



CONSTITUIÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CAMINHOS PARA SUPERAÇÃO DA PERSPECTIVA TRADICIONAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA FACTIBILIDADE E DO DESENVOLVIMENTISMO¹

CONSTITUTION AND THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS: PATHS TO SURPASS THE TRADITIONAL PERSPECTIVE OF BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAW THROUGH THE PRINCIPLE OF FEASIBILITY AND DEVELOPMENT

Marco Aurélio Marrafon²

Ilton Norberto Robl Filho³

Resumo

A Teoria Constitucional contemporânea privilegia, a partir da concepção de Hesse, a busca por efetividade das normas constitucionais. Após a Constituição Federal brasileira de 1988, a doutrina jurídica brasileira desenvolveu relevantes reflexões, mas insuficientes para o adequado balizamento acerca da concretização das normas constitucionais, incidindo em argumentos negativos (reserva do possível) ou mesmo retóricos (p. ex. princípio da máxima efetividade). A incompletude teórica reside na valorização de instrumentos eminentemente jurídicos e processuais, porém sem a concessão do mesmo interesse sobre as garantias sociais e econômicas. Desse modo, este artigo sustenta que a adoção do princípio da factibilidade nos moldes propostos por Dussel e Hinkelammert dota a teoria constitucional de elementos analíticos mais adequados para efetivar a constituição. Ainda, os autores defendem o diálogo com a literatura do direito e desenvolvimento, a qual promove discussões sobre o Estado Constitucional que considera o referido princípio.

¹ Artigo recebido em: 02/03/2015, aprovação comunicada em 02/03/2015.

² Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (graduação, mestrado e doutorado). Presidente Executivo da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFPR, com estudos doutorais na Università degli Studi Roma Tre – Itália. E-mail: <marco_marrafon@yahoo.com.br>.

³ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e do Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). Diretor da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Doutor em Direitos Humanos e Democracia pela UFPR, com estudos doutorais na Faculdade de Direito da Universidade de Toronto (Canadá). Foi pesquisador Visitante do Max Planck em Heidelberg (Alemanha) e realiza pesquisa de Pós-Doutorado sobre Jurisdição Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). E-mail: <ilton@abdconst.com.br>.



Palavras-chave: Teoria Constitucional; Efetividade; Factibilidade; Desenvolvimento.

Abstract

Contemporary constitutional theory privileges, drawing on the ideas of Hesse, the search for effectiveness of constitutional norms. After the Brazilian Federal Constitution of 1988, Brazilian legal literature developed relevant, albeit insufficient, reflections over adequate form of concretion of constitutional norms, citing negative (reserve of the possible) and rhetorical (principle of maximum effectiveness) arguments. The theoretical incompleteness resides in the valuing of strictly legal and procedural instruments without the concession of the same interest to social and economic guarantees. Thus, this paper argues that the adoption of the principle of feasibility in the manner proposed by Dussel and Hinkelammert gives constitutional theory more adequate analytical instruments to make the Constitution effective. Still, the authors defend the dialogue with the literature of law and development, which promotes discussions over the Constitutional State and Rule of Law that take in consideration the mentioned principle.

Keywords: Constitutional theory; Effectiveness; Feasibility; Development.

1 INTRODUÇÃO

A Organização do *Primer Seminario Internacional del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Pablo de Olavide*, sobre o tema *Derechos Humanos y Desarrollo: Diálogos Hispano-Brasileños sobre Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, propôs a seguinte pergunta para discussão: ainda serve dogmática tradicional dos direitos fundamentais para os problemas de eficácia? Este texto é uma versão ampliada e revista da apresentação realizada em outubro de 2014 no citado Seminário⁴.

Em primeiro lugar, não vamos desenvolver de forma direta a dogmática tradicional nos direitos fundamentais, e sim o papel da teoria da constituição na discussão e na busca por efetividade das normas jusfundamentais. Tanto a teoria tradicional da constituição como a teoria constitucional da efetividade desenvolvida no Brasil são parcialmente insuficientes para enfrentar o problema da efetividade dos direitos fundamentais. Defende-se a necessidade de aproximar a reflexão constitucional a) de categorias específicas da filosofia do direito (princípio da factibilidade); e b) do campo do direito e desenvolvimento.

⁴ O autor Ilton Norberto Robl Filho teve suas despesas para participação no evento custeados por bolsa de auxílio para participação de evento no exterior da CAPES.



Assim, a formação da teoria da constituição tradicional e os direitos fundamentais, levando em consideração principalmente a literatura tedesca, é objeto da seção II. Por sua vez, na seção III, analisa-se a teoria da constituição após o período de redemocratização e da ditadura militar brasileira de 1964-1985. O item IV apresenta o princípio da factibilidade e sua possibilidade de adoção nas reflexões constitucionais.

Na seção V, de outro lado, demonstra-se como as discussões de direito, instituições e desenvolvimento surgiram, assim como desenvolvem reflexões sobre o direito constitucional que considera, apesar de não citar expressamente, o princípio da factibilidade. Desse modo, o item V.1 apresenta algumas premissas teóricas e históricas do desenvolvimentismo, já a subseção V.2. enfrenta a contribuição desse campo no Estado Constitucional. Por fim, a seção VI formula as considerações finais.

2 FORMAÇÃO DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO TRADICIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O campo específico da teoria da constituição surge com forte influência de categorias, problemas e institutos a partir das reflexões iniciadas nas décadas de 20 e 30 do século passado pela “Verfassungslehre” alemã. Nesse contexto, trabalhos de Herman Heller, Rudolf Smend e Carl Schmitt, apesar de apresentarem conceitos substancialmente diferentes, desenvolveram um conjunto de elementos que, de certa forma, unificavam as suas teorias como: i) buscar a compreensão sobre a crise do constitucionalismo liberal; ii) superar o positivismo jurídico e desenvolver uma teoria da constituição atenta ao momento constitucional e as mudanças sociais, políticas e econômicas do seu tempo; iii) construir uma teoria normativa da política a partir de uma “ciência do Estado”. (CANOTILHO, 2002, p. 1316-1317)

A obra de Loewenstein, por sua vez, propôs reflexões e revisões na teoria da constituição depois da Segunda Guerra Mundial e dos regimes totalitários. Nesse novo contexto histórico, observou-se uma aproximação da teoria da constituição dos debates da ciência política, em especial a americana, e inicia-se um processo de observação sobre a força normativa da Constituição. Karl Loewenstein publica em 1957 “*Political Power and the Governmental Process*” em língua inglesa. Em 1958,



foi publicada uma tradução do referido livro em alemão com outro título “*Verfassungslehre*” (Teoria da Constituição).

Especialmente, sobre os direitos fundamentais, afirmava Loewenstein (1983, p. 400-401) a impossibilidade de apenas reconhecer a titularidade das liberdades civis e políticas para os trabalhadores, impondo-se a regulamentação das relações de trabalho, o estabelecimento de salário mínimo, o direito à educação e outros direitos sociais. Mesmo observando a tensão entre direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais sociais, já que a concretização destes impõe alguma restrição naqueles, nota que a visão social de seu tempo requereria a concretização de valores individuais e sociais.

Ainda, uma democracia constitucional deve permitir igual acesso das ideologias rivais para os grupos pluralistas que buscam a aceitação dos eleitores e dos cidadãos. A construção democrática é pautada no livre debate de ideias para o desenvolvimento de uma opinião pública esclarecida. Sendo assim, há necessidade de liberdade de imprensa e de liberdade política, além de acesso relativamente igualitário aos meios de imprensa e divulgação das ideias dos grupos sociais e políticos, organizados principalmente em partidos. (LOEWENSTEIN, 1983, p. 418-419)

Por sua vez, a obra de Hesse produziu grande impacto na Teoria da Constituição. Em aula inaugural proferida na Universidade de Freiburg em 1959 (MENDES, 1991, p. 05), o professor alemão Konrad Hesse insurge-se contra a tese de Ferdinand Lassalle (2001, p. 9-10), que, ao entender que a essência da Constituição se realiza como uma lei básica, suporte de validade de todas as outras leis e tipificada pela necessidade, defende que a Constituição formal (jurídica) não tem valor.

Em verdade, seriam os fatores reais de poder vigentes em determinado país que possuem a força ativa e irradiante de promover a organização social e a efetividade (ou não) dos direitos (LASSALE, 2001, p. 40). Nessa leitura, o texto normativo constitucional apenas será eficaz se reproduzir fielmente as normas não escritas que imperam na realidade social.

Opondo-se a tal concepção realista da Constituição, denegatória da autonomia do Direito e de sua força normativa em face das relações de poder,



Hesse propõe três questões fundamentais que, respondidas, trariam luz à questão. São elas:

1º) Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional?; 2º) Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? 3º) Não seria essa força senão uma ficção necessária para o constitucionalista, que tentar criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando, na realidade, outras forças mostram-se determinantes? (HESSE, 2001, p. 1991, p. 11-12)

Ao respondê-las, Hesse reconhece a existência de condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. Essas questões não podem ser analisadas isoladamente, sob pena de levar “quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento de realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo”. (HESSE, 2001, p. 13)

Considerado esse condicionamento, o professor alemão propõe que entre as teses puramente formalistas ou exclusivamente realistas, há um terceiro caminho: a pretensão de eficácia. A partir dessa concepção, entende-se que toda Constituição possui uma essência que deseja ser realizada, respeitando-se as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. (HESSE, 2001, p. 13-14)

Desse modo, a pretensão de eficácia é elemento autônomo que vem associado às condições de sua realização e faz com que a Constituição não seja mera expressão do “ser”, mas constitua também um “dever ser”, o qual procura imprimir uma ordem e conformação à realidade política e social. (HESSE, 2001, p. 15) A Constituição jurídica estabelece uma relação de coordenação com a realidade e sua força normativa reside na capacidade de realizar sua pretensão de eficácia.

Por isso, a Constituição formal deve converter-se em força ativa e impor tarefas, ainda que respeitando a situação histórica concreta e suas condicionantes. Essa força ativa depende da consciência geral em que esteja presente a “vontade de Constituição”, ou seja, a vontade de concretizar a ordem constitucional independente dos juízos de conveniências. (HESSE, 2001, p. 19)

Essa “vontade de Constituição” se origina, primeiro, na “compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme”. (HESSE, 2001, p. 19) Implica,



também, no entendimento de que essa ordem não é apenas legitimada pelos fatos, mas demanda um constante processo de legitimação e apenas será eficaz com o concurso da vontade humana. (HESSE, 2001, p. 19-20)

Nessa perspectiva, o desenvolvimento de forma ótima da força normativa da Constituição deve observar alguns pressupostos. Primeiro, ela será maior quanto mais o conteúdo corresponder aos elementos sociais, políticos e econômicos do presente. (HESSE, 2001, p. 20) A Constituição deve também possuir capacidade de maior adaptação às mudanças das condições fáticas, o que impõe que ela se limite a poucos princípios fundamentais e não se apoie apenas em uma estrutura unilateral, conciliando estruturas contrárias. (HESSE, 2001, p. 21)

Além do conteúdo, a práxis – entendida como “vontade de Constituição” compartilhada por todos os partícipes da vida constitucional – é decisiva para o desenvolvimento ótimo da sua força normativa (HESSE, 2001, p. 21-22). Essa vontade demanda sacrifícios para que haja o respeito à Constituição e impõe que sejam repelidos impulsos de reforma constitucional fácil, ainda que momentaneamente mais cômodos (HESSE, 2001, p. 22).

Também a interpretação contribui decisivamente na consolidação da força normativa da constituição. O intérprete deve buscar a melhor adequação do sentido das proposições normativas, observando as condições reais dominantes no contexto em que se apresenta. (HESSE, 2001, p. 22-23) Para Hesse (2001, p. 23), é importante que a interpretação mude quando haja mudança nas relações fáticas (mutação constitucional), respeitando, todavia, os limites estabelecidos pela proposição jurídica.

3 TEORIA DA CONSTITUIÇÃO APÓS O PERÍODO DE REDEMOCRATIZAÇÃO: O CASO BRASILEIRO E A BUSCA POR EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Contemporaneamente, a democracia constitucional encontra grande acolhida como ideal regulativo em muitos países e em especial nas sociedades democráticas ocidentais. Esse panorama é completamente diverso do contexto de reflexão de Loewenstein e Hesse. Apesar de observar na Alemanha na década de 50 um compromisso com a efetividade constitucional após o regime totalitário



nazista, ocorreu uma onda de governos autoritários na África, na América Latina e alguns países europeus (Espanha e Portugal), não se olvidando ainda da experiência brutal, principalmente para os direitos individuais e políticos, do socialismo real.

Os governos autoritários, em maior ou menor medida, mas sempre de forma intensa, violam os direitos fundamentais. Com o advento de constituições democráticas após regimes autoritários, o tema da efetividade de suas normas entre em pauta definitivamente e a influência das reflexões de Hesse é nítida.

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se a elaboração de importantes reflexões teóricas sobre a efetividade das normas de direitos fundamentais⁵. Conforme sustenta Ferraz Jr. (2008, p. 168), efetividade significa sucesso normativo, isto é, a prescrição normativa concretamente regulamenta a vida social. Especialmente no campo dos direitos fundamentais, é necessário analisar se os direitos individuais, políticos, sociais, culturais, difusos, individuais homogêneos são protegidos e promovidos, sendo realidade na vida de pessoas e de grupos.

Para promover a efetividade das normas constitucionais e, em especial, as normas de direitos fundamentais, há necessidade de criação de garantias sociais, políticas e jurídicas⁶. As garantias sociais encontram-se satisfeitas quando o Estado e a sociedade concedem as condições materiais adequadas para os seus membros. Desse modo, há necessidade de geração de riqueza e sua distribuição. Na visão de Barroso (2009, p.120), trata-se de uma questão fática que precisa estar presente para que ocorra o pleno gozo e a efetivação dos direitos fundamentais.

De outro lado, as garantias políticas encontram-se na separação de funções entre os poderes (órgãos de soberania), assim como no controle e na interação recíproca entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Esse modelo institucional promove importante limitação do Estado e, por consequência, a concretização dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2009, p. 120)

⁵ Sobre a teoria constitucional da efetividade, cf. Barroso (1996).

⁶ O tema das garantias necessárias para a efetividade das normas de direito público em geral encontra-se em Jellinek, 1958, p. 637-642. Apesar de Barroso (2009, p. 119) inspirar-se na obra de Jellinek, os significantes garantias sociais, políticas e jurídicas possuem significados não totalmente semelhantes nas obras dos dois autores.



No entanto, são as garantias judiciais as mais valorizadas pela teoria da constituição da efetividade brasileira, pois se encontram mais próximas dos indivíduos na visão dessa teoria. Essa proximidade existe, já que, existindo violação do direito, pode o cidadão requer a proteção judicial ao seu bem jurídico violado. (BARROSO, 2009, p. 121-122)

A teoria da constituição da efetividade brasileira adequadamente valorizou a promoção dos direitos fundamentais por meio de ações judiciais. De outro lado, não aprofundou, pelo menos não na mesma intensidade, a) a reflexão sobre as garantias sociais e políticas; e b) não analisou de forma sistemática e profunda o impacto da judicialização dos conflitos na efetividade dos direitos fundamentais.

Assim nos parece que a adoção do princípio da factibilidade, conforme será exposto abaixo, pode produzir interessantes contribuições para a teoria constitucional da efetividade no Brasil.

4 O PRINCÍPIO FACTIBILIDADE E O INCREMENTO DA PRETENSÃO DE EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO

O princípio factibilidade é uma ideia emprestada da proposta apresentada por Enrique Dussel (2000) no livro *Ética da libertação – na idade da globalização e da exclusão*. Nessa obra, o filósofo argentino elabora um consistente fundamento teórico para a conciliação entre as exigências de conteúdo material e validade formal na formulação normativa da ação ética.

Dussel verifica que o agir ético, o qual se encontra tradicionalmente no campo do “dever ser”, e suas normas sejam concretizados no mundo real, empírico, produzindo efeitos bons e úteis – daí a necessidade do terceiro princípio ou momento de realização ética – o da operabilidade ou factibilidade. Esse princípio pode gerar interessantes consequências no estudo da pretensão de eficácia da Constituição e sua justificação racional, já que diz respeito justamente à possibilidade ou impossibilidade do objeto prático da norma ética, regida pelas condicionantes econômicas e tecnológicas do ambiente em que é formulada (DUSSEL, 2000, p. 265).



Em sua leitura, Dussel recorre às formulações de Franz Hinkelammert. Este autor, ao constatar a incapacidade humana para alcançar conhecimentos perfeitos, afirma o princípio geral empírico da impossibilidade enquanto categoria das ciências sociais. (HINKELAMMERT, 1986, p. 171) Por outro lado, o possível é o resultado da submissão do impossível ao critério de factibilidade, sendo os deveres ético-normativos exigíveis dentro dos quadros de factibilidade da ação proposta. (HINKELAMMERT, 1986, p. 18) Nas palavras de Hinkelammert (1986, p. 18):

qualquer imaginação da 'melhor sociedade possível' tem que partir da 'melhor sociedade concebível'. (...) *Por isso, o conteúdo do possível é sempre algo impossível, mas que dá sentido e direção ao possível, em cujo quadro se apresentam as valorações arbitrárias.* Ou seja, todo possível existe em relação a uma plenitude impossível, em referência à qual é experimentado e argumentado o quadro do possível.

A partir dessa base, Dussel defende que o princípio operabilidade/factibilidade trabalhe com uma racionalidade estratégica. Assim, a partir da consideração do horizonte ideal, pode-se enfrentar o problema da efetividade normativa a partir dos seguintes níveis de factibilidade: i) impossibilidade lógica; ii) possibilidade lógica: impossibilidade empírica; iii) possibilidade empírica: impossibilidade técnica (não factibilidade); iv) factibilidade técnica: impossibilidade econômica etc.; v) possibilidade econômica: impossibilidade ética; vi) possibilidade ética: princípio da operabilidade; vii) processo efetivo de realização; viii) consequências a curto prazo e longo prazo (institucionalidade); ix) processo de legitimação e coerção legal. (DUSSEL, 2000, p. 267)

Sem desconsiderar as diferenças e a necessidade de adequações das categorias, a análise desses níveis, ou melhor, dessas regras oriundas do princípio geral de factibilidade, inspira a delimitação de critérios a serem considerados em uma teoria da pretensão de eficácia da decisão em sede de jurisdição constitucional. Vejamos.

Com efeito, em atendimento ao primeiro nível (impossibilidade lógica), uma norma ou decisão constitucional, para ser eficaz, deve primeiro ser logicamente válida – do ponto de vista interno (não conter contradições performáticas) – e externo (coerência e consistência em relação à Constituição). Pelo segundo critério (possibilidade lógica: impossibilidade empírica), a decisão, ainda que lógica e



normativamente possível, não pode ser empiricamente impossível. Por exemplo, o direito à saúde é normativamente válido, mas não é empiricamente possível que uma decisão determine que pessoas não fiquem doentes.

Superadas as etapas iniciais, o terceiro critério (possibilidade empírica: impossibilidade técnica) impõe que a decisão seja tecnicamente possível. Por exemplo, não adianta, com base nas duas primeiras regras, condenar o Estado a tratar um paciente de doença grave – o que em tese é possível empiricamente –, mas o estado-da-arte da técnica médica não permite que o tratamento seja eficaz.

Imaginemos o caso de um cidadão portador do vírus HIV que tivesse proposto uma ação no ano de 1989, exigindo medicamentos que curem sua doença, quando a eficácia dos tratamentos ainda era muito rudimentar e duvidosa. Lembrando-nos de Hesse, a interpretação deve se adaptar às mudanças nos condicionamentos técnicos. Em relação ao exemplo do paciente portador de HIV, dez anos depois (1999), a mesma decisão seria possível com a evolução das técnicas de controle da doença com os coquetéis antirretrovirais.

O quarto critério (factibilidade técnica: impossibilidade econômica) diz respeito à superação da factibilidade técnica, mas limitação em face da impossibilidade econômica. Neste ponto, a interpretação da impossibilidade econômica deve ser restritiva e devidamente demonstrada.

Há que se considerar também – mais uma vez observando a exigência hessiana de adaptação às transformações nas condicionantes fáticas – que o desenvolvimento de novas tecnologias e métodos de produção, bem como as políticas estatais, pode levar ao barateamento dos produtos/medidas demandadas e permitir com que haja possibilidade econômica. Retomando o exemplo concreto do coquetel anti-HIV, ficou claro que a possibilidade de produção em massa dos medicamentos, aliada a medidas governamentais (quebra de patentes e produção de medicamentos em laboratório públicos), tornou possível superar a impossibilidade econômica de fornecimento universal aos cidadãos que dele necessitavam.

Por sua vez, a quinta regra (possibilidade econômica: impossibilidade ética), quando adotada na teoria do direito, parece indicar que mesmo uma norma válida, possível empírica, técnica e economicamente, pode, em situação muito excepcional, deixar de ser aplicada caso gere uma decisão insuportavelmente injusta. Desse



modo, transpassadas as inconsistências lógicas, empíricas, técnicas, econômicas e éticas, há necessidade de tornar operável (sexto critério - possibilidade ética: princípio da operabilidade) o parâmetro indicado como processo efetivo de realização (sétimo momento) importa em consideração do modo de efetivação da decisão.

De outro lado, as consequências em curto prazo e longo prazo (institucionalidade representativa do oitavo critério) vislumbram os efeitos de uma decisão constitucional de índole substancial no controle do orçamento público ou mesmo na estrutura de separação dos poderes. Por fim, o último critério (nova regra sobre processo de legitimação e coerção legal) traz à luz o problema da eficácia prática ante o caráter imperativo do Direito. Sobre o último critério, por exemplo, espera-se que a ordem judicial sobre concessão de remédios para portadores de HIV seja cumprida pelo reconhecimento de sua legitimidade e autoridade ou, de maneira anômala, pelos mecanismos de coerções legal e estatal, sob pena de configurar mera decisão figurativa, de caráter retórico-simbólico.

Essas diretrizes sedimentam a ideia da eficácia progressiva das normas constitucionais protetoras dos direitos fundamentais e sociais (inclusive com cláusula de proibição de retrocesso), sem recair em falácias argumentativas que, através do culto de conceitos abstratos de “dever-ser jurídico”, acabam por ignorar a realidade e negar a efetividade a direitos constitucionalmente garantidos com base em argumentação vazia ou desprovida de qualquer comprovação empírica.

5 EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIO DA FACTIBILIDADE NO CAMPO DAS INSTITUIÇÕES E DESENVOLVIMENTO

5.1 Premissas Teóricas e Históricas

O campo de estudo denominado “direito e desenvolvimento”, mesmo sem fazer referência ou trabalhar com o referencial teórico expresso das obras de Dussel e Hinkelammert, realiza seus estudos a partir das considerações dos diversos estágios do princípio da factibilidade. Desse modo, o conhecimento e a discussão



com essa literatura é essencial para desenvolver com maior consistência da teoria da efetividade constitucional.

O tema do desenvolvimento desponta como um assunto próprio após a Segunda Guerra Mundial. Diversas foram as questões que auxiliaram no desenvolvimento deste tema. Como coloca Arndt (1987, p. 1-2), a questão do desenvolvimento não era posta de maneira autônoma pela literatura de ciências sociais. Apesar de o tema do desenvolvimento atualmente ser bastante interdisciplinar com estudos voltados para Cultura, Sociologia, Filosofia, Direito, Administração e Geografia, originalmente tratava-se de um tema por excelência Econômico.

Com o final da Segunda Guerra Mundial, gradativamente o mundo vai sendo dividido politicamente em dois: capitalismo e socialismo. De certa forma, os estudos desenvolvimentistas surgem como uma resposta capitalista para a necessidade de crescimento dos países do terceiro mundo ou pobres⁷.

Em um primeiro momento, existiu dificuldade dos juristas serem integrados nos projetos desenvolvimentistas que seriam aplicados no Terceiro Mundo. Essa visão ocorria pela forte ênfase dada ao papel econômico, acreditando que as mudanças jurídicas seriam uma consequência das alterações econômicas. (TRUBEK; GALANTER, 2009, p. 128-129)

De outro lado, gradativamente a função do Direito para a construção do desenvolvimento começou a ser valorizada, sendo possível a inserção de juristas na efetivação desses projetos. Contemporaneamente, observar-se uma grande relevância dos estudos jurídicos no campo desenvolvimentista com reconhecimento de importantes elementos do princípio da facticidade em Douglas North.

Douglas North (1995), publica o artigo “The New Institutional Economics and Third World Development”. Nesse texto, são analisadas como as instituições produzem impactos negativos e positivos nas relações sociais.

⁷ Como bem coloca Bercovici (2005, p. 45), o tema desenvolvimentista foi precedido pela crise no pensamento marginalista principalmente a partir da crise econômica mundial em 1929. Ainda, o tema do desenvolvimento foi influenciado pelo substancial papel do Estado no pensamento de Keynes.



North (1995, p. 23) define as instituições como as normas que guiam as ações sociais, podendo essas normas serem formais ou informais. Estas são os costumes e autorrestrições individuais e aquelas as leis, os precedentes judiciais e os atos administrativos.

As instituições são construídas por organizações, que são definidas como um conjunto de indivíduos que buscam alcançar certos objetivos (NORTH, 1995, p. 23). Há diversos tipos de organizações como políticas, econômicas, sociais e educacionais. São exemplos das primeiras assembleias legislativas, das segundas empresas, das sociais igrejas e clubes e das últimas universidades e escolas.

Existem cinco proposições que apresentam questões essenciais das instituições: i) a interação entre instituições e organizações a partir da escassez de recursos e da competição é motor das mudanças institucionais; ii) as organizações continuamente investem no desenvolvimento de habilidades e na produção de conhecimentos, as quais modificam as instituições; iii) o quadro institucional informa as qualidades que são mais valorizadas; iv) as percepções das qualidades almejadas são construídas mentalmente pelos jogadores institucionais; e v) a partir do momento em que há o estabelecimento de instituições, essas instituições tendem como regra a permanecerem. (NORTH, 1995, p. 23)

Como nem todas as instituições são economicamente eficientes, há necessidade de alterar as que não são efetivas. Sobre o processo de reforma das instituições ineficientes, North (1995, p. 24-26) apresenta algumas considerações.

No processo de reforma institucional, é preciso alterar tanto as regras formais como as informais. Não basta alterar normas, precedentes e atos administrativos, devendo modificar principalmente as normas informais. Esse é o ponto que a maior parte das alterações desenvolvimentistas produzidas na América Latina falhou. Os reformadores desenvolvimentistas dos anos noventa do século passado, por exemplo, acreditavam equivocadamente que mudando as leis e os marcos regulatórios facilmente as instituições seriam modificadas. (NORTH, 1995, p. 25)

A grande questão é que ocorreram mudanças formais, mas que não foram substancialmente efetivadas em razão de as regras informais vigentes nos países reformados não estarem em conformidade com essas alterações. Tal fato deve-se a



implantação de transplantes de instituições que não guardam relação com os costumes e as diversas normas sociais informais vigentes nos países latino-americanos⁸. Nessas considerações teóricas e práticas do neoinstitucionalismo, há clara incorporação das importantes medições empírica, técnica e econômica do princípio da factibilidade, além da relevância de operacionalizar decisões e regras sociais e jurídicas sem desconsiderar a importância da coerção legal e institucional, que é o último momento do citado princípio.

5.2 Direito, Instituições e Desenvolvimento

Juristas, principalmente da tradição da “common law”, estabeleceram o campo do direito e desenvolvimento com contribuições das dimensões do princípio da factibilidade, as quais podem ser, após discussão e reflexão, caminhos interessantes para a teoria constitucional da efetividade. Nesse sentido, encontra-se a contribuição de Trebilcock e Daniels (2008), os quais são autores do livro “Rule of Law Reform and Development”, que versa sobre instituições fundamentais para a promoção do Império do Direito (“Rule of Law”) e do Estado Constitucional.

Como a proposta dos autores tem por objetivo trazer algumas análises para diversos países que se encontram dentro do paradigma do Estado Constitucional democrático contemporâneo, Trebilcock e Daniels (2008, p. 12-28) evitam trabalhar tanto com um conceito amplo de Império do Direito como com um conceito estreito. De outro lado, a visão de Trebilcock e Daniels (2008, p. 25-29) sobre o Império do Direito de Trebilcock e Daniels (2008, p. 25-29) incorpora as reflexões de Amartya Sen e as contribuições neo-institucionalistas de North.

No que se refere às concepções de Sen, há a defesa da proposta de que o desenvolvimento deve necessariamente ser um instrumento de ampliação da capacidade dos indivíduos e grupos, a qual significa a possibilidade de os seres humanos atuarem de forma autônoma e livre. Para que seja possível efetivar as capacidades são necessárias as liberdades políticas, as facilidades econômicas e as

⁸ Nas palavras de North (1995, p. 25), “The implication is that transferring the formal political and economic rules of successful Western market economies to Third World and Eastern European economics is not a sufficient condition for good economic performance. Privatization is not a panacea for solving poor economic performance”.



garantias de transparência⁹. Na concepção de Sen, são essenciais todos os momentos do princípio da factibilidade, já que há necessidade de possibilidade lógica, empírica, técnica e econômica para as capacidades, que promovem a autonomia ética das pessoas, sejam operacionalizadas e garantidas.

Sobre as influências da nova economia institucional, observa-se a importância do Império do Direito e do Estado Constitucional para a concretização de um ambiente social propício ao crescimento econômico e ao desenvolvimento. Ainda, há a importante questão de que não se pode levar em conta apenas as normas formais, sendo essencial a compreensão de como as normas informais regulam a vida em sociedade. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 28-29)

Para observar se as instituições sociais e jurídicas auxiliam na efetivação das capacidades e no crescimento econômico, Trebilcock e Daniels (2008, p. 29-37) propõem um conjunto de valores que deveriam guiar o balanço acerca das instituições. Esses valores são reunidos em três grupos: valores processuais, valores institucionais e valores referentes à legitimidade.

Os valores processuais são compostos por transparência, previsibilidade, estabilidade e coercibilidade. A transparência é integrada pela necessidade de publicar e tornar acessível aos destinatários os atos normativos, assim como eles serem acessíveis aos cidadãos. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 29-30)

⁹ A proposta de Amartya Sen claramente auxilia na construção de uma Teoria Constitucional da Efetividade, concedendo especial ênfase na forma pela qual as garantias sociais auxiliam na efetivação de direitos fundamentais e da democracia. De acordo com Sen (2005, p. 19-20), “se as mulheres recebem alguns direitos, que não possuíam antes, através de um processo de reforma, isso pode parecer um desenvolvimento jurídico, e de certo modo é. E, no entanto, se o objeto do desenvolvimento jurídico é o dar às mulheres direitos que elas podem exercer, então este suposto desenvolvimento jurídico pode ser esvaziado, se as mulheres não conseguirem exercer de fato qualquer destes direitos em função, digamos, do analfabetismo. A própria ideia de desenvolvimento jurídico pode então, como neste exemplo, depender de características sociais ou econômicas [...]. Este é o ponto básico aqui. O desenvolvimento jurídico – para manter o exemplo inicial – não é constituído apenas pela lei que o sistema judicial formalmente aceita e declara. O desenvolvimento jurídico deve, constitutivamente, aperfeiçoar a capacidade das pessoas – sua liberdade – para exercer os direitos e as garantias associados com o progresso jurídico. Dada esta necessidade de integridade conceitual (neste caso, a necessidade de encarar o desenvolvimento jurídico não apenas em termos de legislação e leis, mas de liberdades efetivas e capacidades), todos os instrumentos que influenciam de maneira causal estas liberdades precisam ser levados em conta, ao avaliar o progresso no desenvolvimento de um sistema jurídico e judicial de sucesso”.



Também é necessário que as razões no processo de tomada de decisão e o próprio processo sejam públicos (não secretos). A publicidade também é essencial para as decisões tomadas pelos aplicadores do direito em geral. Nesse sentido, a transparência auxilia na efetivação da participação popular no controle e influência das instituições por meio da democracia deliberativa. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 30)

A previsibilidade, por sua vez, impõe que os atos normativos e as decisões sejam efetivados de maneira previsível e consistente sem influências negativas da corrupção, da elite e de discriminações de gênero, etnia e religião. Já a estabilidade significa que importantes normas sociais com forte relevância social não podem ser alteradas frequentemente e de maneira súbita. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 30)

Por fim, o último valor processual diz respeito à coercibilidade, a qual determina que as leis e os atos normativos necessitam ser garantidos pelo Estado, o qual por meio dos seus órgãos e agentes, principalmente o Judiciário, deve aplicar as sanções àqueles que descumprem as prescrições normativas. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 30)

No que se aos valores institucionais, há a independência e a “accountability” (responsividade). Tratam-se de valores que necessitam ser avaliados de maneira conjunta, além de o conteúdo desses valores serem bastante controvertidos. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 30-31)

Refletir sobre a independência é pensar a independência de quem frente a quem, além de analisar qual a função da independência. Sobre a “accountability”, deve-se colocar a questão de quais órgãos e pessoas possuem responsabilidade frente a que órgãos e pessoas, assim como quais são os critérios que permitem mensurar a responsividade. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 30)

Importante observar que a plena independência é um desejo irrealizável, não sendo ainda socialmente desejável. A total independência gera autoridades não responsivas e tendentes ao autoritarismo (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 30). Desse modo, a independência necessita ser acoplada à “accountability”.



A descrição sobre as características da independência institucional não é fácil, já que cada instituição específica possui questões peculiares sobre o tema da independência (Judiciário, Ministério Público, polícia e etc.). Ainda, a questão da independência depende de variáveis como história institucional, tradições jurídicas e sociais e peculiaridades culturais. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 31)

Apesar dessas questões, há grandes ideias que podem guiar o tema da independência institucional. Por exemplo, a independência judicial impõe que juízes e Tribunais devem julgar em conformidade com os fatos comprovados e o sistema jurídico posto, não sendo influenciados pelo poder de partidos políticos, pela coerção de grupos de poder e pelos benefícios ilícitos da corrupção. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 31)

No que se refere à “accountability” judicial, há a necessidade i) de juízes de primeiro grau poderem ter suas decisões contestadas nos Tribunais; ii) de existir análise disciplinar das ações dos magistrados; e iii) de um sistema de emprego eficiente de recursos e do tempo processual. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 32)

Sobre os valores referentes à legitimidade, nos Estados Constitucionais democráticos a legitimidade advém principalmente de regras, princípios, processos e instituições democráticas (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 34). Feitas essas ponderações, os autores analisam diversas instituições como o Judiciário a partir da independência, da “accountability” e da legitimidade.

Acerca da independência judiciária, ela tem sido posta como essencial para a “accountability” do Poder Executivo. A independência impõe que os magistrados apliquem as normas e o sistema jurídico para resolver os conflitos, agindo assim de maneira independente (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 61).

A liberdade de expressão dos juízes deve ser garantida assim como dos demais cidadãos, sendo fundamental a existência de condições para a concretização da jurisdição, a previsão de estabilidade no cargo para os juízes, a remuneração adequada e a existência de um processo de apuração disciplinar dos atos dos magistrados.

Também, a independência judicial impõe um processo de preenchimento dos cargos da magistratura que valoriza o mérito. A independência também impõe



um mecanismo de promoção funcional adequado com valorização meritocrática. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 62)

O judiciário também pode ter sua independência atacada quando não possui recursos adequados para o bom desenvolvimento das suas funções, necessitando submeter-se ao Executivo e ao Legislativo (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 63). Esse tema é muito importante, pois não basta a existência de recursos adequados, sendo imperioso que a alocação dos recursos seja feita eficiente e responsivamente.

A “accountability”, por sua vez, é dividida em operacional, de decisão e de comportamento. Sobre a “accountability” operacional, a principal questão versa sobre o número de casos julgados e o tempo despendido em cada processo.

Essa modalidade de responsividade impõe transparência nos diversos atos tomados pelos juízes e cortes como utilização de recursos e promoções (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 63). Corretamente, Trebilcock e Daniels (2008, p. 63) asseveram que apenas a independência financeira do judiciário não produz “accountability” operacional, sendo a inexistência dessa forma de responsividade um dos grandes problemas do judiciário latino-americano.

De outro lado, a “accountability” das decisões versa sobre a qualidade das decisões e das suas razões. Essa modalidade trata-se da mais difícil de ser alcançada. Há necessidade de as decisões e sentenças judiciais não serem influenciadas diretamente por outros poderes estatais ou sociais, assim como existir publicação e acesso ao processo de tomada de decisão. A participação das partes e interessados no processo de tomada de decisão judicial e possibilidade de revisão das decisões por meio de controle de constitucionalidade também fazem parte dessa modalidade de responsividade. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 64)

A última modalidade de “accountability” prescreve que as condutas dos magistrados devem ser responsivas, evitando assim violação aos deveres dos magistrados, corrupção e exercício inadequado da jurisdição. Em diversos países, foram criados “ombudsmen” judicial e conselhos judiciais para exercer essa função.

Importante observar que a “accountability” é complementar ao tema da independência, mas esses valores encontram-se constantemente em tensão. Não é



diferente com as três modalidades de responsividade, as quais, apesar de se complementarem, são postas em constante conflito em diversas situações (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 65). Por fim, o judiciário deve ser visto como legítimo pelos diversos atores sociais. A independência e a “accountability” judiciais em muito auxiliam na obtenção da legitimidade. (TREBILCOCK; DANIELS, 2008, p. 67)

6 CONCLUSÃO

A doutrina constitucional da efetividade ocupou e possui lugar de destaque na compreensão das normas constitucionais e na busca por eficácia social dos seus comandos normativos. Originalmente, essa teoria constitucional, após o advento da Constituição Federal de 1988, concedeu ênfase nas garantias jurídicas e processuais na concretização das regras, princípios e valores constitucionais.

Sem desconsiderar a importância das garantias processuais, devem ser analisadas as garantias sociais e econômicas elementares na efetividade dos comandos constitucionais. Nesse sentido, o princípio da factibilidade com seus nove momentos enriquece teoricamente o debate, além de orientar a prática constitucional de forma mais adequada.

Não restam dúvidas de que as questões lógicas, empíricas, econômicas, técnicas e éticas não podem, em absoluto, ser desconsiderados na concretização constitucional. Ainda, a operação de tornar as decisões constitucionais reais, cerne do princípio da factibilidade, toma em decisão os impactos da atuação estatal e social, assim como as medições institucionais, legais e coercitivas.

Apesar de o campo do direito e desenvolvimento não fazer menção explícita ao princípio da factibilidade, autores como North, Sen, Trebilcock e Daniels desenvolvem suas reflexões sobre o Império do Direito e o Estado Constitucional a partir da observância das regras do citado princípio. Desse modo, novos caminhos da teoria constitucional da efetividade podem ser construídos em debate com essa literatura.



7 REFERÊNCIAS

- ARNDT, H. W. **Economic development: the history of an Idea**. Chicago: University of Chicago, 1987.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Tradução Ephraim Ferreira Alves et al. Petrópolis: Vozes, 2000.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2008.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HINKELAMMERT, Franz J. **Crítica da razão utópica**. São Paulo: Paulinas, 1986.
- JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução de Fernando de los Ríos Urruti. 2. ed. Mexico DF: Continental, 1958.
- LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 3. reimp. Barcelona: Ariel, 1983.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- NORTH, Douglas. The new institutional economics and third world development. In: HARRIS, J. et al (eds.). **The new institutional economics and third world development**. London: Routledge, 1995, p. 17-27.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- TREBILCOCK, Michael J.; DANIELS, Ronald J. **Rule of law reform and development: charting the fragile path of progress**. Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2008.
- TRUBEK, David M.; GALANTER, Marc. Acadêmicos auto-alienados: reflexões sobre a crise norte-americana da disciplina "direito e desenvolvimento". In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro**. Tradução de Pedro Maia Soares, José Rafael Zullo e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123-184.