar o processo de comunicação complexo que envolve o debate de criação de uma política econômica. Por vezes, questões técnicas subjazem e dão o tom do debate. Desconhecer isso seria ingenuidade. Porém, nem sempre o resultado desse agir comunicativo se expressa na decisão política mais técnica – ou mais correta, ou mais moralizante – para o setor a que se pretende regular, pois sempre há campo para a prevalência de preferências políticas ou econômicas dos agentes que influem no debate<sup>18</sup>.

O discurso moral, embora condicione a medida para o direito correto, entra em cena nesse procedimento discursivo de preferências e valorações apenas como *mais um* recurso no debate da comunicação na esfera pública. Ele não é impositivo nesse *locus*, pois não se está em jogo normas tradicionalmente aceitas pela sociedade, mas sim a fundamentação de uma negociação racionalmente motivada. Enquanto que a norma moral implica um reconhecimento do que já existe racional e simetricamente criado no âmbito da comunidade diante de sua vivência prática, no juízo de formação legislativa está em jogo a aspiração e o rumo a que se pretende dar a essa sociedade. Nesse processo, juízos morais e pretensões formadas pragmaticamente, sem a incorporação de juízos éticos, estão inseridos numa situação de equivalência, sem que um prevaleça ao outro num plano formal.

---

<sup>18</sup> Habermas (2003, p. 206) assim descreve essa complexidade estrutural: “A fundamentação depende, em primeira linha, de uma interpretação correta da situação e da descrição adequada do problema que se tem pela frente, da afluência de informações relevantes e confiáveis, da elaboração correta dessas informações, etc. Nesse primeiro estágio da formação da opinião e da vontade, torna-se necessário um certo saber especializado, que é naturalmente falível e raras vezes neutro do ponto de vista valorativo, sendo, portanto, controverso. Nas próprias avaliações políticas de perícias e contraperícias, entram em jogo pontos de vista que dependem de preferências. Nessas preferências, expressam-se situações de interesses e orientações axiológicas, as quais, num *segundo estágio*, entram em concorrência aberta entre si; aí deve ser tomada uma decisão, na base de alternativas de ação, prognoses e descrições consensuais, entre diferentes propostas para a superação do problema que se apresenta”.



Com isso, são inseridos no direito conteúdos de vida pragmáticos que não incorporam normas morais gerais, mas também interesses particulares às vezes direcionados por interesses meramente econômicos. Mas as normas jurídicas também devem expressar preceitos morais sem os quais fica inviável a coesão social enquanto forma de vida compartilhada intersubjetivamente.

Hirschman (1986, p. 127) realça que na microeconomia uma das condições para o bom funcionamento dos mercados é a informação perfeita, o que raramente ocorre, diante da assimetria de informações existentes entre fornecedores e vendedores, de um lado, e compradores de outro. Daí a “necessidade de normas e de comportamentos éticos para completar – e, quando for o caso, suplantar – o interesse particular [...] nas situações de ‘fracasso do mercado’”.

E, sem estabelecer mecanismos formais ou materiais para incorporar preceitos morais no processo legislativo, uma direção errada dada à política poderá recrudescer o acúmulo de capital, com a maximização da utilidade ao capital disponível, sem que haja qualquer fundamento redistributivo. Com mais capital, melhor educação e tecnologia, será possível sustentar o *status* da classe dominante e a manutenção perpétua das desigualdades.

Por seu turno, o discurso da aplicação é diverso do da fundamentação das normas, mas ambos devem expressar a mesma preocupação no seu resultado final. A outra faceta da norma é a sua aplicação, pois estabelecer um direito implica a necessidade de impor sanções contra interesses contrapostos a esse direito. Para fazer face à necessidade de se concretizar os direitos, utiliza-se da coerção legitimada pelo direito. Mais uma vez, surge o Estado juiz para fazer valer o direito, impondo coercitivamente a sua vontade contra os renitentes. Além disso, a vontade política legitimamente eleita deve realizar e implementar os programas aprovados nas urnas, por meio de um governo. O peso e a abrangência deste Estado legislador, juiz, e administrador depende da medida na qual a sociedade politicamente organizada concebe o exercício das funções públicas de modo a garantir seu modo de reprodução<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Habermas (2003, p. 171) sintetiza da seguinte maneira a necessidade política de um Estado para a implementação do direito: “O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita



Porém, as normas jurídicas, embora possam ser justificadas por razões pragmáticas e ético-políticas, ou mesmo por interesses econômicos, devem pretender concordar com as normas morais. Sucede que a validade das regras morais se mede unicamente pelos critérios de justiça, enquanto que são distintos os critérios de validade das normas jurídicas. O que é devido fazer de acordo com uma regra moral é uma prática justa. Já uma norma válida, a princípio, é aquela que respeitou o processo legislativo e não violou as normas fundamentais expressas na Constituição. Assim, na aplicação do direito, também devem ser resgatadas as regras morais que, se não serviram na formatação, deveriam ter informado o legislador quando da criação das normas.

Os direitos não são recomendados apenas para reconstrução de instituições que ruíram devido à subtração de sua atuação. São condições procedimentais para que a ética incorpore suas ferramentas no discurso prático racional por ditar o tom e as regras do debate. Surge a necessidade de construir algo institucionalmente novo, substituindo aquela estrutura organizacional que desmoronou, criando novos sistemas de interação entre mercados, Estado e sociedade. Mas, qual deve ser o critério então a ser adotado para a integração do direito com a moral de modo a resgatar algum conteúdo moral aos institutos da economia?

## 5 CRITÉRIOS PARA INCORPORAÇÃO DE PRECEITOS MORAIS À ECONOMIA

Uma economia livre para adotar uma noção liberal extrema destrói os liames de união e coesão necessários à sobrevivência da sociedade. Liberdade e individualismo em excesso degeneram em licenciosidade e libertinagem, negligenciando metas coletivas expressas no bem comum ou na justiça social. Conforme explicita Walzer (2003, p. 161), “[u]ma economia *laissez-faire* radical seria igual a um Estado totalitário, que invade todas as outras esferas, domina todos os

---

de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, *implicações* jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é *pressuposto* por ele: ele mesmo se estabelece em formas do direito”.



outros processos distributivos. Transformaria todos os bens sociais em mercadorias. Esse é o mercado do imperialismo”.

O mercado é apenas uma faceta da sociedade, e não toda ela. Mas, como todas as facetas da sociedade, a burocracia estatal, a família, a religião, as instituições, etc., não se pode conviver sem essa faceta, sob pena do extermínio do mercado acabar por extinguir a própria sociedade. Por igual, sob o enfoque epistemológico, direito, ciência política e economia devem conviver harmoniosamente entre si e com as demais ciências sociais, e não buscar a predominância de seus institutos e de suas teorias. Da mesma forma que não se pode abolir uma das facetas da sociedade, não se deve desdenhar também outros enfoques epistemológicos; trata-se evidentemente de se estabelecer fronteiras entre o que deve ser preservado e o que deve ser controlado nos pontos de atrito que se formam entre as disciplinas e as instituições para que possam funcionar adequadamente, respeitando-se os seus limites intrínsecos. Küng (1999, p. 362) expressa bem seu receio com a predominância de apenas um ponto de vista nos seguintes termos:

*A economia (e com ela também o mercado) é apenas um subsistema da sociedade, ao lado do qual existem também outros subsistemas, como direito, política, ciência, cultura e religião. [...] Mas no ultraliberalismo econômico existe o perigo – agora formulado com maior clareza – de efetivamente se elevar o subsistema da economia de mercado à condição de um sistema total, de tal maneira que o direito, política, ciência, cultura e religião não só passem a ser analisados com um instrumental econômico (o que é legítimo), mas que na prática fiquem subordinados à economia, domesticados e despotencializados por ela<sup>20</sup>.*

Quando o mercado (e a economia) extrapola os seus limites, é preciso que se acione o sistema do direito, garantido pela política, para restabelecer a harmonia à sociedade, dando-se a nova e correta orientação às redistribuições alocativas no seio da sociedade. A questão que se coloca é: qual é o critério que deve orientar o formulador e o aplicador da lei, notadamente da política econômica, na alocação de

<sup>20</sup> Uma das consequências dessa concepção, segundo Küng, é a de que “o direito, em lugar de basear-se sobre o fundamento universalmente válido da dignidade humana, dos direitos e deveres humanos, poder vir a ser formulado e manipulado de acordo com as “pressões” econômicas e os interesses de grupos” e “a ciência entregar-se aos interesses econômicos e desta maneira perder sua função de instância de controle o mais possível objetiva e crítica”.



recursos? Os autores divergem nesse tema. Não basta singelamente optar-se por esse ou aquele critério distributivo; deve-se justificar baseado em evidências empíricas numa construção lógica minimamente racional o acerto de tal escolha.

A análise econômica do direito de Richard Posner (2003) sustenta que os direitos devem ser aplicados de forma que os recursos sejam alocados de maneira mais eficiente possível, maximizando as utilidades individuais. Ainda, que o valor de um recurso escasso para determinado indivíduo é medido pela quantidade de dinheiro que ele está disposto a pagar por esse recurso, de tal modo que o bem-estar dessa comunidade é maximizado quando está nas mãos de alguém que pagaria mais do que qualquer outro para possuí-lo. Para Dworkin (2010, p. 153) essa teoria, que nada mais é do que uma versão revisitada do utilitarismo clássico aplicado ao direito, desqualifica as pretensões dos pobres, que estão dispostos a pagar menos exatamente porque possuem menos recursos. Essa fundamentação estritamente individualista olvida que o homem é um ser social, e que sua individualidade somente pode ser atingida plenamente através da integração social.

Rawls (2008, p. 18) defende uma distribuição fundada no princípio da diferença, significando que somente se justificam as desigualdades se forem criadas para trazer, e realmente trouxerem, o maior benefício possível para a classe mais desprivilegiada. Walzer (2003, p. 25-32), por seu turno, advoga um critério distributivo pluralista, em que princípios como o livre intercâmbio, o merecimento e a necessidade devem conviver numa relação tensa, mas sem predominância de um sobre o outro. Todavia, tais critérios desenvolvem a distribuição baseada apenas secundariamente em juízos morais, muito embora Rawls demonstre grande preocupação com critérios de equidade e, portanto, de justiça.

Küng, de outro lado, postula um consenso moral mínimo, baseado nos princípios aceitos universalmente que congreguem todas as religiões com base em deveres, e não em direitos. Embora este último autor desenvolva a pertinência de aplicação de juízos morais na alocação de recursos na sociedade, ele determina seu pensamento e seu critério com base nos *deveres* morais reconhecidos pelas religiões. O raciocínio aqui desenvolvido pretende caminhar em sentido inverso.



## 6 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO GUIA PARA A ECONOMIA RECUPERAR JUÍZOS MORAIS

Como exposto, superado o positivismo jurídico, o direito não é uma ciência neutra, porque deve concretizar aqueles valores previstos na Constituição. E o conteúdo moral do direito são os direitos fundamentais inscritos como tais na prática democrática de um Estado. Dessa forma, o código do direito elege direitos fundamentais que constituem o substrato moral de uma sociedade que compartilha os mesmos princípios e, por essa razão, condicionam a atuação dos operadores do direito<sup>21</sup>.

Assim, apesar de o direito não corresponder ou mesmo não estar subordinado hierarquicamente à moral, os direitos fundamentais são complementados com preceitos morais. Normas morais, em geral, têm o conteúdo mais abstrato do que as normas jurídicas, embora as normas morais sejam destinadas a todos, e não somente aos membros da comunidade jurídica. E o poder político dessa comunidade só pode se desenvolver através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais (HABERMAS, 2003, p. 171). O conteúdo moral de direitos fundamentais se explica pelo fato de se cruzarem direito e moral na institucionalização das normas jurídicas que os positivam. Após constatar o caráter extremamente abstrato da moral moderna, Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti (2011, p. 161) arrematam que “ao serem acolhidos como conteúdo do Direito, esses princípios extremamente abstratos ganham densidade como direitos fundamentais, tornando-se obrigatórios, impondo comportamentos externos”.

Segundo Robert Alexy (2008, p. 589), os direitos fundamentais têm natureza de princípios e são mandamentos de otimização. A otimização implica a atingir a

---

<sup>21</sup> Sobre a parcialidade dos direitos crucial à manutenção da sociedade, importante transcrever a lição de Dworkin (2010, p. 314): “Os Estados Unidos continuarão divididos por sua política exterior e social e, se a economia voltar a debilitar-se, as dissensões se tornarão mais agudas. Se queremos que nossas leis e nossas instituições jurídicas forneçam as regras básicas a partir das quais essas questões venham a ser discutidas, essas regras não devem ser as leis do mais forte que a classe dominante impõe aos mais fracos, como Marx imaginava que devia ser o direito de uma sociedade capitalista. A parte principal do direito – a parte que define e executa as políticas sociais, econômicas e externas – não pode ser neutra. Deve afirmar, em sua maior parte, o ponto de vista da maioria sobre a natureza do bem comum. Portanto, a instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que a sua dignidade e igualdade serão respeitadas”.



máxima realização possível de todos os direitos fundamentais envolvidos dentro das possibilidades fáticas existentes. A otimização, para o autor, não repete o mantra utilitarista clássico de que os fins se justificam pelos meios, sendo o sacrifício justificável sob esse prisma; significa a expressão da ideia da eficiência de Pareto, na qual uma posição pode ser melhorada sem que uma outra seja piorada<sup>22</sup>. Sua teoria de direitos fundamentais acata a concepção formal e geral dos direitos fundamentais como uma “ideia-guia” para a interpretação, no sentido de que os “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples” (ALEXY, 2008, p. 446).

Uma Constituição deve ter conteúdos formais e substanciais combinados entre si para dar concretude aos direitos fundamentais, o que desempenha um papel central no sistema jurídico. As normas de direitos fundamentais estabelecem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis para o sistema jurídico, o que constitui o núcleo da fundamentalidade formal desses direitos. Por outro lado, também são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade<sup>23</sup> (ALEXY, 2008, p. 522).

Os direitos fundamentais possuem um efeito estabilizador de expectativas, pois o seu reconhecimento implica na transmissão da mensagem ao legislador futuro de que ele não poderá utilizar a sua competência e a sua liberdade legislativa de forma desfavorável aos indivíduos, como já ocorreu tantas vezes na história da

---

<sup>22</sup> Para Sen (1999, p. 65), na tradição utilitarista, incorporadas pela fase pós-utilitarista da economia do bem-estar, concentrada na otimalidade de Pareto e na eficiência, os direitos sempre foram considerados sem nenhum valor intrínseco, apenas como inteiramente instrumentais para a obtenção de outros bens, particularmente “utilidades”. Em razão disso “[n]ão se atribui nenhuma importância intrínseca à existência ou fruição de direitos, e estes têm sido avaliados segundo sua capacidade de obter boas consequências, entre as quais não figura o gozo de direitos”. O autor concorda que a “aceitação moral dos direitos pode requerer afastamentos sistemáticos do comportamento auto-interessado” que fundamenta a teoria econômica dominante (SEN, 1999, p. 73). Porém, Sen propõe uma avaliação consequencialista que aprecie as interdependências na fruição dos direitos em face de uma abordagem puramente deontológica de filosofia moral.

<sup>23</sup> Habermas (2003, p. 241) lembra que “os princípios do Estado de direito e os direitos fundamentais, apesar de serem determinados *in abstracto*, só são encontráveis em constituições históricas e sistemas políticos. Eles são interpretados e incorporados em ordens jurídicas concretas, através do direito constitucional ou da realidade constitucional das instituições e processos políticos”.



civilização e da constituição moderna. Nesse sentido, há sempre uma tensão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais, pois as normas de direitos fundamentais vinculam o Poder Legislativo, definindo aquilo que o legislador está ou não legitimado a decidir, restringindo a sua liberdade e a sua competência. (ALEXY, 2008, p. 447)

A institucionalização de preceitos ético-morais por meio do – e conforme o – direito se submete ao controle do próprio direito, vale dizer, os mecanismos institucionais do direito são acionados para aferir se aquela norma possui congruência com o sistema normativo-constitucional, na proteção e implementação de direitos fundamentais. Mais uma vez, discursos éticos e racionais são submetidos ao exame de coerência e conformidade com a Constituição e os direitos fundamentais nela inscritos. O juízo jurídico de aplicação das normas, embora discursivamente diverso do debate legislativo, também está sujeito a valores morais expressos por meio de direitos fundamentais em uma constituição formal. Com efeito, o sistema de controle *post factum* pode e deve fazer redistribuições alocativas sob critérios de justiça (e não de eficiência) baseados nos direitos fundamentais. Essa alocação somente pode ser determinada substancialmente por meio de critérios abertos dos direitos fundamentais em face da moral, em razão de sua natureza principiológica. Se os direitos fundamentais atingem a própria liberdade do legislador, na condução de sua competência para distribuição de recursos orçamentários, o executivo e o judiciário também têm sua liberdade restringida.

Os direitos fundamentais são constitutivos para toda associação de membros jurídicos livres e iguais. Porém o autorreferencial da institucionalização jurídica da autonomia política é incompleto em pontos essenciais, só podendo ser materializados por meio do estabelecimento funcional de um poder do Estado dentro de parâmetros de justiça. As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia individual de cidadãos por meio da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social, estabilizando expectativas e realizando fins coletivos. Após analisar a teoria de Rawls, Dworkin (2010, p. 281) conclui que

a justiça enquanto equidade tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à igualdade de consideração e respeito, um direito que possuem não em virtude de seu nascimento, seus



méritos, suas características ou excelências, mas simplesmente enquanto seres humanos capazes de elaborar projetos e fazer justiça.

Alexy cita que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal afirma o efeito irradiador das normas de direito fundamental no sistema jurídico com o auxílio de conceito de ordem objetiva de valores. Segundo tal construção, as normas de direitos fundamentais não contêm apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado. Elas também representam “uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência”. O caráter objetivo das suas normas significa a afirmação dos direitos fundamentais como princípios supremos do ordenamento jurídico, para todos os ramos do direito, irradiando efeitos para o indivíduo e para a coletividade, pois o Estado tem de levá-las em consideração na elaboração e na aplicação das leis (ALEXY, 2008, p. 524-525).

Alexy (2008, 543-544) aponta as três consequências dessa irradiação a todos os ramos do direito: (i) eles limitam e determinam os possíveis conteúdos substanciais do direito ordinário, excluindo de antemão alguns conteúdos impossíveis e exigindo conteúdos necessários com base na Constituição; (ii) o sistema jurídico apresenta um caráter aberto, pois a estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais implica na necessidade de sopesamento para se chegar a uma decisão que apresentará a solução correta; (iii) a abertura do sistema jurídico pelos direitos fundamentais implica na sua abertura para a moral. Quanto a essa terceira consequência, explicita Alexy (2008, p. 544):

Isso é perceptível de forma clara no caso dos conceitos materiais básicos de direitos fundamentais, os conceitos de dignidade, de liberdade e de igualdade. Esses conceitos são, ao mesmo tempo, conceitos fundamentais da filosofia prática. Com eles, os princípios mais importantes do direito racional moderno são incorporados à Constituição e, com isso, ao direito positivo. A definição desses princípios e o sopesamento entre eles leva ao problema da justiça. [...] A irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da idéia de justiça a todos os ramos do Direito.



A eficiência econômica é uma meta coletiva a ser alcançada pela política, e não pelo direito. Todavia, ela concorre com outras metas coletivas, como a igualdade, que deve assegurar que nenhum grupo social tenha maior quinhão na distribuição de riqueza que outros em condição inferior. Assim, uma comunidade persegue diferentes metas ao mesmo tempo, metas que são mutáveis no decorrer de sua existência, ou circunstancialmente alteradas a depender da conjuntura. Em qualquer hipótese, o ônus da acumulação do capital e da elevação do padrão civilizatório não admite nunca uma solução definitiva. Nada obstante, podem ser formuladas as restrições éticas importantes aqui expostas, à vista de um critério distributivo que vise à fruição de direitos fundamentais como padrão de enfrentamento dessas questões.

## CONCLUSÃO

A acumulação do capital, assim como a concentração da propriedade por latifundiários ou dos mercados relevantes por agentes monopolistas ou oligopolistas, são inegavelmente danosas. A concentração subjetiva de recursos e bens, sob quaisquer de suas formas, gera um tipo de supremacia que retira o bem da esfera privada de seu detentor. Passa a se transformar em bem público, que deve ser objeto de escrutínio no debate político-jurídico. Não são mais mercadorias na acepção jurídica do termo; tornam-se bens públicos no sentido de que ultrapassa a esfera privada – não está a se referir à estatização ou à expropriação.

Tudo o que é desequilibrado e não harmônico um dia tende a entrar em colapso. Hábitos saudáveis e alimentação balanceada proporcionam saúde; do contrário, o corpo padece. Em uma economia o capital que irriga sistema financeiro, utilizando-se a metáfora do corpo humano, ocupa a função do sangue no sistema circulatório, pois faz com que os demais órgãos possam trabalhar em harmonia, alimentando-os com o oxigênio necessário e filtrando as suas impurezas. Se o sistema circulatório está funcionando bem, os demais órgãos do corpo (a economia) tendem a permanecer saudáveis. Do contrário, se a importância do sistema financeiro tende a superar a do próprio mercado (o da economia chamada “real”), o todo tende a entrar em colapso.



Não se defende aqui um novo modelo de intervencionismo econômico estatal que resulte na ineficiência das ultrapassadas economias estatais planejadas, mas uma concepção de economia moldada pela carga normativa dos direitos fundamentais capaz de enfrentar os riscos cada vez mais complexos em razão da maior interdependência das economias nacionais e da sua crescente financeirização. Também, ficou claro nesse aspecto, não se converge com um imperialismo econômico nas ciências sociais, mas também não se apoia um moralismo alheio à realidade global. É de se considerar que, com o nível de entrelaçamento das economias nacionais, notadamente nos mercados financeiros, é pragmaticamente impossível uma política nacional controlar efetivamente todas as etapas de seu desenvolvimento, sem que haja mecanismos institucionais de escala global. Sem esses mecanismos regulatórios de segurança, talvez seja impossível evitar que a próxima crise leve o mundo ao caos. Daí a necessidade dos critérios substantivos de alocação de recursos serem institucionalizados de uma forma global.

Como visto, a escolha política é informada por valores coletivos e pragmáticos, que nem sempre resultam na prevalência do discurso moral. Regulamentações que afetam interesses, especialmente aqueles que não são universais ou não são publicamente controversos, exigem uma orientação do legislador para a otimização dos direitos fundamentais, em uma perspectiva paretiana de que a regulamentação deve ser vantajosa para todos, não importando decréscimo de direitos para ninguém. No processo político, devem ser neutralizadas relações de poder econômico que possam determinar exclusões de direitos fundamentais, equilibrando interesses conflitantes. O poder social exercido por quem tem o controle da propriedade, do capital ou do mercado influencia de modo decisivo no poder político, no afã de obter o atendimento de seus interesses próprios, mantendo ou aumentando o seu controle social. O poder econômico facilmente se instala e se transforma no poder político. Assim, as negociações e o compromisso faticamente selado no processo legislativo devem se submeter a um juízo de validade pelo discurso moral, representado pelos direitos fundamentais, ou seja,



“seus resultados têm de ser compatíveis com princípios morais” (HABERMAS, 2003, p. 209).

Logo, o conteúdo moral do direito está intimamente interligado com os direitos fundamentais, que, portanto, devem servir de critérios indicativos para a distribuição de bens nas políticas públicas. O critério tem por destinatário o formulador (*a priori*) e o aplicador (*a posteriori*) da norma que as veicula. Outros critérios distributivos, como hereditariedade, (de)mérito, (des)apreço, amizade (ou inimizade) ou mesmo a espontaneidade da mão invisível do mercado e a decisão democrática por maioria podem coexistir na sociedade pluralista pós-moderna, mas não devem ser determinantes para o formulador e o aplicador das políticas públicas. Somente os direitos fundamentais devem ser incondicionalmente aplicados em face dos demais bens e valores sociais, na terminologia de Dworkin, funcionando como trunfos em face dos possíveis abusos.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FORRESTER, Viviane. **O horror econômico**. São Paulo: Unesp, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HIRSCHMAN, Albert O. Moralidade e ciências sociais: uma tensão duradoura. *In: A economia como ciência moral e política*. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KÜNG, Hans. **Uma ética global para a política e a economia mundiais**. Petrópolis: Vozes, 1999.
- NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NEVES, Rogério Telles Correia das Neves. **A política estatal de controle de preços no setor sucroalcooleiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.
- POSNER, Richard. **Economic analysis of Law**. New York: Aspen, 2003.
- RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SIMMEL, Georg. *In: SOUZA, Jessé; ÖELZE, Berthold (Orgs.). Simmel e a modernidade*. O dinheiro na cultura moderna. 2. ed. Brasília: UnB, 2005
- SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Curitiba: Juruá, 2009.
- SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



SOUZA, Jessé; ÖELZE, Berthold (Orgs.). **Simmel e a modernidade**. O dinheiro na cultura moderna. 2. ed. Brasília: UnB, 2005.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2002.