

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO



Volume 1 | Número 1 | Agosto/Dezembro 2009

ABDCONST

ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167
E-mail: abdconst@abdconst.com.br

*Solicita-se permuta.
We ask for exchange.
Pidese canje.
On demande l'échange.
Wir bitten um austausch.
Oni petas intersangam.
Si richiede lo scambio.*

Ficha Catalográfica

Constituição, Economia e Desenvolvimento
Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional.
Programa de Pós-graduação em Direito
Vol. 1, n.1 (ago./dez. 2009) - Curitiba: 2009
Publicação semestral
ISSN 2177-8256
1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

Endereço para correspondência:

CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E
DESENVOLVIMENTO: REVISTA DA ACADEMIA
BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL.

Editor responsável:
Ilton Norberto Robl Filho

E-mail: ilton@abdconst.com.br.

Publicação semestral. Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

CONSELHO EDITORIAL

Editor Responsável

Ilton Norberto Robl Filho

Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Unibrasil, Advogado Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

Membros do Conselho Editorial

Antonio Carlos Wolkmer

Cordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC.

António José Avelãs Nunes

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor Honoris Causa da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra.

Eroulths Cortiano Junior

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR.

Fábio Nusdeo

Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP.

Marco Aurélio Marrafon

Vice-Presidente, Professor e Coordenador do Curso de Especialização de Teoria Geral do Direito da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Professor do Mestrado e da Graduação em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR.

Marcos Augusto Maliska

Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR.

Mariana Mota Prado

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale.

Ricardo Lobo Torres

Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF.

Pareceristas Convidados para Este Número da Revista

Alexandre Morais da Rosa

Professor da UFSC e Doutor em Direito pela UFPR.

Eduardo Biacchi Gomes

Professor do Mestrado e da Graduação em Direito da UNIBRASIL, Professor da PUC/PR e Doutor em Direito pela UFPR.

Emerson Gabardo

Professor da Graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/PR, Professor da Graduação da UNIBRASIL e Doutor em Direito pela UFPR.

Eroulths Cortiano Junior

Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR.

Everton das Neves Gonçalves

Professor da Graduação da FURG, Professor do Programas de Pós-Graduação da UNIVALI e Doutor em Direito pela UFMG.

Marco Aurélio Marrafon

Vice-Presidente da ABDConst, Professor do Mestrado e da Graduação em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR.

Marcos Augusto Maliska

Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR.

Zulmar Fachin

Professor da Graduação da PUC/PR, Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil (Seção Paraná) e Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra

EDITORIAL

A *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional possui como proposta editorial promover a discussão acadêmica sobre as relações jurídico-constitucionais e a prática e o pensamento econômicos a partir da perspectiva democrática e da efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, este período fomenta os debates acadêmicos sobre o desenvolvimento econômico, jurídico, humano e social e uma leitura crítica da Escola *Law and Economics*.

Neste primeiro número (2009, agosto-dezembro), a revista conta com sete artigos. Alexandre Morais da Rosa e Julio Cesar Marcellino Jr. no texto “Os Direitos Fundamentais na Perspectiva dos Custos e o Seu Rebaixamento à Categoria de Direitos Patrimoniais: Uma Leitura Crítica” promovem instigante análise das relações entre os direitos fundamentais e a filosofia e a concretização da escola econômica neoclássica (neoliberal), apontando para os efeitos danosos dessa escola na efetivação da democracia e dos direitos humanos.

Christian Mendez Alcantara, em “Os Princípios Constitucionais da Eficiência e Eficácia da Administração Pública: Estudo Comparativo Brasil e Espanha”, realiza importante releitura dos princípios constitucionais da eficiência e da eficácia a partir da doutrina e da jurisprudência brasileira e espanhola. De outro lado, em “A Modernização Brasileira Segundo a Visão de Jessé de Souza”, Eros Belin de Moura Cordeiro apresenta uma nova perspectiva do fenômeno de modernização e desenvolvimento brasileiro, por meio de uma peculiar análise do sociólogo Jessé de Souza.

A temática dos direitos humanos e a relação com a prática econômica, questão já trabalhada por Rosa e Marcellino Jr., agora é estudada a partir da categoria da globalização neoliberal por Fernanda Schaefer no texto “Direitos Humanos e Globalização Econômica: Compatibilidade de Princípios?”, apontando a autora para a necessidade de uma substancial proteção internacional desses direitos. O debate sobre o desenvolvimento econômico e a democracia é feito por Júlia Cadaval Martins em “Democracia e Desenvolvimento Econômico: Relação de Identidade, Instrumentalidade ou Contradição”, defendendo a autora que a democracia compõe o conceito e as atividades desenvolvimentistas.

Juliano Pinheiro Faro Homem de Siqueira apresenta como o dever de pagar tributos e uma adequada política fiscal são essenciais na efetivação dos direitos fundamentais em “Mínimo Existencial e o Dever de Pagar Tributos, ou Financiando os Direitos Fundamentais”. Por fim, Roberto Mizuki Dias dos Santos, no artigo “Deslegalização e a Função Reguladora da Administração Pública”, reflete sobre as novas funções e atividades do Estado contemporâneo.

A partir dos artigos publicados neste número, tenho certeza que este novo período encontra-se no caminho da sua linha editorial: a discussão do desenvolvimento econômico e humano no Estado Democrático de Direito.

Ilton Norberto Robl Filho

*Editor Responsável da Constituição, Economia e Desenvolvimento:
Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

SUMÁRIO

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DE CUSTOS E O SEU REBAIXAMENTO À CATEGORIA DE DIREITOS PATRIMONIAIS: UMA LEITURA CRÍTICA

FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PERSPECTIVE OF COST AND ITS CONTAINMENT AS A CATEGORY OF PATRIMONIAL RIGHTS: A CRITICAL APPROACH

Alexandre Moraes da Rosa / Julio Cesar Marcellino Jr.7

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EFICIÊNCIA E EFICÁCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ESTUDO COMPARATIVO BRASIL E ESPANHA

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF EFFICIENCY AND EFFECTIVENESS OF PUBLIC ADMINISTRATION: A COMPARATIVE STUDY OF BRAZIL AND SPAIN

Christian Mendez Alcantara24

A MODERNIZAÇÃO BRASILEIRA SEGUNDO A VISÃO DE JESSÉ SOUZA

BRAZILIAN MODERNIZATION AS VIEWED BY JESSÉ SOUZA

Eros Belin de Moura Cordeiro50

DIREITOS HUMANOS E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA: COMPATIBILIDADE DE PRINCÍPIOS?

HUMAN RIGHTS AND ECONOMIC GLOBALIZATION: COMPATIBILITY OF PRINCIPLES?

Fernanda Schaefer76

DEMOCRACIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: RELAÇÃO DE IDENTIDADE, INSTRUMENTALIDADE OU CONTRADIÇÃO?

DEMOCRACY AND ECONOMIC DEVELOPMENT: RELATION OF IDENTITY, INSTRUMENTALITY OR CONTRADICTION?

Júlia Cadaval Martins97

MÍNIMO EXISTENCIAL E O DEVER DE PAGAR TRIBUTOS, OU FINANCIANDO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE EXISTENTIAL MINIMUM AND THE DUTY TO PAY TAXES, OR FINANCING FUNDAMENTAL RIGHTS

Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira..... 111

DESLEGALIZAÇÃO E A FUNÇÃO REGULADORA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DE-LEGALIZATION AND THE REGULATIVE FUNCTION OF PUBLIC ADMINISTRATION

Roberto Mizuki Dias dos Santos 134

REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS153

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DE CUSTOS E O SEU REBAIXAMENTO À CATEGORIA DE DIREITOS PATRIMONIAIS: UMA LEITURA CRÍTICA¹

FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PERSPECTIVE OF COST AND ITS CONTAINMENT AS A
CATEGORY OF PATRIMONIAL RIGHTS: A CRITICAL APPROACH

Alexandre Morais da Rosa²

Julio Cesar Marcellino Jr.³

Resumo

Este artigo trata sobre os Direitos Fundamentais e seu enquadramento hermenêutico no campo interpretativo pátrio, tendo em conta a crescente tendência de proeminência das ciências econômicas sobre o Direito. Avaliam-se as consequências do surgimento da Constituição da República de 1988 em meio à hegemonia do modelo político-econômico neoliberal, calcada na lógica eficientista e de custos, que teoricamente respalda a tentativa de reclassificação dos Direitos Fundamentais. A teoria da Análise Econômica do Direito ocupa lugar central nesse breve estudo, eis que sistematiza e instrumentaliza o Direito a partir do método e técnicas econômicas. Por fim, articula-se a teoria do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli como possível alternativa para a contenção do avanço neoliberal à Constituição Federal, representando parâmetro balizador que re-situa os Direitos Fundamentais como conteúdo mínimo vinculador.

Palavras-chave: direitos fundamentais, neoliberalismo, análise econômica do direito.

Abstract

This article treats about the basic rights and its hermeneutic framing in the native interpretative field, considering the increasing trend of proeminence of economic sciences on the right. The consequences of the sprouting of the

¹ Artigo recebido em: 28/05/2009. Pareceres emitidos em: 09/08/2009 e 05/08/2009. Aceito para publicação em: 13/05/2010.

² Pós-Doutor em Direito (Faculdade de Direito de Coimbra e UNISINOS). Doutor em Direito (UFSC). Juiz de Direito. Professor do Programa de Mestrado/Doutorado da UNIVALI-SC. alexandremoraisdarosa@gmail.com.

³ Doutorando em Direito (UFSC). Mestre em Direito (UNIVALI). Especialista em Direito Econômico (FGV/RJ) e em Gestão Pública (UNISUL). Professor de Direito Constitucional (UNISUL). Advogado. juliomarcellino@gmail.com.

Constitution of the Republic of 1988 in way to the hegemony are evaluated it neoliberal politician-economic regimen, based in the efficient logic and of costs, that theoretically it basics the new graduation of the basic rights. The Economic Analysis of Law's theory occupies central place in this short study, because its systemize the right with base in economic's method and techniques. Finally, it is articulated the theory of the 'garantismo jurídico', of Luigi Ferrajoli, as possible alternative for the containment of the neoliberal advance to the Federal Constitution, representing parameter referencial that its locates the basic rights as imposing minimum content.

Key-words: basic rights, neoliberalism, law and economics.

Sumário: 1. *A Constituição da República e os Direitos Fundamentais na órbita neoliberal* 2. *A Teoria de Custos aplicada ao Direito e à Reforma Gerencial de Estado.* 3. *Law and Economics: a instrumentalização econômica do Direito.* 4. *Garantismo Jurídico como possível blindagem de conteúdo mínimo.* 5. *Considerações finais.* 6. *Referências.*

1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ÓRBITA NEOLIBERAL

A comemoração – um tanto quanto eufórica e até certo ponto ingênua, é verdade – do aniversário de sessenta anos da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* de 1948 tem fomentado o debate a respeito da efetivação de Direitos Fundamentais no ocidente. E isso, há de se reconhecer, é extremamente importante em tempos de manifesto esvaziamento político e desorientação ética (material, claro). A referida declaração de direitos constitui um marco simbólico importante para a generalização dos Direitos Fundamentais⁴, mas, quando se fala de efetivação de tais direitos, pensada na ordem constitucional *tupiniquim*, o debate merece boa dose de atenção e reflexão crítica, especialmente no sentido da devida análise contextualizada da Constituição brasileira com o modelo político-econômico vigente, tanto na perspectiva do dito como do não dito.

Sem qualquer sombra de dúvida os Direitos Fundamentais inscritos na Constituição brasileira bem retratam a inserção tardia do Brasil na ordem compromissária constitucional deflagrada a partir do segundo pós-guerra, ainda

⁴ Apesar, é claro, do enganoso propósito ideológico que subjaz ao projeto universalista eurocêntrico.

que decorrência de uma contingência (PILATTI, 2008). A premência de um Estado de Bem-Estar na Europa, arrasada por uma guerra de enormes proporções, impôs ao mundo um modelo constitucional marcado pelo projeto de concretização política da *Justiça Social Distributiva*. No entanto, no Brasil – assim em praticamente toda a América Latina –, foi implementado um duro modelo *desenvolvimentista* (FURTADO, 2003), que impunha ao país o ‘compromisso-dever’ de buscar incessantemente o estágio de desenvolvimento dos países centrais, antes de gozar das benesses do tão almejado e necessário *bem-estar social*.

Quando a Constituição da República de 1988 surge – após o longo e tenebroso período de vinte anos de exceção marcado por grandes retrocessos no tocante a Direitos Fundamentais⁵ e pela indisfarçável tentativa de boicote à Constituinte de 1986 – traz consigo o compromisso social e de bem-estar tão esperado pelos brasileiros, especialmente os necessitados. No entanto, a nova ordem constitucional inaugurada democraticamente nos ocorreu um tanto tarde demais. É que a Constituição da República chega ao Brasil quando já predominava na América Latina um modelo político-econômico absolutamente incompatível com os propósitos finalísticos da nova ordem constitucional, ou por isto mesmo tenha sido editada, porque se sabia que o condicionante econômico retiraria sua efetivação. Este modelo é chamado *neoliberalismo*, que em muito se difere do liberalismo clássico que lhe serve de inspiração. Vale a pena, ainda que brevemente, compreender o seu surgimento e desenvolvimento.

A partir do segundo pós-guerra, coincidentemente (e não por acaso!) ao período de declaração universal dos direitos do homem⁶, surge o neoliberalismo como modelo político-econômico marcadamente através de duas principais frentes. A primeira frente foi a fundação, em 1947, da *Société du Mont Pèlerin*, por Friedrich August Von Hayek e outros expoentes intelectuais como Karl Popper, Milton Friedman, e Von Mises. O objetivo de Hayek, em verdade, era combater o

⁵ Refere-se não somente ao Golpe de '64, chamado por alguns incautos de ‘Revolução’, mas principalmente ao Ato Institucional n.º 5, que no ano de 2008 completa 40 anos.

⁶ Sabe-se, pois, que o universalismo eurocêntrico intrínseco à ordem fundamental de direitos proclamada em 1948 pela Organização das Nações Unidas – ONU (instituição pensada a partir da Conferência de Hampshire, Breton Woods), constitui, também, importante instrumental

keynesianismo e o trabalhismo inglês que se encontrava em fase de franca ascensão – especialmente após a tomada do poder pelo Partido Trabalhista em 1945 – e que ameaçava o *establishment* elitista na Inglaterra e na Europa.

Hayek, mesmo sem grande expressão, marca inicialmente seu posicionamento político a partir da obra *Caminho da Servidão* de 1944 (HAYEK, 1990). Na década de setenta, torna-se o mais importante intelectual do neoliberalismo, especialmente pela publicação da obra *Direito, Legislação e Liberdade* (HAYEK, 1985), onde ‘prega’ a necessidade de um Estado minimamente interventor, defendendo o livre mercado com base numa racionalidade evolucionista que subverte a relação gregária de *fins* por *meios*. Argumenta que o construtivismo social é uma fantasia, uma ilusão inalcançável diante da falibilidade humana. Suas teses conquistarão setores importantes da economia e da política mundial, como se poderá observar mais adiante.

A segunda frente, paralela à primeira, foi em 1944 com a *Conferência de New Hampshire*, em Bretton Woods, Estados Unidos da América. Antevendo o fim vitorioso da guerra com o bem-sucedido desembarque na Normandia, os aliados, capitaneados pelos norte-americanos, reuniram 44 países para estabelecer as novas regras da economia mundial. A partir deste encontro o ideário neoliberal conta com uma estrutura institucional que se revelaria fundamental nas décadas seguintes. Neste encontro ficou estabelecida a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial, que seriam efetivamente concretizados alguns anos mais tarde.

Ao longo dos anos o neoliberalismo consegue cooptar mais e mais países, crescendo, como modelo político-econômico, vertiginosamente. Mas a efetiva consolidação do neoliberalismo se dá em dois momentos marcantes. Primeiro a vitória política de Ronald Reagan e Margaret Thatcher, respectivamente em 1979 e 1980, que implantam nos Estados Unidos da América e na Grã-Bretanha políticas monetaristas rígidas – servindo de paradigma para todos os demais países do ocidente. Nesta fase, os ensinamentos de Hayek, e também de seu discípulo

propagandístico a respaldar o projeto de via única hegemônica-global e encobridora da alteridade do capitalismo neoliberal.

Friedman (FRIEDMAN, 1984), são ‘pregados’ e aplicados como dogmas econômicos, tendo assumido grande destaque a *Escola de Chicago*. O segundo marcante momento, e talvez definitivo para a hegemonia do neoliberalismo no ocidente, foi o famigerado *Consenso de Washington*, que, carreado pela queda do muro de Berlim, estabeleceu, na década de '90, o Mercado como via única, abrindo-se as portas para a privatização do Estado e a desregulamentação da economia.

O neoliberalismo, em síntese, defende, em uma de suas perspectivas, um Estado mínimo, não interventor, em nome de um livre-mercado, por essência, ‘espontâneo’ e ‘equilibrado’ (NOZICK, 1991; HAYEK, 1985), e em outra perspectiva, um *Estado-sócio*, que somente se justificaria para fazer diminuir os ruídos provocados pelo Mercado em sociedade (Friedman). De modo comum, pensam os neoliberais que justiça social não passa de uma fantasia, de uma ilusão, eis que trata de construtivismo racional – infundado, segundo seus teóricos, diante da falibilidade humana. Além disso defendem que um Estado de bem-estar de modo algum se justifica numa democracia liberal e que a pobreza e a miséria são circunstanciais e decorrentes da ‘seleção de Mercado’ – afinal de contas, segundos os neoliberais, alguém terá de ganhar e outro perder no jogo (catalaxia) mercadológico.

Demais disso, especialmente em Hayek, o direito constitucional não passaria de uma ordem espontânea a tratar de normas gerais de conduta, e jamais de normas justas. Os Direitos Fundamentais, deste modo, somente poderiam se referir aos direitos fundamentais individuais, especialmente aqueles relacionados à propriedade privada. Direitos Fundamentais sociais, para tal pensamento, seriam um completo *non-sense*, pois exigiriam uma postura positiva do Estado provocando seu agigantamento perante a sociedade civil com o conseqüente desequilíbrio da espontaneidade da evolução humana.

Como dito anteriormente, é em meio a essa racionalidade que emerge a Constituição da República brasileira. Com a implantação no país do ideário neoliberal, os Direitos Fundamentais recebem duro golpe, especialmente na perspectiva hermenêutica diante da cooptação ideológica dos atores jurídicos. O

boicote não perpetrado diretamente ao texto constitucional originário tem sido concretizado através do permanente e sorrateiro giro interpretativo. Muito embora os Direitos Fundamentais Sociais estejam previstos na Constituição, e entendidos como cláusulas pétreas pela jurisprudência do tribunal constitucional brasileiro, a tendência interpretativa gradativamente implantada pelos neoliberais é sempre no sentido da perniciosa *reclassificação*, deslocando-os do eixo compromissário-social para o eixo patrimonial.

2 A TEORIA DE CUSTOS APLICADA AO DIREITO E À REFORMA GERENCIAL DE ESTADO

De fato a década de '90 foi marcadamente fértil para o neoliberalismo. Em 1999 é lançada, nos Estados Unidos da América a obra '*The cost of rights*', de Holmes e Sustain (*Apud* GALDINO, 1995, p. 299). A obra simboliza um importante marco para a propagandística implementação da perspectiva econômica do Direito, vista sempre a partir de sua repercussão econômica (de custos). Neste trabalho os autores discordam da tipologia estabelecida entre direitos negativos e direitos positivos, defendendo que os direitos sempre seriam positivos, independentemente de sua geração, pois sempre exigiriam do Estado uma atitude comissiva de proteção e/ou concreção do direito. Isto é, os direitos sempre implicariam um custo ao erário, a sociedade sempre seria onerada com os direitos, e por isso os Direitos Fundamentais deveriam sempre serem analisados sob esta ótica.

A nova lógica, com a conseqüente e inevitável subordinação do Direito ao econômico, estabelece que as normas constitucionais que declaram e garantem Direitos Fundamentais passem a ser interpretadas sob a égide da relação *custo-benefício*. Considerando a escassez de recursos, a exemplo de Galdino, defende-se que a racionalidade econômica é a que deve preponderar como parâmetro de proporcionalidade e razoabilidade para a busca do equilíbrio das contas públicas e o alcance da justiça social (GALDINO, 1995, p. 218). O Direito, nessa perspectiva, passa a ser reduzido a mero 'instrumental' do econômico.

Com a utilização de conceitos como o da *Reserva do Possível*⁷ (SCAFF, 2006, p. 152-153), ainda que cada qual ao seu modo, alguns membros dos tribunais superiores têm assumido, com o apoio de parte da doutrina, uma postura de consideração dos Direitos Fundamentais em relação aos seus custos frente ao erário, utilizando o argumento de ‘limitações orçamentárias do Estado’ para sonegar alguns direitos à sociedade – especialmente diante de casos de concessão de direitos sociais. Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal têm se manifestado pela possibilidade de o Estado negar o cumprimento de norma constitucional com base em limitações de sua Lei Orçamentária⁸. Em outras palavras, trata-se do ‘econômico’ inviabilizando a garantia de direitos sociais, e tornando inefetivas as normas constitucionais fundamentais.

Essa teoria de custos do direito foi também decisiva para a implementação da reforma de Estado brasileira que acabou por positivar e ‘legitimar’ uma reclassificação dos Direitos Fundamentais a partir do próprio texto constitucional. Trata-se da *Reforma Gerencial do Estado* engendrada pela Emenda Constitucional n.º 19/1998, em plena era Fernando Henrique Cardoso, como apoio técnico de seu Ministro-Secretário Bresser Pereira (1998)⁹. Aqui, definitivamente, a ofensiva neoliberal se deu ‘por dentro’ da estrutura constitucional, provocando um verdadeiro reordenamento paradigmático no âmbito da Administração Pública.

⁷ Conforme Scaff, “o conceito de ‘reserva do possível’ é oriundo do direito alemão, fruto de uma decisão da Corte Constitucional daquele país, em que ficou assente que ‘a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos’. Neste sentido, a disponibilidade desses recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões políticas, através da composição dos orçamentos públicos. A decisão do Tribunal Constitucional Alemão menciona que estes direitos a prestações positivas do Estado (os direitos fundamentais sociais) ‘estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade’. A decisão recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos.” SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 152-153.

⁸ RTJ 139/67, Rel. Min. Celso de Mello, de 29/04/2004.

⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. _____. *et al.* (Orgs.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. Obra que influenciou o movimento reformista da década de noventa, e que vale a pena conferir é: OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público**.

É que através da referida reforma de Estado foi inserido na Constituição o *Princípio da Eficiência Administrativa*¹⁰, que acabou por se tornar não mais um mero princípio norteador da Administração Pública entre os demais do rol do art. 37 da Constituição da República¹¹. A eficiência administrativa, maquiada pelo cativante discurso de salvaguarda da ‘probidade do erário nacional’, passou a ser o principal e vinculador princípio constitucional, paradigma para todos os demais princípios da Administração Pública.

Mas é preciso ressaltar que a *ação eficiente* não foi erigida à condição de princípio constitucional por acaso. Foi o meio sutil que os economicistas encontraram para cooptar os legalistas – que reclamavam da falta de previsão constitucional para a implementação da lógica eficientista na Administração Pública – e transpor ao texto constitucional a marca epistêmica do neoliberalismo. Com a ação eficiente como parâmetro gerencial do Estado, provocou-se um verdadeiro giro epistemológico entre *meios* e *fins*, através da completa subversão da relação gregrário-antiga da causalidade pela relação de *meios* (MIRANDA COUTINHO, 2002)¹². A lógica da eficiência inadmite projetos finalísticos como políticas públicas para concretização de justiça social, eis que defende a perspectiva de custos da Constituição.

Por isso é que projetos constitucionais voltados à efetividade (*fins*), a exemplo do projeto dirigente proclamado por Canotilho (2001), seriam absolutamente incompatíveis com uma economia de Mercado, segundo os neoliberais. Considerando que os homens, diante de sua falibilidade para previsão de fins, não poderiam antever a distribuição adequada para satisfação de todas as

Trad. Sérgio Fernando Guarisch Bath e Ewandro Magalhães Jr. 10. ed. Brasília: MH Comunicação, 1998.

¹⁰ Conferir: MARCELLINO JR., Julio Cesar. **O Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

¹¹ “**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” (Constituição da República).

¹² MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um problema às reformas processuais. In: **JURISPOIESIS – Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá**. Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, p. 31-36, 2002, p. 34: “Não é admissível, em hipótese alguma, sinonimizar efetividade com eficiência, principalmente por desconhecimento. Afinal, aquela reclama uma análise de *fins*; esta, a eficiência, desde a base neoliberal, responde aos *meios*.”

necessidades, segundo o estatuto de Hayek, restaria à sociedade reconhecer a ‘espontaneidade’ evolutiva das relações, e definitivamente render-se, fazendo do Direito um instrumental aos *meios* – e nada mais. Qualquer tentativa de construtivismo, especialmente no Direito, segundo os neoliberais, seria diametralmente contrária à espontaneidade da cultura¹³.

A perversidade do giro linguístico provocado pela adoção constitucional da *ação eficiente* reside também no discurso midiático de que uma ‘máquina pública eficiente’ será a panaceia para os males da nação. Poucos são os dirigentes políticos que não defendam um *Estado eficiente*. O problema, e parece que poucos no âmbito jurídico se deram conta disso, é que o modelo de *Estado eficiente* é manifestamente incompatível com o *plus normativo* da Constituição de 1988 (STRECK, 2008), que traz consigo o projeto de um Estado voltado a recompor o histórico déficit social existente. E com o compromisso dirigente dos Direitos Fundamentais sociais, isso fica bem claro.

No entanto, com o modelo eficientista – e com a lógica custo-benefício que ela propugna –, tem-se no texto constitucional um grande anacronismo. Direitos Fundamentais Sociais exigem postura interventora e positiva do Estado que se chocam, pois, frontalmente, com o receituário de custos. O eficientismo busca um Estado mínimo, sonegador de direitos, em detrimento absoluto de um Estado social como o sonhado pelo constituinte de 1988. E reconhecer isso, torna-se fundamental para melhor compreender as manietações ideológicas e as nocivas repercussões da ascensão do econômico sobre o jurídico – que, de longa data, pretende se estabelecer.

3 **LAW AND ECONOMICS: A INSTRUMENTALIZAÇÃO ECONÔMICA DO DIREITO**

O propósito reclassificatório dos Direitos Fundamentais, carreado pela lógica de custos, como visto, ainda precisava de um instrumental útil que pudesse remover um dos maiores obstáculos ao receituário da maximização de riquezas: o

¹³ Não por acaso Hayek afirma que Marx e Freud são os maiores inimigos da cultura.

Direito compromissário. E isso ocorre através de um peculiar movimento chamado *Law and Economics*, de grande profusão no eixo anglo-saxão e de gradativa penetração nos países periféricos.

O movimento *Law and Economics*, também conhecido por *Análise Econômica do Direito* (AED), surge na Universidade de Chicago no início da década de 60 do século passado, pugnando a aplicação dos modelos e teorias da Ciência Econômica na interpretação e aplicação do Direito. O movimento, fortemente influenciado pelo liberalismo econômico, tem como precursores e expoentes os professores Ronald Coase e Richard A. Posner, ambos da Universidade de Chicago, e Guido Calabresi, da Universidade de Yale¹⁴.

Law and Economics, contudo, não é um movimento coeso. Apresenta diversas escolas e orientações, com diversas publicações regulares. O fator comum é o da implementação de um ponto de vista econômico no trato das questões que eram eminentemente jurídicas. O objeto de estudo da AED deixou de acontecer exclusivamente no plano do Direito da Concorrência para ganhar novos campos: propriedade, contratos, responsabilidade civil e contratual, direito penal, processo (civil e penal), direito administrativo, direito constitucional, direito de família, infância e juventude, dentre outros.

Esta corrente metodológica adota, além dos princípios do liberalismo econômico, a ideia de que o objeto da ciência jurídica possui uma estrutura similar ao objeto da ciência econômica e, por isso, pode ser estudado do ponto de vista da teoria econômica. Assim, busca o movimento transformar o Direito, que se encontraria em um estado pré-científico, incapaz de se adaptar à nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Estado de Bem-Estar Social, em uma verdadeira ciência, racional e positiva, mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico.

¹⁴ Conferir: MORAIS DA ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a *Law and Economics***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

A Análise Econômica do Direito procura analisar estes campos desde duas miradas: a) positiva: impacto das normas jurídicas no comportamento dos agentes econômicos, aferidos em face de suas decisões e bem-estar, cujo critério é econômico de maximização de riqueza; e, b) normativa: quais as vantagens (ganhos) das normas jurídicas em face do bem-estar social, cotejando-se as consequências. Dito de outra maneira, partindo da racionalidade individual e do bem-estar social – maximização de riqueza –, busca responder a dois questionamentos: a) quais os impactos das normas legais no comportamento dos sujeitos e Instituições; e b) quais as melhores normas.

No Brasil o sistema jurídico é acusado de ser um dos principais obstáculos ao crescimento econômico, especificamente pelos custos necessários para o *contractual enforcement* e o *contractual repudiation*, ou seja, de se constituir um obstáculo ao *bem-estar do Mercado* na ótica neoliberal. O *custo país*, entendido como todos os custos acrescidos ao da transação, aponta para a ausência de maior eficiência do Poder Judiciário na garantia dos dogmas (propriedade privada e contrato), já que estes elementos seriam fundamentais para o perfeito funcionamento do mercado. A deficiente qualidade do Sistema de Justiça é apontada como um dos fatores responsáveis pela estagnação econômica, demandando, assim, um realinhamento à nova ordem mundial.

Exige-se, portanto, a revisão das normas legais, dos limites da intervenção do Estado e da própria Constituição. Isto porque as Constituições da segunda metade do século passado são, em regra, compromissórias e voltadas à construção do Estado do Bem-Estar Social mediante o cumprimento de programas de redistribuição de riqueza, mitigação da pobreza, relativização da propriedade privada (função social, reforma agrária, etc...) e relativização da autonomia da vontade nos contratos (proteção ao consumidor, vedação de cláusulas abusivas), enfim, buscava a garantia de Direitos Fundamentais.

O estabelecimento de um critério, no caso, a *eficiência*, entendida como a melhor alocação de recursos, na perspectiva do mercado (ordem espontânea), no território da AED, implica na avaliação das Instituições por suas consequências (custo/benefício). No âmbito do sistema judiciário, este cotejo acontece no registro

(i) Macro: da organização e administração da Justiça, especificamente no plano Legislativo e Organizacional do Ordenamento Jurídico (pluralista); e (ii) Micro: da decisão judicial *stricto sensu*, inserida no contexto do discurso jurídico. Em ambas dimensões se procura reler a estrutura e práticas do Sistema Judicial desde um ponto de vista específico, num embate que transcende a simples mudança de critério (jurídico para econômico), mas de tradições jurídicas (*common law* e *civil law*) e filosóficas diversas, pretendendo a unificação do discurso. De um lado indica ajustes estruturais no Poder Judiciário, inclusive com formas alternativas de resolução de conflitos (arbitragem e mediação), por outro, a partir do *pragmatic turn* refunda a Teoria da Decisão Judicial pelo critério da maximização de riqueza, levado a efeito por agentes racionais enleados num processo de desenvolvimento social. Há uma rearticulação interna do Direito pela intervenção externa (e decisiva) da Economia.

A partir desta perspectiva, que vincula a racionalidade de 'Justiça' a *juízos de eficiência*, no melhor estilo Posner (2003), os Direitos Fundamentais não podem trazer consigo todo o suporte valorativo e material preconizado pelo projeto do segundo pós-guerra. Precisam tais direitos serem 'instrumentalizados' por um novo arsenal que os interprete a partir da lógica custo-benefício, ou seja, de maneira pragmática (2008). E este arsenal, como visto, é a AED. Esse movimento não surge de modo desarticulado. Ele encarna o verdadeiro projeto de ascendência do econômico sobre o político usando como *meio* o Direito, através de todas as suas possibilidades normativas e linguísticas. Sem sombra de dúvida, no âmbito do Direito, a AED representa o maior risco de abalo da democracia.

4 GARANTISMO JURÍDICO COMO POSSÍVEL BLINDAGEM DE CONTEÚDO MÍNIMO

Diante desse desolador quadro de ataque interpretativo aos Direitos Fundamentais, rebaixando-os, a partir da lógica custo-benefício, à condição de direitos patrimoniais, a teoria do *garantismo jurídico* apresenta-se como uma

possível possibilidade de blindagem e proteção, no sentido de efetivá-los na perspectiva compromissória. Importante, pois, conhecê-la.

A teoria geral do garantismo jurídico foi desenvolvida na Itália, por Luigi Ferrajoli (1995; 2001), e pensada inicialmente no âmbito da matriz penalística. Posteriormente, tal teoria evoluiu alcançando a condição de teoria geral do Direito, com enorme potencial explicativo e propositivo. Epistemologicamente, pode-se dizer que a teoria garantista tem por base o pressuposto de vertente liberal da *centralidade da pessoa*, considerando que o poder não somente se constitui a partir do indivíduo, como também visa servi-lo. E fiel ao preceito iluminista-ilustrativo, referida teoria considera o Estado de Direito como criação racional da sociedade, que figura como ente prévio e superior ao poder político (CADEMARTORI, 1994, p. 72).

Deve-se registrar, contudo, que muito embora se possa considerar o garantismo jurídico de Ferrajoli como de forte influência liberal, sua proposta teórica desvela um liberalismo não tradicional, um liberalismo *sui generis*, eis que defende um *Estado Social de Direito*, garantidor de direitos de liberdade e também de direitos sociais, algo estranho à tradição política liberal, não se estendendo ao direito de propriedade, portanto, às liberdades econômicas (CADEMARTORI, 1994, p. 75).

Importante notar que o garantismo jurídico, no plano da teoria do direito, propõe uma revisão da teoria da validade, trabalhando as normas jurídicas com enfoque na distinção entre *validade* e *vigência* na relação forma e matéria das decisões. No plano da teoria política, reconhece a democracia em sua dimensão substancial, em superação ao seu caráter procedimental. No plano teórico e interpretativo da lei, tal teoria apresenta um novo olhar quanto ao aspecto formal da lei em atenção ao paradigma da 'sujeição à lei', especialmente do ponto de vista do magistrado, entendendo pela necessidade de articulação entre forma e conteúdo da norma jurídica. Por fim, cumpre à teoria garantista, já no plano da meta-teoria do Direito, enaltecer a importância do Direito como Ciência, superando seu estatuto meramente descritivo, para erigi-la à condição de saber crítico e projetivo.

Tocante ao seu significado de teoria jurídica da ‘validade’ e da ‘efetividade’, cumpre registrar que Ferrajoli realiza uma importante releitura dos atributos tradicionais da norma jurídica provocando um verdadeiro giro teórico a partir da proposta positivista de Kelsen. Ferrajoli rompe com a perspectiva clássica que sobrepõe forma ao conteúdo e que entende ‘direito válido’ como ‘direito positivado’, redefinindo as categorias da norma de modo a estabelecer clara diferença entre vigência, validade e eficácia. Explica que uma norma tem vigência quando se submete a todo trâmite do processo legislativo previsto na Constituição.

Fiel a sua raiz liberal, o garantismo jurídico pensa em um Estado de Direito cujos vínculos consubstanciam-se de modo substancial/material, suplantando o modelo republicano da prevalência da maioria sobre a minoria. Trata-se, aqui, da esfera do indecível (FERRAJOLI, 1995, p. 689;693)¹⁵. Daquele núcleo mínimo que não pode ser vilipendiado por majorias eventuais e nem por unanimidade, e no qual se encontram os Direitos Fundamentais – que, nessa perspectiva, seriam invioláveis. Tais direitos não somente devem ser respeitados e atendidos como também garantidos em sua máxima extensão. Por isso Ferrajoli propõe um novo conceito de democracia, que denomina de *democracia substancial ou social*.

Contudo, o garantismo jurídico – como útil instrumental teórico, mas vulnerável como qualquer enunciado propositivo formal – não está livre dos joguetes linguísticos, necessitando, pois, de um referencial ético de conteúdo material que sirva de balizador ao sentido que se pretenderá construir a partir de sua proposta teórica. Propõe-se, então, que o conteúdo dos Direitos Fundamentais, visto como núcleo irreduzível e inviolável, deva ser preenchido pelo critério ético-material de Dussel (2002, p. 77)¹⁶, que se preocupa prioritariamente com a realização da *vida, sua produção, reprodução e desenvolvimento*. Com tal

¹⁵ Ferrajoli afirma: “Precisamente, se a regra do estado liberal de direito é: nem sobre tudo se pode decidir, nem sequer por maioria, a regra do estado social de direito é aquela a qual *nem sobre tudo se pode não decidir*, nem mesmo em maioria.”

¹⁶ Conforme Enrique Dussel, “aquele que atua eticamente deve (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver auto-responsavelmente a vida concreta de cada sujeito humano, numa comunidade de vida, a partir de uma ‘vida boa’ cultural e histórica [...] que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, é um enunciado normativo com pretensão de verdade prática e, além disso, com pretensão de universalidade.”

articulação, a utilização do garantismo jurídico – como instrumental de proteção de Direitos Fundamentais – torna-se mais segura e viável.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como negar. Existe um manifesto e frontal ataque em curso aos Direitos Fundamentais, especialmente aos Direitos Sociais. Desde o surgimento da Constituição da República de 1988 que as garantias sociais são objeto de vilipêndio pelo receituário neoliberal. A lógica de custos é gradativamente implantada através de um hábil giro discursivo que seduz o meio jurídico rumo à reclassificação dos Direitos Fundamentais à condição de direitos patrimoniais, renunciáveis e principalmente negociáveis, lançados no mercado de ofertas e trocas, cuja referência se perde nas mãos invisíveis...

Através de uma perniciosa racionalidade evolucionista que realoca a centralidade do econômico no imaginário coletivo, entificado através do mito *Mercado*, e que estabelece a *ação eficiente* como novo parâmetro ético ao Direito e à própria sociedade, os Direitos Fundamentais vão, gradativamente, perdendo sua força compromissária e de concretude. Tanto que, através de teorias como a AED, a estrutura do Direito já serve aos propósitos do lucro e da maximização incontida da riqueza.

E nem uma crise financeira global como a que se vive, sintoma do ápice de exaustão do neoliberalismo no mundo, é capaz de conter a racionalidade do esquema *custo-benefício*¹⁷, mas serve justamente para realimentar o Sistema, dada a construção imaginária de ausência de outra via, ou seja, a via única do mercado. Basta-se notar que o Estado, mais sócio do capital do que nunca,

¹⁷ Até mesmo Soros já reconhece que o “fundamentalismo neoliberal”, do modo como é implementado – respaldado pela teorização econômica tradicional – é uma farsa de sérias consequências. Em suas palavras: “O paradigma actual, nomeadamente aquele que afirma que os mercados financeiros tendem para o equilíbrio, é tão falso como enganador. Na verdade, podemos atribuir os nossos problemas ao facto de o sistema financeiro internacional ter sido desenvolvido com base nesse mesmo paradigma. [...] Esta crise constitui o ponto de viragem quando tanto a tendência como o equívoco se tornam insuportáveis.” SOROS, George. **O novo paradigma para os mercados financeiros: a crise de crédito de 2008 e as suas implicações**. Trad. Sofia Querido e Sofia Morais. Coimbra: Almedina, 2008. p. 7 e 11.

direciona seus recursos para o *way-busyness* salvando banqueiros e mega empresários, sem qualquer pudor, em detrimento de garantias fundamentais sociais das verdadeiras *vítimas* do Sistema. E é através do Direito que se dá concretude e dimensão à vil manobra dissimulada de tornar a sociedade refém desta lógica¹⁸.

Uma possibilidade, como visto, de resistir a uma reclassificação dos Direitos Fundamentais, que os redimensiona a eixo gravitacional da propriedade e da garantia de contratos, seria uma teoria jurídica tal qual o *Garantismo* de Ferrajoli. As limitações próprias de uma teoria propositiva, à mercê da liquidez linguística que manipula por conveniência os significantes, pode ser compensada com o balizamento hermenêutico que lança mão de um critério ético-material voltado à vida e sua proteção como o de Dussel. Talvez assim se possa oferecer uma mínima blindagem à democracia nos moldes compromissários.

Mas, para isso, será preciso desvelar e romper com a dissimulação linguística e sedutora do discurso economicista como panaceia ao Direito e ao Estado. Não se render a esse perverso *canto das sereias* será necessário para que garantias fundamentais não sucumbam diante da lógica do lucro. Talvez se amarrando num mastro garantista ou material, porque os formais e da moda, não seguram... Mas isto é uma escolha, pois o engajamento é pessoal!

6 REFERÊNCIAS

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. *In: Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. _____. *et alli* (Orgs.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Almedina, 2001.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

¹⁸ Até porque quando o Banco Central do Brasil destina 5 Bilhões para aquisição de dólares, na mesa de câmbio, quem controla juridicamente esta decisão? Ninguém! Mas controla-se o furto de 15 reais do zezinho no supermercado da esquina... Este vai preso, algemado devidamente fundamentado na súmula do STF. É preciso muita ingenuidade para se entender por quais motivos gente que ganhava muito bem na iniciativa privada, talvez 20, 30, 40 vezes mais, decide civicamente, servir ao Estado... Mas não em qualquer lugar: mas no lugar tenente da economia.

- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal.** Madrid: Trotta, 1995;
- _____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Trad. Perfecto Andrés Ibanez. Madrid: Trotta, 2001.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade.** Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- FURTADO, Celso. **Raízes do Subdesenvolvimento.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- HAYEK, Friedrich August Von. **Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – Normas e Ordem.** Trad. Ana Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Vol I. São Paulo: Visão, 1985.
- _____. **O Caminho da Servidão.** Trad. e revis. Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, e Liane de Morais Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.
- MARCELLINO JR., Julio Cesar. **O Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito.** Florianópolis: Habitus, 2009.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um problema às reformas processuais. In: **JURISPOIESIS – Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá.** Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, p. 31-36, 2002.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos com a Law and Economics.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia.** Trad. Ruy Julgmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público.** Trad. Sérgio Fernando Guarisch Bath e Ewandro Magalhães Jr. 10. ed. Brasília: MH Comunicação, 1998.
- PILATTI, Adriano. **Constituinte de 1987-1988. Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law.** 6th.ed. New York: Aspen Publishers, 2003.
- _____. **How Judges Think.** Harvard University Press, 2008.
- SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SOROS, George. **O novo paradigma para os mercados financeiros: a crise de crédito de 2008 e as suas implicações.** Trad. Sofia Querido e Sofia Morais. Coimbra: Almedina, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EFICIÊNCIA E EFICÁCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ESTUDO COMPARATIVO BRASIL E ESPANHA¹

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF EFFICIENCY AND EFFECTIVENESS OF PUBLIC ADMINISTRATION: A COMPARATIVE STUDY OF BRAZIL AND SPAIN

Christian Mendez Alcantara²

Resumo

Este trabalho teve como objetivo analisar o princípio da eficiência no Brasil e o princípio da eficácia na Espanha. Abordou-se a eficiência e a eficácia inicialmente como são vistas na administração e na economia. Num segundo momento avaliou-se a eficiência e a eficácia como princípios da administração pública no Brasil e Espanha. Analisou-se a doutrina, a legislação desses países, além da jurisprudência relativa ao tema no Superior Tribunal de Justiça no Brasil e no Tribunal Constitucional na Espanha.

No Brasil constatou-se um número considerável de julgados relativos ao princípio da eficiência. O maior número de acórdãos se refere a prazos, geralmente de sessenta dias, para decisão administrativa. Também foram observados: revogação de licitação e desqualificação de organização social por não ter atingido as metas estabelecidas no contrato de gestão. Nas decisões do Superior Tribunal de Justiça não foram observadas avaliações de maior eficiência ou não sobre atos do Poder Executivo.

Analisando a jurisprudência espanhola do Tribunal Constitucional, constata-se que a eficácia é reconhecida efetivamente como um princípio de toda a administração pública e está mais relacionada a sua imperatividade e autoexecutoriedade, desde que não contrarie direitos e garantias individuais. Não se observou nos julgados espanhóis, tal como no Brasil, análises de maior eficácia ou maior eficiência de atos administrativos.

Palavras-chave: Eficiência; eficácia; princípio constitucional.

Abstract

The purpose of this study was to analyse the principle of efficiency in Brazil and the principle of efficacy in Spain. Efficiency and efficacy were initially

¹ Artigo recebido em: 29/05/2009. Pareceres emitidos em: 08/08/2009 e 14/08/2009. Aceito para publicação em: 13/05/2010.

² Professor UFPR, Advogado, Mestre em Administração e Doutor em Direito. E-mail: cmalcantara@ufpr.br.

approached as they are seen in administration and economics. Following this, efficiency and efficacy were evaluated as principles of public administration in Brazil and Spain. The doctrine and the legislation of these countries were analysed, as well as jurisprudence relating to the issue in the Brazilian High Court of Justice and in the Spanish Constitutional Court.

In Brazil a considerable number of judgements were found in relation to the principle of efficiency. Most of the decisions refer to time limits, generally sixty days, for administrative resolutions. Other decisions observed include: annulment of procurement process and disqualification of social organization for not having met the goals established in the management contract. Evaluations as to greater efficiency or not regarding acts of the Executive Branch were not observed in the decisions of the High Court of Justice.

Analysing the jurisprudence of the Spanish Constitutional Court, it can be noted that efficacy is recognized effectively as a principle of the entire public administration and is more related to its imperativity and self-executory ability, as long as it does not contradict individual rights and guarantees. As in Brazil, analyses of greater efficacy or greater efficiency of administrative acts were not observed in the Spanish judgements.

Keywords: Efficiency; efficacy; constitutional principle.

Sumário: 1. Introdução; 2. Eficiência e eficácia, 2.1 Eficiência na administração pública, 2.2 Eficácia na administração pública; 3. Eficiência e a eficácia no Direito, 3.1 A eficiência como princípio constitucional da administração pública no Brasil, 3.2 A Eficácia como Princípio Constitucional da Administração Pública na Espanha, 3.3 Eficiência e o controle judicial no Brasil, 3.4 Eficácia Administrativa e o controle judicial na Espanha; 4. Considerações finais; 5. Agradecimentos; 6. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Os conceitos de eficiência e eficácia geralmente estão mais presentes em áreas como administração e economia. Após a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, a eficiência tornou-se princípio constitucional da administração pública. Serão analisadas a doutrina, a legislação e a jurisprudência relativas ao tema. A seguir é analisado de forma similar o princípio da eficácia na Espanha. Finalmente, se estabelece um cotejo entre o princípio da eficiência brasileiro e o princípio da eficácia espanhol.

2 EFICIÊNCIA E EFICÁCIA

Os dois principais indicadores de desempenho organizacional para Richard Boyle (1989) são a eficiência e a eficácia. Peter Drucker (1964), um dos maiores pensadores em Administração, propôs o julgamento de um administrador mediante os critérios de eficácia e eficiência.

2.1 Eficiência na Administração Pública

A eficiência está relacionada à melhor utilização dos recursos para atingir um objetivo. Fernando Prestes Motta e Bresser Pereira (1980) a definem como a coerência dos meios em relação com os fins visados, e se traduz no emprego de esforços (meios) para a obtenção de um máximo de resultados (fins). Para Rua (1999) a eficiência está vinculada prioritariamente à produtividade.

Luciano Parejo Alfonso (1995, p. 97) e Les Metcalfe (METCALFE; RICHARDS, 1992, p. 31) classificam a eficiência em eficiência técnica, relação entre os recursos e os resultados físicos, e eficiência econômica, relação entre custos dos recursos e o valor dos resultados, sendo esta geralmente o foco das reformas administrativas.

É importante ressaltar que o conceito de eficiência apresenta necessariamente contornos diferenciados em organizações privadas e públicas. Nestas o que deve prevalecer é o interesse ou a necessidade dos cidadãos; naquelas, predominam o interesse financeiro e de seus proprietários e a maximização do lucro. Nesse sentido, Marianne Nassuno (1999, p. 335-361) observa que o conceito tradicional de eficiência a relaciona ao melhor uso de recursos visando ao lucro. Na seara pública, ela pode ser definida como o melhor uso de recursos para atender ao interesse público.

Francisco Pedraja e Javier Salinas (2005, p. 86-93) consideram natural a preocupação com a maior eficiência no setor público, tendo em vista a exiguidade de recursos e os gastos crescentes neste setor. A busca por maior eficiência se dá em conseguir um maior “*output*” com os mesmos recursos, ou o mesmo “*output*” com menos recursos. Ou tentando fazer ambos ao mesmo tempo.

A eficiência, para Carlos Pimenta (1998, p. 173-199), é considerada como ampliação dos serviços prestados à população, satisfação (percepção da qualidade) dos cidadãos em relação aos serviços e indicadores de desempenho. Richard Boyle (1989, p. 19) dá exemplos de possíveis indicadores de eficiência no setor público: custo por leito hospitalar, custo por aluno, entre outros.

A avaliação da eficiência é de difícil operacionalização, ainda mais em serviços públicos. Grande parte das atividades públicas não permitem uma avaliação direta e objetiva dos resultados, pois elas atuam em sistemas abertos e complexos. Luciano Parejo Alfonso (1996, p. 96 e ss.) frisa a dificuldade de mensurar e avaliar eficiência no setor público: dificuldade de definição e medição dos resultados, imperfeição dos indicadores de resultados, limitação burocráticas para redução de custos e resistências à avaliação. Considera também que geralmente uma organização não poderá ser avaliada por apenas um critério, mas um conjunto deles. Cita como exemplos: inovação, adaptação a mudanças e aprendizagem organizacional.

José Martínez e Nuria Rueda (2005, p. 77-85) relatam que a avaliação no setor público, especialmente saúde e educação, que têm influência de fatores externos, é um terreno repleto de dificuldades metodológicas, se comparado à produção de bens, e que está ainda “*en su infancia*”. Muitas vezes ocorrem avaliações parciais que com frequência são inúteis. Os mesmos autores sugerem realizar a avaliação de um serviço público, sempre que possível, por meio dos produtos ou serviços obtidos (“*outputs*”) e não dos fatores ou insumos consumidos (“*inputs*”). Observam também que é importante levar em conta a qualidade do serviço baseada na visão do usuário e que não há modelo generalizável para todos os países. A avaliação deve considerar as particularidades e o momento de cada país, bem como não se centrar apenas nos aspectos contábeis.

Para Francisco Pedraja e Javier Salinas (2005, p. 86-93), o serviço público não é homogêneo; predominam a incerteza e o desconhecimento na produção ou prestação do serviço, especialmente nos seus resultados. Consideram que na sua avaliação é possível trilhar dois caminhos. O primeiro por meio de indicadores parciais sobre aspectos específicos do serviço. Esses indicadores são mais fáceis

de manusear e podem auxiliar na gestão do serviço; entretanto, apresentam caráter parcial e, em alguns casos, podem apresentar resultados contraditórios. O segundo caminho é obter um índice global de eficiência de um determinado serviço, que envolve metodologia de maior complexidade e deve observar fatores externos intervenientes. Os mesmos autores comparam um serviço relativamente fácil de ser avaliado, por exemplo o recolhimento de lixo, com a educação, de difícil avaliação. Este tem efeitos a médio prazo, uma série de influências externas: renda familiar e envolvimento de pais ou responsáveis, por exemplo. Também há dificuldade em definir o que é uma boa educação: notas, criatividade ou valores. Nas suas considerações finais observam que a avaliação do setor público deve ser sistemática durante vários períodos e ocorrer nas diferentes etapas do processo produtivo.

Joan Prats Catalã (2004, p. 27-102), analisando a mesma questão, faz ponderação similar sobre indicadores parciais. Quanto mais simplificada a atividade, o programa ou o indicador, mais fácil avaliar seu desempenho gerencial; entretanto, é uma avaliação parcial e pode dificultar a coordenação e colaboração interadministrativa, especialmente importante no serviço público, tendo em vista que boa parte deles não depende apenas de um único departamento ou agência. Stephen Page (2004, p. 591-606) sugere que a coleta de dados deve ser o mais simples possível, avaliando as prioridades da organização. Richard Boyle (1989, p. 23), ainda em relação à avaliação, lembra que esta pode ser feita ao longo do tempo, utilizando parâmetros e comparações com outras organizações.

Além das dificuldades metodológicas de avaliação do serviço público e de sua eficiência, ressalta-se que não há um conceito unívoco para ela. O seu entendimento pode variar inclusive em diferentes áreas de conhecimento: Administração, Economia, e, mais recentemente, Direito. É interessante também observar, como reconhece Marianne Nassuno (1999, p. 335-361), que a eficiência, por si só, não permite adequada avaliação sobre que grupos sociais estão sendo beneficiados com as decisões do gestor público.

2.2 Eficácia na Administração Pública

Eficácia é escolher certo o que fazer, ou seja, selecionar os objetivos adequados ou as alternativas corretas. Segundo André (1993), é o grau em que as metas, entendidas como atributos mensuráveis de objetivos, para um dado período de tempo, foram efetivamente atingidas. É o grau no qual uma empresa alcança um objetivo estipulado, como, por exemplo, melhoria na qualidade, lucros maiores e aumento na participação no mercado. Como indicadores de eficácia, Les Metcalfe (METCALFE; RICHARDS, 1992, p. 33-34) recomenda na administração pública: inovação, adaptação a mudanças e aprendizagem organizacional.

Richard Boyle (1989, p. 20) considera que para avaliar eficácia é necessário definir claramente os objetivos da organização. No setor público, para este autor, devem participar políticos, o corpo técnico-burocrático e a população.

É importante observar que a Constituição Federal prevê a avaliação de resultados quanto à eficácia no seu artigo 74, inciso II.

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - ...

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

A avaliação da eficácia do serviço público é um desafio ainda maior do que a análise sobre a eficiência, para o Poder Judiciário, especialmente porque a eficácia, em geral, estará relacionada à definição e possível consecução de objetivos, que muitas vezes estarão no âmbito da discricionariedade do administrador público.

Na teoria administrativa, eficácia e eficiência são consideradas fundamentais a qualquer organização pública ou privada. Ambas são vitais para o planejamento: determinar os objetivos certos e em seguida escolher os meios certos de alcançar esses objetivos.

Entretanto, Les Metcalfe (METCALFE; RICHARDS, 1992, p. 33 e ss.) faz ponderação importante em relação à limitação destes dois critérios. Eles fazem parte de um modelo racional, no qual predominam a abordagem econômica,

adequação dos meios e fins e maximização da eficiência, geralmente mais presente em decisões rotineiras e de menor complexidade. Contudo, muitas vezes, ainda mais na administração pública, existem outros componentes presentes na tomada da decisão, fatores políticos ou culturais, por exemplo. O mesmo autor considera que modelo racional hipervaloriza o desempenho quantitativo, relegando a segundo plano aspectos estratégicos na tomada de decisão, bem como tem dificuldade com incerteza e desordem do sistema público “(...), *they fail to cope with ‘the pathological uncertainty and disorder of public sector administration*). (METCALFE; RICHARDS, 1992).

3 EFICIÊNCIA E A EFICÁCIA NO DIREITO

No Direito é usual a abordagem sobre eficácia da norma, especialmente as constitucionais. José Afonso da Silva (2002) e Luís Roberto Barroso (1993, p. 78-79) estabelecem diferenciação entre eficácia jurídica e eficácia social. Eficácia jurídica diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Eficácia social é o fato de a norma ser efetivamente ou realmente aplicada e seguida nos casos. Para Luís Roberto Barroso eficácia social e efetividade são similares. Neste trabalho não será analisada a eficácia da norma, quer seja jurídica, quer social.

A doutrina jurídica brasileira está se dedicando ao tema especialmente depois de a eficiência tornar-se princípio constitucional da administração pública e é natural que tenha sido assim. No Brasil, em alguns casos, os termos eficácia e eficiência são utilizados, inclusive, como sinônimos.

3.1 A Eficiência como Princípio Constitucional da Administração Pública no Brasil

As normas constitucionais, para Canotilho (1992, p. 1.144-1.145.), apresentam-se na forma de princípios e regras. Os princípios apresentam grau de abstração relativamente elevado, são vagos e indeterminados quando comparados às regras. Os primeiros são normas de otimização e comportam diferentes níveis

de concretização. Não podem ser valorados como verdadeiros ou falsos. As regras prescrevem uma exigência (impõem, permitem ou proíbem). É ou não é cumprida. Para o autor português os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se.

Luís Roberto Barroso (2001) relata que os princípios constitucionais são a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Desempenham as funções de: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete. Têm um maior teor de abstração e maior destaque que as regras constitucionais. O mesmo autor, entretanto, observa que não há hierarquia entre princípios e regras constitucionais.

Para Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994), os princípios constitucionais desempenham uma função positiva, que consiste em afirmar a diretriz e o conteúdo dos subprincípios e do regramento jurídico para observação de todos. E outra negativa, que é a vedação à introdução no sistema normativo de qualquer conteúdo que se contraponha ao que neles é estabelecido.

José Afonso da Silva (2001) não considera a eficiência como um conceito jurídico, mas econômico; pois não qualifica normas, qualifica atividades. Este princípio orienta a administração pública no sentido de conseguir os melhores resultados com meios escassos e a menor custo. Prossegue o autor observando que eficiência administrativa é obtida pelo melhor emprego dos recursos e meios para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários. Marcelo Harger (1999, p. 151-161) sintetiza como o dever de o administrador público utilizar a melhor opção disponível, a opção ótima.

O princípio da eficiência, para Alexandre Moraes (MORAES, 2002, p. 317 e s.), está vinculado à prestação de serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum. Observa que este princípio apresenta as seguintes características: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, desburocratização e busca da qualidade.

Juliano Henrique da Cruz Cereijido (2001, p. 231-241) considera que o princípio da eficiência está relacionado aos meios empregados. Os agentes

públicos têm o dever de selecionar e utilizar criteriosamente os melhores meios a serem empregados no cumprimento das atividades necessárias à boa administração. Frisa que na eficiência predomina o controle dos meios e não dos fins alcançados. O mesmo autor também relata a importância de interpretar a eficiência conjugada com os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade.

Segundo Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 1-6) a eficiência não visa mitigar o princípio da legalidade, mas estabelecer uma nova lógica para esta, priorizando também resultados práticos alcançados, não se restringindo apenas a aspectos formais e abstratos.

Para Rogério Gesta Leal (2006, p. 133-134), o princípio da eficiência foi alçado a princípio básico da atividade administrativa e ao desejo de maximizar os resultados de toda e qualquer ação dos serviços públicos. Entretanto, alerta que a Emenda Constitucional nº 19/1998 não indicou os critérios e indicadores para aferir tal eficiência. Observa também que a jurisprudência na aplicação do princípio da eficiência vem estabelecendo, em relação à agilidade e rapidez, o prazo estabelecido na lei de procedimento administrativo. Isto foi também observado neste trabalho. A observação de Gesta Leal sobre a falta de critérios e indicadores é bastante pertinente, pois o mesmo acontece na Espanha, dificultando a avaliação efetiva da eficácia e eficiência do gestor público.

Sérgio de Andrea Ferreira (2001, p. 96-121) considera que a administração pública já estava submetida a este princípio, mesmo sem estar previsto expressamente na Constituição. Cita, neste sentido, o artigo 74, inciso II da Constituição Federal.

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - ...

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

O princípio da eficiência tem despertado também preocupações e críticas da doutrina. Maria Zanella Di Pietro (2002, p. 84) relaciona este princípio à Ciência

da Administração e aos tecnocratas. Para a autora, ele apresenta certo antagonismo e pode sacrificar o princípio da legalidade, imposto pela Constituição e inerente ao Estado do Direito.

Bandeira de Mello (2000) demonstra preocupação em relação à dificuldade de definição jurídica do princípio de eficiência e do seu controle judicial. Ressalta que a eficiência deve estar sempre em consonância com a legalidade.

Egon Bockmann Moreira (2000, p. 320-341) critica severamente a inclusão da eficiência como princípio constitucional, considerando-a oriunda da administração gerencial privada competitiva e expressa que sua inserção não gerará nenhuma novidade ou benefício concreto.

O mesmo autor (MOREIRA, 2000b, p. 124 e ss.) prossegue em suas críticas à eficiência. Ela é típica da administração e economia e tem objetivos completamente diversos da Administração Pública e do Estado Democrático do Direito. Alerta que a administração pública não pode ser orientada pelo lucro e que a eficiência não pode e não deve atenuar outros princípios ou normas constitucionais. Conclui que deve prevalecer na gestão pública o respeito aos cidadãos, o atendimento ao seu bem-estar e a realização dos direitos fundamentais do Homem.

Efetivamente, a preocupação com a eficiência é mais recorrente na iniciativa privada, mas ela também é importante e necessária na gestão da coisa pública, que administra recursos públicos, e nesta tem um contorno necessariamente diferenciado. Após a Emenda Dezenove, a eficiência é princípio constitucional e assim deve ser tratada. Quanto aos benefícios, o tempo dirá se eles ocorrerão, e dependerão, certamente, do gestor público, da participação dos cidadãos, da doutrina jurídica e do posicionamento do judiciário brasileiro.

Parece ainda não existir na doutrina jurídica brasileira um conceito consensual de princípio de eficiência. Alguns autores como Maria Zanella Di Pietro (2002, p. 84) e Alexandre Moraes (2002, p. 315), quando abordam o princípio da eficiência brasileiro, citam o princípio da eficácia na Constituição da Espanha. Entretanto, é importante considerar que eficiência e eficácia, na doutrina administrativa e econômica, são conceitos complementares mas distintos, como já

foi visto anteriormente. O princípio da eficácia da Espanha apresenta algumas características distintas do princípio da eficiência no Brasil e será apresentado a seguir.

3.2 A Eficácia Como Princípio Constitucional da Administração Pública na Espanha

O princípio da eficácia na administração pública está estabelecido no artigo 103 da Constituição Espanhola de 1978 e estabelece o seguinte:

Artículo 103.

*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de **eficacia**, jerarquía, descentralización y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho* (sem grifo no original).

...
...

Para Parejo Alfonso (1996, p. 85), provavelmente o doutrinador espanhol que mais se debruçou sobre o tema, a eficácia é princípio jurídico, de ampla margem e com caráter genérico ou indeterminado. Nas suas palavras: “*La doctrina del Tribunal así lo confirma, precisando que el principio deja amplio margen, en cualquier caso, al legislador ordinario*”. Observa também que esse princípio deve ser interpretado em conjunto com os princípios da hierarquia, descentralização e coordenação, e poderá apresentar compreensões complementares, tendo em vista sua amplitude, bem como a dos múltiplos fins da administração pública.

O mesmo autor (ALFONSO, 1989, p. 19) diferencia eficácia e eficiência da seguinte forma: “*la eficacia alude a la efectiva consecución de objetivos prefijados... La eficiencia puede definirse como subespecie de la eficacia, que incorpora la perspectiva de la relación medios-objetivos para prescribir el grado óptimo de la misma...*”. Sintetizando a diferença, mas também a estreita relação entre os dois conceitos, Parejo Alfonso (1995, p. 94), considera que a eficiência, fazer bem as coisas, é mais específica e próxima à economia; e a eficácia, fazer as coisas, tem caráter mais administrativo e organizacional. Esta engloba a eficiência e a economia. Entretanto, o próprio autor (ALFONSO, 1989, p. 15-16) alerta para a necessidade de uma maior precisão terminológica, pois muitas vezes eficácia,

eficiência, efetividade e produtividade são ainda consideradas similares. Esta preocupação do Professor Parejo Alfonso também é relevante para o Brasil.

Santamaría Pastor (2002, v. 1, p. 112) define eficácia como “...*imperativo de óptimo funcionamiento del conjunto de las Administraciones públicas, como sistema que ha de operar de manera coherente y armónica*”. E considera que juízes e tribunais podem anular decisão administrativa caso ela se demonstre claramente impeditiva de uma ação eficaz da Administração Pública.

Luciano Parejo Alfonso (1996) alerta que o princípio da eficácia na administração pública espanhola não se limita à eficácia jurídica ou efetividade, ele representa uma exigência de ação organizada, programada e sistemática do gestor público. Para concretizar o princípio da eficácia na Espanha, Parejo Alfonso (1989, p. 37) aponta como caminho a definição de interesse geral: “*Es, pues, la definición del interés general el elemento clave para el enjuiciamiento en concreto de la eficacia*”. Lois Recascino Wise (2004, p. 669-680) define interesse geral ou interesse público como as demandas oriundas dos interesses coletivos de uma determinada população, inclusive de suas futuras gerações. É mais que a mera soma de interesses. Maria García (2005, p. 281-320) observa que existe tendência de construir-se o conceito de interesse geral também no direito comunitário.

É este interesse que deve orientar a elaboração de critérios específicos de avaliação da eficácia no setor público, já que esta não se restringe à eficiência, à produtividade ou ao rendimento, geralmente características da atividade econômica privada. Para Parejo Alfonso (1989), é uma tarefa ainda por fazer: “*Es ésta una tarea que está aún por hacer y con la doctrina jurídico-administrativa, como la ciencia de la Administración pero fundamentalmente esta última, tienen contraída, en nuestro sistema, una deuda ya vencida*”.

Também na Espanha o princípio da eficácia é questionado, especialmente em relação à legalidade. Segundo Juan Alfonso Santamaría Pastor (2002, v. 1, p. 112-113), a convivência dos dois princípios é problemática, e sustenta a posição de que a eficácia, no caso da Constituição Espanhola, tem uma posição subordinada à legalidade. Afirma: “*No hay eficacia contra el Derecho: la eficacia comienza*

justamente donde el Derecho termina". Rodríguez-Arana (2005, p. 11-39) também reconhece certa tensão entre os dois princípios.

Segundo Luciano Parejo Alfonso (1996, p. 87), contudo, não há contraposição possível entre os princípios da legalidade e eficácia na constituição espanhola, pois há administração legal e ilegal, bem como administração eficaz e ineficaz; que é sinônimo de boa ou má administração. Em outro artigo (PAREJO ALFONSO, 1995, p. 108-109), reafirma que contraposição é falsa e observa que a eficácia não pode comportar a renúncia ao Estado do Direito, mas também nem a Lei e o Direito podem tornar impraticável uma atuação eficaz na administração pública.

Outra ponderação importante é a que faz Miguel Navajas Rebollar (2000, p. 76). Observa que o princípio da eficácia na Espanha vem sendo utilizado como justificativa para "*la huida del derecho administrativo*", ou seja, para contratar sem os controles e procedimentos típicos do direito administrativo. Isto, infelizmente, também pode acontecer com o princípio da eficiência no Brasil. Vemos com preocupação a possibilidade, permitida pela legislação, da dispensa da licitação na escolha de organizações sociais para atuar junto à administração pública, por exemplo. Esta dispensa pode voltar a acentuar o patrimonialismo, tão conhecido em nossa administração pública brasileira.

É interessante observar que a Lei nº 6/1997, da "*Organización y Funcionamiento de La Administración General del Estado*" (LOFAGE), já previa o controle de eficácia nos organismos autônomos e entidades públicas empresarias nos seus artigos 51 e 59, respectivamente:

Art. 51. *Control de eficacia de los Organismos Autônomos.*

Los Organismos Autônomos están sometidos a un control de eficacia, que será ejercido por el Ministerio al que estén adscritos, sin perjuicio del control establecido al respecto por la Ley General Presupuestaria. Dicho control tendrá por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados.

Art 59. *Control de eficacia de as Entidades Públicas Empresariales.*

1. Las Entidades Públicas Empresariales están sometidas a un control de eficacia que será ejercido por el Ministerio y, en su caso, por el Organismo Público al que estén adscritas, sin perjuicio del control establecido al respecto por la Ley General Presupuestaria. Dicho control tiene por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados.

Também há preocupação com o princípio da eficácia na lei de procedimento administrativo espanhola com texto bastante similar ao estabelecido na Constituição Espanhola:

Artículo 3. Principios generales. – 1. Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

A doutrina jurídica na Espanha, cuja Constituição é de 1978, parece ter progredido mais nas definições de eficiência e, especialmente, eficácia. Contudo, o próprio Luciano Parejo Alfonso frisa ainda a necessidade da construção de um conceito de eficácia na administração pública, que tem características distintas das organizações privadas.

A LOFAGE prevê o controle de eficácia por meio do grau de cumprimento dos objetivos e da adequada utilização de recursos. Entretanto, conceitualmente a utilização de recursos está mais relacionada à eficiência. Talvez o legislador espanhol tenha usado o conceito ampliado de eficácia abrangendo a eficiência, tal como proposto por Luciano Parejo Alfonso.

María Charro (2002, p. 529-559) faz ponderação interessante sobre o controle da eficácia da LOFAGE. Apesar deste, não há explicitação das consequências jurídicas se o ato administrativo de um organismo autônomo ou entidade pública empresarial for considerado ineficaz. Jaime Rodríguez-Arana (2005), relator do projeto desta lei, observa que este controle não tem acontecido de fato nos organismos autônomos e nas entidades públicas empresariais.

Após apresentadas as doutrinas brasileira e espanhola sobre os princípios da eficiência e da eficácia, respectivamente, será analisada a jurisprudência dos dois países.

3.3 Eficiência e o Controle Judicial no Brasil

Esta certamente será uma das questões mais controvertidas trazidas pela caracterização da eficiência como princípio constitucional. Pode o Poder Judiciário

analisar se o ato administrativo é ou não eficiente? Que conceitos, métodos ou técnicas se deve utilizar?

Para Vladimir da Rocha França (2000, p. 165-177), é vedado ao Poder Judiciário controlar integralmente a eficiência da atividade administrativa. A eficiência é objeto de controle interno de cada poder e do controle legislativo. Afirma que não cabe ao Poder Judiciário definir a melhor técnica aplicável, mas sim se esta ateu-se aos limites do ordenamento jurídico. O juiz, baseado apenas no princípio da eficiência, não pode invalidar ato administrativo.

Prossegue o autor ressaltando que a eficiência somente é efetivamente comprovada quando o ato administrativo é materialmente aplicado. O controle jurisdicional da atividade administrativa não incide sobre a execução material, mas sim a estrutura e coerência jurídicas da decisão da administração pública e sua relação com o regime jurídico-administrativo.

Segundo Emerson Gabardo (2002), o entendimento anterior era dominante na jurisprudência. A justificativa é a independência dos poderes. É interessante observar que este posicionamento se solidificou antes da Reforma Constitucional de 1998.

Em sentido diverso, Marcelo Harger (1999, p. 151-161) observa que o princípio de eficiência adquire fundamental importância especialmente na avaliação dos atos discricionários da administração pública. Ele serve de baliza para a atuação discricionária. O Poder Judiciário pode analisar o mérito do ato administrativo. Reduz-se o poder discricionário da administração sem eliminá-lo por completo.

Alexandre Moraes (2002, p. 323) corrobora a posição de Harger, e considera que o Poder Judiciário tem plena possibilidade de responsabilizar as autoridades públicas para garantir a eficiência dos serviços prestados.

A seguir serão apresentados casos julgados no Brasil em relação ao princípio da eficiência. Foram pesquisados os julgados do Supremo Tribunal Federal. Como não se observou acórdãos analisando diretamente o princípio da eficiência neste tribunal, foi realizada pesquisa no Superior Tribunal de Justiça.

Em 2002, o Superior Tribunal da Justiça (BRASIL, 2002, p. 183) considerou que a toda e qualquer atividade da administração pública e de seus agentes está subordinada ao princípio da eficiência e que não é justificável longo lapso temporal para a efetivação do ato administrativo. Neste caso uma Associação de Moradores estava esperando há quatro anos autorização de funcionamento de rádio comunitária. O Superior Tribunal de Justiça estipulou em sessenta dias o prazo para instrução do processo administrativo e a emissão da decisão da autoridade competente. A determinação deste prazo tem sido recorrente no STJ ao aplicar o princípio da eficiência.

1. O exercício da atividade administrativa está submetido ao princípio da *eficiência*, nos termos do art. 37, *caput*, CF/88.

2. Configura-se ofensiva ao princípio da eficiência a conduta omissiva da autoridade competente, que deixa transcorrer longo lapso temporal sem processar pedido de *autorização* de funcionamento de rádio comunitária.

A Administração Pública e, conseqüentemente, os seus agentes, desimportante o seu nível hierárquico, estão adstritos, por expressa disposição constitucional (art. 37, *caput*), à observância de determinados princípios, dentre os quais se destaca o **princípio da eficiência**, inserido no dispositivo em virtude da alteração procedida pela Emenda Constitucional n. 19/98.

...

Agride o princípio da eficiência, de maneira inquestionável, a demora injustificável tanto do processamento do requerimento quanto da apreciação do pedido pela autoridade coatora, decorridos 04 (quatro) anos do protocolo do pleito.

...

Posto isso, concedo parcialmente a segurança, para determinar à autoridade coatora que se pronuncie sobre o requerimento efetuado pela impetrante. Acatando sugestão do Ministro Luiz Fux assinalo prazo máximo de 60 (sessenta) dias para efetivação das providências, reputando-o suficiente à adoção das medidas necessárias, mormente considerado o lapso temporal já transcorrido.

Em 2003 o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2003, p. 211) manteve decisão administrativa de revogar licitação tendo em vista, dentre outros motivos, que a própria administração poderia desempenhar a atividade e os princípios da eficiência e economicidade.

A revogação da licitação em exame fundamenta-se, também, na demonstração, após o início do Programa Pantanal, de que a própria Administração estava apta a realizar parte do projeto, possibilitando uma melhor gestão dos recursos, em atendimento aos princípios da eficiência e economicidade.

No mesmo ano, ao analisar mandado de segurança solicitando edição de portaria no caso de anistiado político, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2003) determinou prazo de sessenta dias para emissão da decisão administrativa e afirma que este prazo que consta na Lei nº 10.559/2002 está em consonância com o princípio da eficiência e com a lei de procedimento administrativo.

5. Nada obstante, o § 4º do art. 12 da Lei 10.559/2002 estabelece o prazo de 60 (sessenta) dias para efetivação da decisão, numa clara manifestação de que a prontidão é característica desses feitos, onde se visa a reparação da ignominiosa antijuridicidade de outrora. Depreende-se do citado dispositivo que a sua *ratio essendi* está consoante o princípio da eficiência, já prestigiado pelo STJ, mercê da liberdade de a autoridade máxima decidir ao seu alvitre.

6. Deveras, a Lei que regula o procedimento administrativo também concede o prazo de 60 (sessenta) dias para a decisão do feito, aliás, de certo, o paradigma do citado § 4º.

7. Impõe-se, assim, conceder em parte a ordem para que a autoridade impetrada, no prazo da Lei de 60 (sessenta) dias desta decisão, ao seu alvitre e independência, profira decisão no procedimento administrativo retromencionado.

Em 2004, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2004, p. 163) considerou o princípio da eficiência e determinou maior celeridade para conclusão do procedimento administrativo, fixando novamente o prazo em sessenta dias para conclusão do processo administrativo. Mais uma vez aparece a necessidade de a administração agir em prazos aceitáveis.

No ano de 2005, ainda usando a expressão “princípio da eficiência”, foi possível localizar acórdão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2005, p. 75) que ratifica a decisão da Ministra do Meio Ambiente de desqualificar uma organização social por não ter cumprido as metas estabelecidas no contrato de gestão. Como esse é um acórdão que aborda o princípio e outros aspectos da reforma gerencial de 1998, transcrever-se-á trecho maior do julgado.

6. Por outro lado, é inviável o reexame, em sede de mandado de segurança, dos critérios e percentuais de avaliação utilizados pelo Ministério do Meio Ambiente para atribuir o índice de 70,4% de cumprimento das metas do contrato de gestão celebrado com a impetrante. Além disso, cumpre registrar que o contrato em discussão, de acordo com o art. 5º e seguintes da Lei 9.637/98, objetivamente prevê as metas e os critérios da sistemática de avaliação. No caso em apreço, é inviável a revisão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, estando este Tribunal limitado a apreciar a legalidade do ato praticado pela autoridade impetrada.

7. A responsabilidade pelo não-cumprimento de todas as metas do contrato de gestão objeto do writ é imputável tão-somente à entidade impetrante, não havendo como atribuir ao Poder Público, que lhe transferiu recursos financeiros e lhe cedeu servidores públicos, a 'culpa' pelo cumprimento de percentual insatisfatório das metas contratualmente estipuladas. Além disso, conforme bem observado pelo parecer que fundamentou o ato impetrado, a impetrante admite o descumprimento parcial do contrato e não justifica os motivos desse descumprimento, apenas discorre que o Poder Público não lhe orientou de maneira suficiente para que as metas pudessem ser atingidas.

8. Registre-se que as alegações da impetrante são contrárias aos princípios que regem a Administração Pública e as atividades do chamado "terceiro setor", pois a qualificação de entidades como organizações sociais e a celebração de contratos de gestão tiveram origem na necessidade de se desburocratizar e otimizar a prestação de serviços à coletividade, bem como viabilizar o fomento e a execução de atividades relativas às áreas especificadas na Lei 9.637/98 (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde). Assim, apesar de, na espécie, competir ao Ministério do Meio Ambiente a fiscalização, a avaliação e o acompanhamento dos resultados do contrato de gestão, essas providências não afastam a responsabilidade do impetrante de cumprir as metas acordadas com o Poder Público.

Em 2008 o mesmo tribunal (BRASIL, 2008) manteve indenização pela demora injustificada da administração pública.

...

3. É dever da Administração Pública pautar seus atos pelos princípios constitucionais, notadamente pelo princípio da eficiência, que se concretiza também pelo cumprimento dos prazos legalmente determinados.

4. Não demonstrados óbices que justifiquem a demora na concessão da aposentadoria requerida pela servidora, restam feridos os princípios constitucionais elencados no artigo 37 Constituição da República.

5. Legítimo o pagamento de indenização, em razão da injustificada demora na concessão da aposentadoria.

6. Recurso especial não provido.

Analisando as decisões do Superior Tribunal de Justiça constata-se um número considerável de julgados relativos ao princípio da eficiência. O maior número de acórdãos se refere a prazos, geralmente de sessenta dias, para decisão administrativa. Também foram observados: revogação de licitação, desqualificação de organização social e pagamento de indenização por demora na concessão de aposentadoria para servidora pública.

Nas decisões do Superior Tribunal de Justiça não foram observadas avaliações de maior eficiência ou não sobre atos do Poder Executivo. Apenas em

um caso foi constatada a desqualificação de uma organização social por não ter atingido as metas estabelecidas no contrato de gestão. Este julgado merece ser destacado.

3.4 Eficácia Administrativa e o Controle Judicial na Espanha

Na Espanha, o princípio da eficácia está em vigor desde 1978. A pesquisa foi realizada utilizando a expressão “*principio de eficacia*” no sítio eletrônico³ do Tribunal Constitucional, que exerce funções similares ao Supremo Tribunal Federal de nosso país.

Constitución Española – Art. 161. 1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53,2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca. De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí. De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

Numa das primeiras decisões do Tribunal Constitucional (ESPAÑA, 1984) sobre esse princípio, ao anular ordem de demolição, afirma que a eficácia é efetivamente um princípio da administração pública e cabe ao legislador ordinário definir a concretização deste conceito, bem como determina que esse mesmo princípio deve respeitar os direitos fundamentais do cidadão.

El reconocimiento por el art. 103 de la C. E. del principio de eficacia como uno de los principios a los que la Administración pública ha de atenerse con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho significa una remisión al legislador ordinario respecto de aquellas normas en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier administración pública con arreglo al art. 103 de la C. E. Una vez admitida la conformidad con la Constitución de la potestad administrativa de autotutela, en virtud de la cual se permite que la

³ Disponível em: <www.tribunalconstitucional.es>.

Administración emane actos declaratorios de la existencia y límites de sus propios derechos con eficacia ejecutiva inmediata, hay en seguida que señalar que la Administración, que, a través de sus órganos competentes, procede a la ejecución forzosa de actos administrativos, tiene en los actos de ejecución que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución.

Em 1989 o Tribunal Constitucional (ESPAÑA, 1989) analisou amplo pedido do Partido Popular alegando inconstitucionalidade de vários artigos da Lei nº 53/1984 (Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas), que trata sobre acúmulo de cargos públicos ou destes com funções do setor privado. Este tribunal negou a inconstitucionalidade e utilizou como um dos fundamentos o princípio da eficácia.

Así, el llamado «principio de incompatibilidad económica», o el principio, en cierto modo coincidente con él, de «dedicación a un solo puesto de trabajo» -al que expresamente alude el preámbulo de la Ley 53/1984- no vulneran en modo alguno la Constitución, ya que no están vinculados únicamente, ni tienen por qué estarlo, de modo exclusivo y excluyente, a la garantía de imparcialidad. Tales principios responden a otro principio constitucional, concretamente, al de eficacia, que es, además, un mandato para la Administración, en la medida en que ésta ha de actuar «de acuerdo» con él (art. 103.1 C.E.). Es, pues, también el principio de eficacia, y no sólo el de imparcialidad, el que «explica» en buena parte y «justifica» constitucionalmente el régimen de incompatibilidades establecido en la Ley impugnada, en la que no pueden reconocerse así los «excesos» o «extralimitaciones» que le atribuyen los demandantes.

No ano de 1996 o Tribunal Constitucional, mediante a decisão 78 (ESPAÑA, 1996), anula penalidade oriunda de processo administrativo e novamente reconhece o princípio da eficácia da administração pública. Entretanto, considera que ele está sempre submetido ao controle judicial para garantir o direito estabelecido pelo artigo 24.1⁴ da Constituição Espanhola.

Hemos declarado en relación con este género de cuestiones que «el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 de la C.E.» (STC 22/1984), y la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el art. 24. 1 de la C.E. (STC 66/1984 y AATC 458/1988, 930/1988 y 1.095/1988), pero que de este mismo derecho fundamental deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares y suspender la ejecución por los motivos que la Ley señala.

⁴ C.E. – Art. 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

No acórdão 199 de 1998 (ESPAÑA, 1998), o Tribunal Constitucional, ao analisar entrada em domicílio para retirada de móveis para posterior desapropriação na cidade de Madrid, anulou a mesma, observando a incompetência de Juiz de Primeira Instância e Instrução Criminal, para autorizar a entrada no domicílio. E reafirmou a subordinação do princípio da eficácia aos direitos e liberdades dos cidadãos.

Reiteradamente hemos declarado que el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 de la C.E., y que la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el art. 24.1 de la C.E., pero sin que tal prerrogativa pueda primar sobre el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos (SSTC 22/1984).

Em 2004 o Tribunal Constitucional (ESPAÑA, 2004) considerou dois artigos da legislação militar espanhola como sendo inconstitucionais. Reconhece a hierarquia como sendo importante para a manutenção do princípio da eficácia neste setor específico da administração pública, mas reitera mais uma vez a primazia dos artigos 14⁵ e 24.1 da Constituição Espanhola.

*Pues bien, como ya afirmamos en nuestra STC 115/2001 (RTC 2001, 115), y hemos de reiterar ahora, la relación jerárquica entre los miembros de las Fuerzas Armadas, exteriorizada en el rango atribuido por los diversos empleos militares en que se halla estructurada y en el mando a ellos asociado, cumple su cometido en el ámbito que le es propio, es decir, en los aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración militar, para lograr de este modo tanto la plena operatividad del **principio constitucional de eficacia** que se predica de dicha Administración, al igual que de las restantes Administraciones públicas. En virtud de lo razonado hemos de concluir que la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, así como de la acción civil derivada de delito o falta, en el ámbito del proceso militar, cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación, contenida en el art. 108.2 LOJM (RCL 1987, 1687) y en el art. 127.1 LOPM (RCL 1989, 856), no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar y en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y de los institutos armados de naturaleza militar, ni resulta proporcionada a la pretendida finalidad de preservar la disciplina militar, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la Ley reconocido por el art. 14 CE (RCL 1978, 2836) y el derecho fundamental*

⁵ C.E. Art. 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado por el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

Também em 2004, na decisão 189 (ESPAÑA, 2004), ao analisar retirada de móveis e utensílios domésticos em residência em vila militar, uma questão castrense mais uma vez, sem autorização judicial, o tribunal constitucional considera novamente que o princípio da eficácia não pode primar sobre liberdades e direitos do cidadão.

En el presente caso estamos ante una actividad de la Administración de ejecución forzosa de sus propios actos amparada en el privilegio de la denominada autotutela administrativa, que no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 CE (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 238/1992, de 17 de diciembre; 148/1993, de 29 de abril; 78/1996, de 20 de mayo; 199/1998, de 13 de octubre). “Esta prerrogativa, sin embargo, no puede primar sobre el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos (SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 171/1997, de 14 de febrero; 199/1998, de 13 de octubre), por lo que en los actos de ejecución la Administración tiene que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de ella, de suerte que cuando resultan necesarios la entrada o el registro en el domicilio de una persona, para llevarlos a cabo será preciso dar cumplimiento a los requisitos del artículo 18⁶ CE.

Analisando a jurisprudência espanhola do Tribunal Constitucional, constata-se que a eficácia é reconhecida efetivamente como um princípio de toda a administração pública e está mais relacionada à sua imperatividade e autoexecutoriedade, desde que não contrarie direitos e garantias individuais.

Não se observou nos julgados espanhóis, tal como no Brasil, análises de maior eficácia ou maior eficiência, ou de ineficácia ou ineficiência de atos administrativos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eficiência na administração pública apresenta contornos diferenciados à da iniciativa privada. Nesta predomina o interesse pelo lucro e na gestão pública

⁶ Art. 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. ...
4. ...

devem sempre prevalecer o interesse público, a preocupação com a efetivação da cidadania e a prestação do serviço público efetivamente voltado às necessidades sociais.

É necessário elaborar e solidificar um conceito “jurídico” de eficiência na administração pública. Há diferentes definições de eficiência e parte da doutrina jurídica no Brasil a define como sinônimo de eficácia. Sugere-se que o princípio da eficiência seja analisado e interpretado em conjunto com os demais princípios constitucionais da administração pública.

O controle judicial sobre a eficiência do administrador público é um desafio que já existia na legislação ordinária, mas que cresceu pela constitucionalização do princípio da eficiência. Este, apesar de algumas críticas, alegando que eficiência é um conceito de origem econômica ou administrativa, é uma realidade. Cumpre ressaltar que poderão ocorrer erros se o Poder Judiciário não observar a complexidade da questão.

Até o momento, no Brasil, a jurisprudência concentra-se no Superior Tribunal de Justiça e o princípio da eficiência está relacionado à Administração Pública responder em prazo, geralmente, de sessenta dias. O Poder Judiciário não tem avaliado as ações do Poder Executivo se são mais ou menos eficientes.

Frisa-se que o princípio da eficiência não pode ser entendido como justificativa para dispensa de licitação ou de concurso público para contratação de pessoal. Isto, por si só, não propicia maior eficiência. Observou-se um discurso muito similar na Espanha usando o princípio da eficácia para fugir do regramento do direito administrativo, mais uma vez, “*la huida del derecho administrativo*”.

No Tribunal Constitucional da Espanha tem prevalecido a compreensão do princípio da eficácia permeando toda a administração pública espanhola, com os atributos de imperatividade e autoexecutoriedade, desde que não viole direitos e garantias fundamentais. Não se observou, nos julgados espanhóis, análises de maior eficácia ou maior eficiência de atos administrativos.

5 AGRADECIMENTOS

Agradeço à Fundação Carolina/Reino da Espanha, ao Governo da Galícia e à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) – Ministério da Educação/Brasil pela concessão de bolsas de estudo que possibilitaram ao autor, por dois períodos, em 2005 e 2009, estudar e pesquisar na Universidade da Coruña (Galícia)/Espanha.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSO, Luciano Parejo. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública. **Documentación Administrativa**, nº 218-219, abr.-sep. 1989.

_____. **Eficacia y Administración – Tres estudios**. Madrid: INAP – BOE, 1995.

_____. **Manual de Derecho Administrativo**. v. 1. 4 ed. Barcelona: Ariel, 1996.

ANDRÉ, M. Contratos de gestão como instrumentos de promoção de qualidade e produtividade no setor público. **Revista Indicadores de Qualidade e Produtividade**. IPEA (1), FEV. 1993.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. **Revista de direito administrativo**, 237, jul./set. 2004, p. 1-6.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Academia Brasileira de Direito Constitucional**, nº 1, 2001.

BOYLE, Richard. **Managing public sector performance**. Dublin: Institute of Public Administration, 1989.

BRASIL. Superior Tribunal da Justiça, Mandado de Segurança nº 7765/DF. Relator: Ministro Paulo Medina. 26 jun. 2002. DJ 14.10.2002.

_____. Superior Tribunal da Justiça, Mandado de Segurança nº 8844/DF. Relator: Ministro Franciulli Netto. 23 abr. 2003. DJ 04.08.2003.

_____. Superior Tribunal da Justiça, Mandado de Segurança nº BRASIL, 9.190/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. 12 nov. 2003. DJ: 15/12/2003.

_____. Superior Tribunal da Justiça, Recurso Especial nº 1.031.533. Relator: Castro Meira. 06 maio 2008.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill (Org.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1999.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CATALÁ, Joan Prats. Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo. In: MORENO, Fernando Sáinz (director). **Estudios para la reforma de la Administración Pública**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004. p. 27-102.

CEREJIDO, Juliano Henrique da Cruz. O princípio constitucional da eficiência na administração pública. **Revista Direito Administrativo**, 226, p. 231-241, out./dez. 2001.

- DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- DRUCKER, P. **Managing for results**. Nova Iorque: Harper & Row, 1964.
- ESPAÑA. **Constitución Española**. 27 diciembre 1978.
- _____. Tribunal Constitucional, Sentencia 22/1984, Recurso de Amparo, Relator Luis Díez-Picazo y Ponce de León. 17 dec. 1984.
- _____. Tribunal Constitucional, Sentencia 178/1989, Recurso de inconstitucionalidad, Relator: Alvaro Rodríguez Bereijo. 2 nov. 1989.
- _____. Tribunal Constitucional, Sentencia 78/ 1996, Recurso de Amparo, Relator: José Gabaldón López. 20 may. 1996.
- _____. Tribunal Constitucional, Sentencia nº 199/1998, Recurso de Amparo, Relator: Fernando García-Mon y González-Regueral. 13 oct. 1998.
- _____. Tribunal Constitucional, Sentencia nº 179/2004, Cuestión de Inconstitucionalidad, Relator: Manuel Aragón Reyes. 21 oct. 2004.
- _____. Tribunal Constitucional, Sentencia nº 189/2004, Recurso de Amparo, Relator: Javier Delgado Barrio. 2 nov. 2004.
- FERREIRA, Sérgio de Andrea. Estudo jurídico sobre a natureza da PARAPREVIDÊNCIA. **Revista de Previdência Funcional**, ano I, nº 0, 2001.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 220, p. 165-177, abr./jun. 2000.
- GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.
- HARGER, M. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, 217, p. 151-161, jul./set. 1999.
- LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração e sociedade – novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MARTÍNEZ, José M. Domínguez y RUEDA, Nuria. Los indicadores de producción pública. **ECONOMISTAS – COLEGIO DE MADRID**, Madrid, nº 105, p. 77-85, jul 2005.
- METCALFE, Les; RICHARDS, Sue. **Improving public management**. 2. ed. London: SAGE, 1992.
- MORAES, A. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA, Egon Bockmann. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **As leis de processo administrativo – lei federal 9784/99 e lei paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000a, p. 320-341.
- _____. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000b.
- MOTTA, P. F.; BRESSER PEREIRA, L. C. **Introdução à organização burocrática**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1980.
- NASSUNO, Marianne. O controle social nas organizações sociais no Brasil. In BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill (Org.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1999, p. 335-361.
- PAGE, Stephen. Measuring accountability for results in interagency collaboratives. **Public Administration Review**, v. 64, n. 5, p. 591-606, sep./oct. 2004.
- PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de Derecho Administrativo**. 4. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002. v. 1.
- PEDRAJA, Francisco y SALINAS, Javier. Es posible medir la eficiencia de los servicios públicos? **ECONOMISTAS – COLEGIO DE MADRID**, Madrid, nº 105, p. 86-93, jul 2005.
- PIMENTA, C. C. A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. **Revista de Administração Pública**, 32 (5), 173-199, set./out. 1998.



REBOLLAR, Miguel Navajas. **La nueva administración instrumental**. Madrid: COLEX, 2000.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRÍGUEZ-Arana, Jaime. La Vuelta al Derecho Administrativo (a Vueltas con lo Privado y lo Público). **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 11-39, abr-jun. 2005.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WISE, Lois Recascino. Bureaucratic posture: on the need for a composite theory of bureaucratic behavior. **Public Administration Review**, v. 64, n. 6, p. 669-680, nov./dec. 2004.

A MODERNIZAÇÃO BRASILEIRA SEGUNDO A VISÃO DE JESSÉ SOUZA¹

BRAZILIAN MODERNIZATION AS VIEWED BY JESSÉ SOUZA

Eros Belin de Moura Cordeiro²

Resumo

O presente estudo trata da modernização brasileira segundo a visão de Jessé de Souza, tomando-se em consideração de modo particular a modernização seletiva proposta por Max Weber. Com base em tais teorizações, observa-se a formação peculiar da modernização brasileira.

Palavras-Chaves: Modernização, Seleção, Brasil, Souza e Weber.

Abstract

The present paper discuss the Brazilian's modernization according to Jessé de Souza, taking in consideration the particular way of a selective modernization as proposed by Max Weber. With these theorizations, is analyzed the peculiar formation of the Brazilian's modernization.

Key-Words: Modernization, Selection, Brazil, Souza and Weber.

Sumário: 1. Introdução: modernização brasileira e a visão de Jessé Souza. 2. Modernização seletiva. 2.1. A leitura neo-evolucionista da obra de Max Weber. 2.2. Crítica à "sociologia da inautenticidade". 3. Bases teóricas para compreensão da modernidade e superação da "sociologia da inautenticidade": as reflexões de Max Weber, Jürgen Habermas, Norbert Elias e Charles Taylor. 3.1. Max Weber: racionalismo e individualismo moral ocidental. 3.2. Norbert Elias e a multiplicidade histórica do desenvolvimento da modernidade europeia e ocidental. 3.3. Jürgen Habermas e a esfera pública. 3.4. A teoria do reconhecimento de Charles Taylor e a sua crítica ao naturalismo. 4. O processo singular e seletivo de modernização brasileiro. 4.1. As visões de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Roberto Damatta. 4.2. A singularidade cultural brasileira em Gilberto Freyre. 4.3. Seletividade e singularidade da modernização brasileira. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

¹ Artigo recebido em: 27/05/2009. Pareceres emitidos em: 24/08/2009 e 13/08/2009. Aceito para publicação em: 18/05/2010.

² Mestre em direito das relações sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professor de direito civil da Universidade Positivo e das Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. Professor na pós-graduação *lato sensu* da Academia Brasileira de Direito Constitucional – Abdconst.

1 INTRODUÇÃO: MODERNIZAÇÃO BRASILEIRA E A VISÃO DE JESSÉ SOUZA

O presente estudo tem por objetivo analisar uma importante interpretação alternativa sobre o processo de modernização e dos problemas dele decorrentes, presente na obra de Jessé Souza (2000)³.

Souza critica, na verdade, os postulados teóricos que foram internalizados pelos brasileiros. Sua empresa visa atacar fundamentos daquilo que chama de “sociologia da inautenticidade”, cujas reflexões levam a um processo homogêneo de modernização não cumprido pelo Brasil. Mais precisamente, apesar das particularidades de cada posição, os autores brasileiros apegam-se à herança ibérica e a forma de colonização que o Brasil teve em sua história.

Assim, elementos como personalismo (Sérgio Buarque), atentando-se para a passionalidade e individualidade subordinadas à personalidade, o patrimonialismo de Raymundo Faoro, como mera transposição do Estado corrupto português para o Brasil, baseado em uma elite de pensamento pequeno visando unicamente seu enriquecimento pessoal e descomprometida como o crescimento do país, e a dualidade damattiana entre casa e a rua: o espaço privado, da afetividade, e o espaço público, da autoridade e da corrupção (o jeitinho brasileiro).

Jessé Souza critica tais teorizações, sustentando que nenhum país preencheu todas as virtualidades de uma verdadeira “cultura ocidental”. Cada nação teve sua forma própria, particular, de modernização, de constituição dos pilares básicos da sociedade moderna (com base em Weber, o autor concebe a modernização a partir de postulados teóricos universais, ligados ao aspecto moral e cognitivo, que perpassam os pilares básicos da modernidade: Estado, mercado e, com fundamento em Habermas, a esfera pública). Igualmente defende um processo particularizado de modernização, próprio e singular, a partir da assimilação e institucionalização dos valores modernos e não reconhecido pela

³ Todo o trabalho concentra-se na compreensão dos contornos teóricos da tese apresentada nesta obra: SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro**. Brasília: UNB, 2000a.

maioria de nossos pensadores (as características universais que levam à modernização são contextualizadas na singularidade cultural brasileira).

A tese de Souza, portanto, é a de que o Brasil alcançou a modernização de forma particular e, como qualquer país, não preencheu todas as virtualidades de uma sociedade cultural ocidental, mas tal fato não quer dizer que não se modernizou. Assim, a modernização brasileira é singular e seletiva. O pequeno estudo que segue analisa o caminho teórico construído por Souza, levando em consideração a seletividade do processo de modernização vista pelo autor a partir de uma leitura neo-evolucionista da obra de Weber, as bases teóricas que sustentam um processo de modernização ignorado por nossa “sociologia da inautenticidade”, especificamente o racionalismo e individualismo moral weberiano, a multiplicidade histórica do desenvolvimento da modernidade europeia e ocidental vista por Norbert Elias, a noção de esfera pública trazido por Jürgen Habermas e a teoria crítica do reconhecimento de Charles Taylor e, por fim, o desenvolvimento do argumento da modernização seletiva e singular brasileira a partir de uma leitura alternativa da obra de Gilberto Freyre.

2 PROCESSO DE MODERNIZAÇÃO SELETIVA

2.1 A Leitura Neo-Evolucionista da Obra de Max Weber

Premissa fundamental para compreensão do pensamento e da crítica formulada por Jessé Souza na reinterpretação que faz do processo de modernização brasileira reside na concepção de *neo-evolucionismo*, mais precisamente na leitura neo-evolucionista que o autor faz da sociologia weberiana (SOUZA, 2000, p. 19).

Com esse termo – neo-evolucionismo – quer-se dizer que o processo de modernização não obedece a etapas absolutamente iguais, necessárias para sua implementação e colocadas em uma ordem normativa rígida. Com esteio na obra weberiana, Souza compreende o processo de modernização, na verdade, a partir de categorias universais – especificamente, os aspectos cognitivo e moral, mas

cujo conteúdo é particularizado, singularizado, uma espécie de “evolucionismo formal”. Nas palavras do autor,

As interpretações hodiernamente mais influentes que se faz de Weber, como as de Friedrich Tennbruck, Jürgen Habermas e Wolfgang Schluchter, enfatizam precisamente o aspecto evolucionista da sociologia weberiana. Para Habermas, por exemplo, Weber teria, até mesmo, antecipado o neo-evolucionismo contemporâneo. Ao contrário do evolucionismo clássico das ciências sociais do século XIX, como a marxista por exemplo, Weber teria procurado evitar cuidadosamente a noção de etapas que se sucedem segundo uma ordem normativa necessária que parece inscrita na história.

No entanto, se Weber rejeita esse ‘evolucionismo material’, ele seria adepto de um ‘evolucionismo formal’, como, por exemplo, o do próprio Habermas. Apesar da recusa à filosofia da história contida na noção de etapas necessárias ao desenvolvimento, o evolucionismo formal acredita perfeitamente na existência de estágios de desenvolvimento hierarquizáveis e com pretensões de universalidade concentrar-se-iam nos aspectos cognitivos e moral. (SOUZA, 1999, p. 18)

Assim, como salienta Avritzer, para Weber,

a racionalização do ocidente não poderia ser reproduzida a uma mera oposição histórica por meio da qual o surgimento da ciência e dos métodos empíricos se encarregariam de retirar o véu da obscuridade capaz de impedir o livre desenvolvimento da racionalidade. Weber, ao romper com o evolucionismo e o empiricismo por trás dessas concepções, propõe-se a abordar a racionalização por meio de uma tipologia de formas de ação ligadas aos processos de desenvolvimento das diferentes religiões mundiais.

Os principais elementos dessa tipologia seriam: 1) uma construção teórica das diferentes etapas do desenvolvimento sociocultural; 2) uma reconstrução de histórias desenvolvimentais específicas como diferentes casos de racionalização; e 3) uma comparação do sentido do desenvolvimento das religiões mundiais capaz de explicar a singularidade cultural do processo de racionalização do Ocidente, especificidade essa ligada ao surgimento da ética protestante. (AVRITZER *apud* SOUZA, 2000b, p. 376).

Cada sociedade, assim, atinge certas etapas, não todas⁴; mais detidamente, *escolhe* determinadas etapas em razão de circunstâncias específicas advindas de sua história e de sua cultura⁵.

⁴ “(...) nenhum desenvolvimento nacional específico logra reunir todas as virtualidades fundamentais do que chamaríamos hoje de ‘cultura ocidental’, nem mesmo na sua ‘versão dourada’ do excepcionalismo americano”. (SOUZA, Jessé, **A modernização....**, p. 14)

⁵ Como assinala Catherine COLLIOT-THÉLÈNE, “pensar claramente no quadro de uma ciência vinculada ao empírico: tal é o *Leitmotiv* da ‘metodologia weberiana’. Em outras palavras, tirar as consequências gnoseológicas de uma vinculação com este mundo, que é o destino de nossa época” (**Max Weber e a história**. Trad. de Eduardo Biavatti Pereira. São Paulo: Brasiliense, 1995,

O processo de modernização, portanto, é singular (específico em função das particularidades de cada sociedade) e seletivo (realização parcial de aspectos usualmente atribuídos à cultura ocidental⁶). Os grupos sociais apreendem valores a partir da forma como as relações sociais específicas se institucionalizaram e criaram raízes (SOUZA, 2000a, p. 252). Jessé Souza, partindo dessa premissa fundamental, buscará os contornos do processo de modernização brasileiro e do dilema daí resultante (o “atraso” brasileiro, exteriorizado principalmente nas gritantes diferenças sociais existentes no país). Aqui o autor alcançará o alvo de sua grande crítica, denominado de “sociologia da inautenticidade”, que concebe um processo de modernização brasileiro artificial, “na qual a idéia de um Brasil modernizado ‘para inglês ver’, uma modernização superficial, epidérmica e ‘de fachada’ (...)”. (SOUZA, 2000a, p. 11).

Buscar a singularidade do processo de modernização brasileiro e romper com as noções comuns que os brasileiros têm de seu próprio país e de si mesmos é o projeto apresentado por Jessé Souza. Para tanto, valer-se-á principalmente de quatro grandes pensadores – Max Weber, Norbert Elias, Jürgen Habermas e Charles Taylor, ou mais precisamente, de quatro argumentações que servirão de

p. 37-38). Por conseguinte, a análise weberiana da modernização ocidental deve estar preso à especificidade do grupo social estudado: “São ciências da cultura as disciplinas que interrogam a *significação cultural* dos fenômenos que elas estudam, isto é, a significação diferencial dos diversos aspectos ou da totalidade de uma civilização determinada. Programa que incluía, ao mesmo tempo, uma dimensão diacrítica e uma dimensão genética. Diacrítica, em primeiro lugar: a significação cultural dos diferentes momentos que constituem a realidade da vida coletiva de uma época e um lugar determinados se confunde com sua característica específica, cuja colocação em evidência passa pela comparação. Uma dimensão genética, em segundo lugar: é necessário desembaraçar as razões que fizeram com que uma civilização se tornasse o que foi e o que é. Os dois aspectos da questão podem ser distinguidos formalmente em um enunciado programático. É bom que eles o sejam para esclarecimento da tomada de consciência que efetuamos aqui, com Weber, das finalidades de sua sociologia comparativa. Weber, porém, não visava certamente que as duas tarefas fossem efetivamente conduzidas de modo separado, nem na investigação nem na exposição científica. É necessário passar pela comparação de determinados aspectos para que se indiquem os traços característicos do ‘mundo que nos circunda’, mas é necessário também esse trabalho de comparação para poder marcar no passado das sociedades ocidentais modernas os elementos que fazem falta sobre outros céus e que podem ser considerados, ao menos a título de hipótese, como as causas da formação dessas sociedades na sua especificidade.” (*Idem*, p. 83-84).

⁶ “(...) a *seletividade*, ou seja, a realização parcial de aspectos do que usualmente associamos com a singularidade da cultura ocidental, é um atributo comum de todas as formas concretas de desenvolvimento observáveis na história do Ocidente.” (SOUZA, Jessé, **A modernização seletiva...**, p. 127).

base para esclarecer pressupostos inadequadamente desenvolvidos pela sociologia da inautenticidade.

Assim, para melhor compreensão da construção crítica de Jessé Souza, é necessário, ainda que superficialmente, esboçar os pressupostos teóricos daquilo que denomina de “sociologia da inautenticidade”.

2.2 Crítica à “Sociologia da Inautenticidade”

A proposta de Jessé Souza, portanto, é que o Brasil passou por um processo de modernização seletivo e determinado, “uma variação singular do desenvolvimento específico ocidental” (SOUZA, 2000a, p. 159). Tal proposição de especificidade ocidental, no entanto, entra em choque com a interpretação absolutamente dominante sobre a singularidade cultural brasileira, nucleada na herança ibérica⁷.

Os pensadores brasileiros atrelam o desenvolvimento e o atraso do Brasil àquilo que Souza denomina de “concepção do mundo ibérico”: a formatação da sociedade brasileira, com todas as suas particularidades, derivaria exclusivamente da Península Ibérica que, apesar de compartilhar com o restante da Europa o legado romano-cristão, não participou das grandes revoluções modernas (a Revolução Francesa, o Iluminismo, a Reforma Protestante, o capitalismo industrial competitivo) (SOUZA, 2000a).

Portugal, enfim, não teve a presença dos grandes movimentos intelectuais que caracterizaram a modernidade. Estaria, ao contrário, mais próximo da Europa pré-moderna, contexto esse que teria detidamente influenciado o processo de formação social brasileiro. A singularidade cultural brasileira, portanto, derivaria exclusivamente do mundo pré-moderno ibérico. O pensamento social brasileiro do século XX identificou nesse legado pré-moderno as causas de nossas mazelas, principalmente a desigualdade social.

⁷ *Idem, ibidem*: “A interpretação dominante e mais influente sobre a singularidade cultural brasileira parte de uma especificidade predominantemente não europeia no sentido clássico: a influência ibérica.”

No entanto, Souza aponta que tal concepção parte de uma perspectiva culturalista sem a adequada vinculação com a eficácia de instituições fundamentais, onde a cultura é tida como uma entidade homogênea, totalizante, auto-referida. Adverte que “valores não se transportam como a roupa do corpo” (SOUZA, 2000a). A internalização dos valores modernos, especialmente a racionalidade individual, é que efetiva o processo de modernização. Esse discurso unificador moderno (que não moderniza todas as esferas da sociedade) solidificou-se no Brasil a partir da abertura dos portos e a vinda da família real portuguesa no início do século XIX⁸.

A concepção da herança ibérica foi apreendida de tal forma por nossa consciência coletiva que passou a ser a compreensão dominante dos brasileiros sobre si mesmos⁹. Jessé Souza vale-se desde já das lições de Charles Taylor, justamente para enfatizar a importância da eficácia social das ideias. A preocupação maior do comunitarista canadense, como veremos a seguir, é como o discurso racional moderno (especialmente o das ciências sociais em geral e da ciência política em particular) foi aceito de maneira tão forte pelas pessoas, sendo tal processo de aceitação o grande sintoma de efetivação da modernidade ocidental. Compreender o processo de aceitação do discurso moderno no Brasil, em suas peculiaridades (que leva justamente ao processo de modernização seletivo e singular) passa necessariamente pela superação de postulados teóricos que reduzem todo o devir histórico e cultural brasileiro a uma transposição de elementos do mundo pré-moderno ibérico (como o personalismo ressaltado por

⁸ *Idem*, p. 254: “Ao contrário do que pensa DaMatta, desde a revolução modernizadora da primeira metade do século XIX, o Brasil tem apenas *um código valorativo dominante: o código do individualismo moral ocidental*. O individualismo como valor moral, o qual não se confunde com o indivíduo empírico, comum a todas as sociedades em todas as épocas, é o alfa e o ômega de todas as realizações culturais da modernidade ocidental, desde o mercado competitivo capitalista até o Estado liberal democrático, passando pela imprensa livre, pela discussão racional científica, pela doutrina dos direitos subjetivos e qualquer dos outros ganhos ou aspectos positivos que possamos imaginar a partir da passagem da sociedade tradicional à moderna.

⁹ *Idem*, p. 12: “Problemático para nossos propósitos aqui é o fato de essas ilusões do senso comum não se limitarem a essa dimensão e invadirem, inadvertidamente, a prática científica. Desse modo encontramos abordagens científicas *naturalistas*, ou seja, concepções científicas que não refletem adequadamente sobre os pressupostos de sua reflexão e se apropriam, na esfera da ciência, das ilusões objetivas do senso comum. Estou convencido de que precisamente isso acontece com nossa sociologia da inautenticidade”.

Sérgio Buarque, o patrimonialismo enaltecido por Raymundo Faoro e a dualidade damattiana entre a casa e a rua, destacando o “jeitinho brasileiro”)¹⁰.

Mas a análise do processo de modernização brasileiro pressupõe a elaboração, ainda que de maneira bastante simplificada, de uma teoria da modernidade. Além disso, é necessário destacar determinados aspectos da modernidade ignorados ou mal desenvolvidos pelos adeptos da sociologia da inautenticidade. Para tanto, as reflexões teóricas de Weber, Habermas, Elias e Taylor serão fundamentais.

3 BASES TEÓRICAS PARA COMPREENSÃO DA MODERNIDADE E SUPERAÇÃO DA “SOCIOLOGIA DA INAUTENTICIDADE”: AS REFLEXÕES DE MAX WEBER, JÜRGEN HABERMAS, NORBERT ELIAS E CHARLES TAYLOR

3.1 Max Weber: Racionalismo e Individualismo Moral Ocidental

A importância da obra de Max Weber para compreensão da crítica operada por Jessé Souza está na genealogia do racionalismo ocidental, mais especificamente do individualismo moral europeu. A busca das razões e causas de que apenas no ocidente moderno tem-se a vitória do “racionalismo da dominação do mundo” foi a grande temática weberiana. Como salienta Katie Argüello,

está presente em sua obra a indagação sobre os fatores que contribuíram para que, somente na civilização ocidental, tenham aparecido fenômenos culturais com um desenvolvimento universal em seu valor e significado. É inegável que este seja o tema fundamental e unificante da obra weberiana, que não pode ser interpretada unicamente como uma análise do capitalismo moderno, mas sim, como compreensão do processo de racionalização, enquanto característica específica que distingue a

¹⁰ *Idem*, p. 266: “A nossa sociologia da inautenticidade, do Brasil que se moderniza ‘parta inglês ver’, do Brasil que continua personalista e patrimonial, só vê a exterioridade e o artificialismo do processo. Ele é exterior e artificial, em grande medida, sem dúvida, na medida em que ele vem de fora para dentro e toma de assalto uma país que mais parecia uma China que um país ocidental antes da abertura dos portos. Mas não se pode, no entanto, confundir uma observação tópica, um instantâneo que se retira do contexto, no desenvolvimento do processo de transição de uma sociedade personalista para uma sociedade moderna e impessoal, com o movimento como um todo. É necessário captar a lógica do desenvolvimento do processo como um todo, temporal e analiticamente, de modo a perceber sua dinâmica”.

moderna civilização ocidental de todas as demais. (ARGÜELLO, 1997, p. 67-68)

Como já ressaltado, Weber adota uma análise sociológica neo-evolucionista formal, buscando as raízes da modernidade ocidental a partir das categorias universais do conhecimento e da moral. O monumental estudo empreendido pelo sociólogo alemão sobre as religiões demonstra bem tal aspecto da sociologia weberiana, pois

tanto a moralidade quanto a necessidade de compreensão do mundo, para Weber, nascem, como movimentos, endógenos à racionalização religiosa. Daí que Weber, ao procurar as raízes da especificidade da cultura ocidental, tenha dado especial atenção ao estudo comparativo das grandes religiões mundiais. (SOUZA, 1999, 18-19)

Weber, assim, não se preocupa especificamente com o progresso capitalista, mas sim com a racionalidade moderna, que por suas características – calculabilidade, previsibilidade, etc. – possibilitou a consolidação do sistema de produção capitalista (SOUZA, 2000a, p. 262)¹¹. O pensador alemão, a partir do estudo das religiões, apontará o protestantismo ascético, por enfatizar a tensão entre ética e mundo, o que levará o aspecto ético a uma prática “dentro do mundo”¹². Embora a análise do estudo das religiões efetuado por Weber fuja dos estreitos limites deste trabalho, cabe ressaltar que a reforma protestante foi

¹¹ “O fato de Max Weber ter percebido a revolução protestante como a parteira da modernidade tem menos a ver com a consolidação de uma nova ética do trabalho não-tradicionalista que propicia o sistema capitalista, ou seja, com efeitos circunscritos à esfera econômica, do que com o nascimento de uma novo *racionalismo*, ou seja, com o nascimento de uma nova atitude em relação ao mundo em todos os seus aspectos e em todas as esferas da vida.”

¹² “A especificidade do racionalismo ocidental, para Weber, resulta de forma peculiar segundo a qual a religiosidade ocidental soluciona o seu dualismo específico. O dualismo na sua versão ocidental é potencialmente tensional, ou seja, ao contrário do dualismo oriental, sua ênfase é potencialmente mais ética do que ritualística. Nesse sentido, abre-se a possibilidade de um conflito aberto entre a positividade ético-religiosa e as demais esferas mundanas. É esse o tema de *Considerações intermediárias ao conjunto de estudos sobre a sociologia das religiões*. Se, no catolicismo, verifica-se uma ênfase em uma estratégia de compromisso entre ética e mundo, no protestantismo ascético observa-se a continuidade e o aprofundamento da ética judaica antiga, a qual enfatiza precisamente a tensão entre ética e mundo.” (...) “No protestantismo ascético temos não apenas a clara noção da primazia da ética sobre o mundo, mas também a mitigação da dupla moral judaica (uma moral interna para os irmãos de crença, e outra externa para os infiéis). A coerência e a disciplina da influência do comportamento prático pela mensagem religiosa puderam, então, ser muito maiores. O desafio aqui é o de a ética querer deixar de ser um ideal eventual e ocasional (que exige dos virtuosos religiosos quase sempre uma ‘fuga do mundo’, como ocorria na prática monástica cristã medieval) para tornar-se efetivamente uma lei prática e quotidiana ‘dentro do mundo’.” (SOUZA, Jessé, *A ética protestante...*, p. 26 e 26).

fundamental para resgatar a tensão entre ética e mundo e propiciar, assim, o desenvolvimento da racionalidade ocidental¹³.

A tensão entre ética e mundo propiciada pelo protestantismo ascético consolida uma nova forma de consciência, nas suas dimensões cognitiva e moral. Trata-se do princípio do controle racional do mundo à medida que este é desencantado que desembocará, no caso do racionalismo ocidental, no princípio da dominação do mundo, em que todas as dimensões do pensamento e da ação mundana obedecerão ao critério da instrumentalidade (SOUZA, 2000a, p. 43-44). Tal consciência favorece o isolamento individual e o reconhecimento para qualquer ação com pretensão de sucesso das leis que regem o mundo. Apresenta-se, então, o caráter autodestrutivo da ética protestante, que simbolicamente “encantou” o mundo e agora passa a desencantá-lo (SOUZA, 2000a, p. 45); tem-se o “espírito de reificação”. Assim,

apenas o Ocidente consegue superar os limites de uma concepção de mundo tradicional, bem como os da forma de consciência a ela correspondentes. A aquisição de uma consciência moral pós-tradicional é o que está em jogo na passagem da ética da convicção – típica de sociedades tradicionais legitimadas religiosamente segundo uma moral substantiva – para a ética da responsabilidade, ética essa que pressupõe contexto secularizado e subjetivação da problemática moral. (SOUZA, 2000a, p. 28).

Esse quadro categorial weberiano foi tomado por nossos pensadores, por influência detida da interpretação americana de Weber (especialmente Talcott Parsons¹⁴), de forma absoluta, de modo que “transformaram o diagnóstico histórico

¹³ SOUZA, Jessé, **A modernização seletiva...**, p. 31: “O fator principal da herança ética no catolicismo medieval foi responsável pela secundarização da tensão entre ética e mundo. É que o princípio da igualdade dos irmãos de fé foi interpretado como uma igualdade pré-social, a qual não estava prejudicada por qualquer forma de desigualdade concreta. Esse compromisso, ao mesmo tempo, foi o pressuposto mesmo da força integradora do cristianismo, ao mesmo tempo em que se abria a possibilidade, pelo menos como ideia regulativa, para a ‘idéia’ de igualdade concreta. O elemento tradicionalista do compromisso com os poderes e a lógica das esferas mundanas, no entanto, impediu uma conformação ética consequente da vida cotidiana. Nesse sentido, temos apenas com a revolução protestante um ponto de inflexão fundamental em direção a uma consequente interpenetração entre ética e mundo”.

¹⁴ “Um outro motivo dificultou ainda mais o entendimento das preocupações centrais da obra weberiana: trata-se da forma como essa foi introduzida na academia americana por Talcott Parsons. Ao transformar aquilo que havia sido originalmente escrito como introdução aos *Ensaios de sociologia da religião* em introdução à edição americana de *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, Parsons acabou contribuindo para que se perdesse de vista que a contribuição decisiva de Weber à sociologia pretendia ser uma análise sobre a racionalização do ocidente,

weberiano acerca do racionalismo ocidental *em um sistema categorial válido para quaisquer relações entre tradição e modernidade*” (SOUZA, 2000a, p. 46). exemplo é a oposição feita por Sérgio Buarque entre o homem cordial brasileiro como inverso perfeito do protestante ascético definido por Weber, fato que representa grande obstáculo para criação de uma nação moderna (ou seja, a herança ibérica como sinônimo de atraso por oposição à herança nórdica (SOUZA, 2000a, p. 36).

Assumir o quadro categorial weberiano como absoluto faz obscurecer os ganhos e perdas de qualquer processo de formação de um grupo social. Igualmente não permite reconhecer a particularidade do processo de modernização de uma sociedade e nem possibilita a determinação precisa em relação a que determinado grupo social está atrasado (SOUZA, 2000a, p. 45) além de fomentar uma “ideologia do atraso”, aparentemente perene e incontestável.

É justamente contra essa ordem de ideias que Souza pretende resgatar as categorias conceituais de Weber, enfatizando o caráter neo-evolucionista por ele proposto e assim compreendendo o processo singular e seletivo da modernização de uma sociedade, no caso, a brasileira (considerando, inclusive, a diferença entre individualismos empíricos – presentes em qualquer lugar do planeta – e o individualismo moral, próprio da Europa moderna (SOUZA, 2000a, p. 13).

3.2 Norbert Elias e a Multiplicidade Histórica do Desenvolvimento da Modernidade Europeia e Ocidental

Conforme diversas vezes ressaltado nesse trabalho, a tese de Jessé Souza é a de que o processo de modernização de uma dada sociedade não obedece a fases absolutamente iguais, ou seja, não é homogêneo e sim singular e seletivo. Nessa ordem de ideias, Norbert Elias, que vislumbra variedade e multiplicidade histórica no desenvolvimento da singularidade europeia ocidental, representa um marco teórico importante (SOUZA, 2000a, p. 14).

apoiada em um estudo comparativo sobre as religiões mundiais.” (AVRITZER, Leonardo, *ob. cit.*, p. 374).

A preocupação central de Elias é determinar o impacto que a pacificação social das lutas pelos recursos advinda da passagem do feudalismo para modernidade sobre a “psique” individual e sobre a relação dos homens entre si (SOUZA, 2000a, p. 46). Para Elias, o comportamento individual corresponde a certas formas de estrutura social e é compreendido a partir da estrutura macrosocial que o determina (SOUZA, 2000a, p. 44).

As mudanças ocorridas na transição da sociedade tradicional para a sociedade moderna apresentam duas dimensões básicas: a socioeconômica, refletida na intensificação da divisão social do trabalho e a política, manifestada no processo de centralização política a partir do advento do Estado nacional (SOUZA, 2000a, p. 44). Tais mudanças estruturais iriam permitir que a “sociedade” ganhe poder em relação aos “indivíduos” e as lutas são transformadas, de violentas na sociedade feudal (a lei da espada) para regulamentação pacífica dos conflitos na era moderna (SOUZA, 2000a, p. 46).

Visando esclarecer o impacto dessa “pacificação” das lutas por recursos, Elias empreende uma particularização de tais conflitos em cada nação. Analisando o comportamento de cada sociedade, percebe que “os diferentes países ‘civilizados’ apresentam distinções importantes entre si a partir da forma peculiar com que o conflito entre grupos concorrentes por prestígio e poder se articulou no interior da sociedade” (SOUZA, 2000a, p. 52). Assim, “para Elias, a chave para a compreensão das distinções no seio mesmo da cultura ocidental, como aquelas entre França e Alemanha, tem a ver com a dinâmica da luta de classes pela hegemonia ideológica (e não pelo controle dos meios de produção como em Marx) dentro dos respectivos espaços nacionais” (SOUZA, 2000a, p. 53).

A especificidade desses conflitos está demonstrada nas diferenças entre a França, em que coube à aristocracia francesa definir o que é “especificamente francês”, e a Alemanha, cuja mesma tarefa restou à classe média (SOUZA, 2000a, p. 53). Essas particularidades permitem extrair da obra de Elias uma semente de um processo de modernização não homogêneo, ou seja, singular e seletivo. Tal proposição, aplicada ao caso brasileiro, ajuda a compreensão da forma específica de re-europeização iniciado no país a partir do século XIX e suas atuais

consequências (SOUZA, 2000a, p. 56). Em suma, “a análise de Elias permite superar o intencionalismo e o subjetivismo da nossa sociologia da inautenticidade e perceber a seletividade de nossa modernidade na *permanência da desigualdade*” (SOUZA, 2000a, p. 57).

3.3 Jürgen Habermas e a Esfera Pública

As instituições fundamentais da modernidade ocidental considerada pelos pensadores clássicos das ciências sociais são o mercado capitalista competitivo e Estado racional burocratizado. Jürgen Habermas trouxe contribuição inestimável ao pensamento sociológico com a teorização sistemática de uma terceira instituição estruturante: a esfera pública.

A esfera pública para Habermas será composta de sujeitos privados com opinião própria, o que assegura a possibilidade de contraposição coletiva a decisões discricionárias do poder público. Assim, a liberdade pública é indissociável da liberdade privada, existindo uma redefinição dos lugares do público e do privado formando o Estado e a pequena família burguesa as duas instituições fundamentais de cada um desses espaços respectivos. O surgimento do capitalismo não implica apenas troca de mercadorias, mas também troca de informações (SOUZA, 2000a, p. 60-61).

A esfera pública de conteúdo não estatal nasce a partir da transformação da imprensa, que mera informativa dos interesses do Estado passa para um veículo, um “fórum” de debates não estatal. Esse “fórum” permite a formação de uma opinião crítica que introduz a questão da legitimidade discursiva do Estado, que começa a ter sobre si a exigência de comprovação argumentativa da finalidade pública de suas ações. A esfera pública é regulamentada pela autoridade, mas dirigida contra a autoridade política na medida em que o princípio de controle tem igualmente a pretensão de modificar as relações de poder (SOUZA, 2000a, p. 60-61).

O surgimento da esfera pública é possibilitado por uma série de transformações, tais como o crescimento das cidades, o surgimento de uma nova

arquitetura das casas (conferindo um espaço de privacidade a cada um dos membros), de uma nova literatura (os romances psicológicos e os dramas burgueses, que problematizam questões existenciais de uma nova subjetividade). Surge um novo elemento histórico: a esfera pública burguesa (SOUZA, 2000a, p. 62).

As intervenções estatais ocorridas no século XIX alteram a configuração da esfera pública, que deixa de ser um espaço de convencimento para ser um espaço de pressão. A crescente importância do público (manifestada na pressão das classes menos letradas para efetivação dos seus interesses), acarreta o sacrifício da esfera privada, o que leva à neutralização do princípio fundamental da esfera pública: a publicidade crítica, destruindo-se a base em que as pessoas privadas discutiam assuntos públicos. O público (Estado) se reduz ao social e o privado (família) a um mero nicho receptivo dos serviços estatais e do salário do sistema econômico (SOUZA, 2000a, p. 63).

A essa realidade agrega-se a “indústria cultural” desenvolvida por Adorno (o capitalismo expande-se da esfera de produção de bens materiais para produção de bens simbólicos); a imprensa de opinião cede espaço à imprensa como negócio e a função crítica perde espaço para o interesse comercial. Cessa-se, então, a discussão de assuntos públicos por privados, tendo-se, ao revés, interesses privados expostos como se fossem públicos (SOUZA, 2000a, p. 66-67). Habermas começa a desenvolver a sua grande temática: “a idéia de que a sociedade moderna engendra formas de sociabilidade radicalmente novas segundo um padrão de racionalidade inédito” (SOUZA, 2000a, p. 68). Para desenvolver tal argumentação, Habermas propõe um conceito dual de sociedade, explicando o conceito de técnica e ciência como força produtiva e como legitimação ideológica (SOUZA, 2000a, p. 69).

O filósofo alemão reconstruirá um conceito de razão ao mundo moderno e desencantado: a razão comunicativa. Habermas apreende o mundo moderno para além da razão instrumental percebida como totalitária¹⁵ e recusa a visão de que a

¹⁵ “A forma como Habermas resgata a dimensão cultural do processo de racionalização do Ocidente é por meio da demonstração que existe um processo paulatino de substituição da legitimação

sociedade como um todo deva ser democratizada, o que exige uma espécie de compromisso entre as necessidades funcionais da complexidade social e formas pós-tradicionais de integração social.

Não é objeto desse estudo desenvolver o complexo quadro teórico habermasiano. Cabe apenas ressaltar que o filósofo alemão distingue sistema, baseado na noção fundamental de meio regulativo, e o mundo da vida, lugar “transcendental” do indivíduo e que permitem as condições de possibilidade do entendimento e da crítica. O direito moderno passa a ser o elemento mediador dessas duas categorias, transformando a linguagem dos sistemas auto-regulados da economia e da política administrativa, permanecendo esses sistemas ancorados no mundo da vida. Sem esse transformador não seria possível à linguagem comum circular por toda a sociedade. Tais esclarecimentos são importantes, pois

a sociedade como junção de sistema e mundo da vida não foi, de modo algum, um dado sempre existente. Ao contrário, só as sociedades resultantes do processo de racionalização que marcou a passagem, no mundo ocidental, das sociedades tradicionais às modernas apresentam essa dualidade. A concepção dual de sociedade em Habermas permite um diagnóstico original das patologias do mundo moderno. Elas são, nos países avançados do Ocidente, em número de duas, separáveis analiticamente, apesar de intimamente relacionadas. Essas duas patologias são a *colonização do mundo da vida* e a *fragmentação do mundo da vida*. Enquanto a tese da colonização do mundo da vida se refere à instrumentalização dos recursos comunicativos pelos imperativos sistêmicos do dinheiro e do poder administrativo, a tese da fragmentação do mundo da vida aponta para o abismo entre a cultura dos especialistas e a da massa, acarretando a desintegração do elo orgânico entre a apropriação e a crítica da tradição herdada no contexto da prática cotidiana. O conceito dual de sociedade habermasiano permite perceber a seletividade do desenvolvimento social, de modo a possibilitar, ao mesmo tempo, uma consciência crítica sobre suas conseqüências indesejáveis

religiosa das esferas axiológicas de valor por critérios de validade fornecidos pela comunicação por meio da linguagem. Para Habermas, se a modernidade tem uma origem cultural ligada à racionalização da conduta pelas religiões mundiais. Essa não constitui sua dimensão principal. Essa última seria caracterizada pela substituição da legitimação religiosa pelo consenso por meio da linguagem, consenso essa capaz de remeter, simultaneamente, aos mundos objetivo, social e subjetivo, isto é, às esferas da ciência, da moral e da arte. Cada uma dessas esferas possui um critério interno de validade – a verdade, a correção e a veracidade – e, ao mesmo tempo, remetem à possibilidade de justificação pela utilização de uma mesma função da linguagem. Desse modo, para o autor da *Teoria da ação comunicativa* o processo de racionalização cultural que imprimiu na modernidade ocidental a marca de sua singularidade não tornou os critérios de validade, verdade, veracidade e beleza incompatíveis entre si. Ele apenas nos obriga a relacionar tais critérios como uma dimensão diferente do mundo em relação a qual agimos reflexivamente.” (AVRITZER, Leonardo, *ob. cit.*, p. 384).

por um lado, assim como a consideração das conquistas positivas e as potencialidades da modernidade ocidental. (SOUZA, 2000a, p. 82-83).

A importância da noção de esfera pública trazida por Habermas reside na ampliação da problemática relativa ao processo de modernização brasileiro, superando os aspectos meramente técnicos envolvidos na tematização da modernização de Estado e de mercado capitalista, possibilitando ainda “a discussão da questão do aprendizado coletivo no sentido também prático-moral como elemento principal do processo pedagógico pressuposto na democracia” (SOUZA, 2000a, p. 93).

3.4 A Teoria do Reconhecimento de Charles Taylor e a sua Crítica ao Naturalismo

O pensamento do filósofo canadense Charles Taylor é fundamental na crítica traçada por Souza. A teoria crítica do reconhecimento tayloriana implica uma explicação da articulação entre valores e instituições. As instituições do mundo moderno são percebidas na vida cotidiana como entidades materiais e reificadas; os valores da modernidade são aceitos de forma irrefletida, natural e é justamente tal fato que caracteriza a concepção do mundo moderna: o naturalismo.

Taylor reconstrói a perspectiva culturalista da “eticidade” hegeliana. Hegel buscou estabelecer uma mediação entre liberdade moderna e a tradição do pensamento tradicional da Antiguidade; para tanto, inverte o modelo de luta social formulado por Hobbes, argumentando que a perturbação social, antes de ter um fundamento de autopreservação material, apresenta uma motivação moral. A luta social tem seu fundamento no reconhecimento mútuo, componente central no processo de formação ética do espírito humano (SOUZA, 2000a, p. 96).

A retomada desse pano de fundo ético é imprescindível para Taylor em sua busca da compreensão da eficácia social, da internalização dos valores modernos pelas pessoas de forma natural e irrefletida. O filósofo canadense preocupa-se então com o componente avaliativo da constituição da identidade humana (a questão da *self-condition*), na medida em que a autointerpretação dos sujeitos

(“*self interpreting animal*”) passa a ser percebida como momento constitutivo para a construção desta (SOUZA, 2000a, p. 99).

O homem só alcança sua identidade quando alcança o pano de fundo moral que está por trás de suas ações a partir da reflexão sobre suas escolhas e sobre a hierarquia de valores que se vincula. Os valores não são subjetivos; na verdade, estão objetivados na língua, nas práticas sociais e nas instituições, e a forma peculiar na qual o sujeito se vincula e reflete acerca desses valores objetivados que constitui sua identidade peculiar. A transformação discursiva dos nossos sentimentos morais de inconscientes e irrefletidos em conscientes e refletidos (conceituada por Taylor como “articulação”) possibilita saber de onde se vem, quem se é e para onde se quer ir, ou seja, permite a constituição narrativa da identidade em prol de uma vida consciente (SOUZA, 2000a, p. 100-101). Como aduz Souza,

Na sua obra fundamental *As fontes do self*, Taylor inquire acerca dos bens constitutivos da cultura do Ocidente moderno, concluindo pela oposição entre o ideal da autonomia calculadora e o ideal da expressividade individual. São essas idéias-guia que permitem a “topografia moral” de nossa época, ou seja, o “mapa” valorativo no qual as pessoas se orientam na sua prática diária. A proposta de Taylor é perceber o fio condutor que levou à moderna concepção de indivíduo. Sua estratégia é compreender a gênese ou arqueologia das concepções de bem e de como essas evoluíram e adquiriram eficácia social. Esse ponto é crucial. Não interessa a Taylor uma mera história das idéias, mas como e por que estas lograram tomar o coração e as mentes das pessoas comuns. Daí sua empresa ser sociologicamente relevante. Ele se interessa, portanto, em primeiro lugar, pela eficácia das idéias e não por seu conteúdo. Este último só é importante na medida em que explica as razões da sua aceitação coletiva. (...) O alvo de Taylor, portanto, é explicar a ontologia moral que articula as configurações e intuições que temos de nós mesmos. Nessa linha de raciocínio, a nossa identidade é, em certo sentido, uma hierarquia valorativa, a qual permite que possamos definir o que é e o que não é importante ou relevante para nós. O naturalismo seria a negação dessa hierarquia. (...) Fiel a seu ponto de partida culturalista, Taylor tende a ver a transição para a modernidade menos como um processo abstrato de racionalização e diferenciação mas, antes de tudo, como uma ‘gigantesca mudança de consciência’ no sentido de uma radical reconstrução da topografia moral dessa cultura. (SOUZA, 2000a, p. 104-105).

O diagnóstico tayloriano da modernidade ocidental passa pela genealogia do princípio por ele denominado de “dignidade”, cujos dois principais aspectos são as ideias de “interioridade” e “afirmação da vida cotidiana” (SOUZA, 2000a, p. 104-105): a primeira enfatiza a transformação do conteúdo da razão, que de

substantiva passa a ser procedimental (tem-se então um novo sujeito moral – “*self* pontual”); a segunda é o sentido contemporâneo da dignidade, em que as práticas do trabalho e da família passam a definir o lugar das atividades superiores e mais importantes (a saída de cena da Igreja implica na rejeição da hierarquia social ligada a ela, o que acaba por desvalorizar a hierarquia social como um todo). A junção dessas duas ideias desemboca na vinculação especificamente ocidental entre racionalidade e igualdade (SOUZA, 2000a, p. 110-111). Outra fonte do individualismo moderno para Taylor é aquilo que chama de “autenticidade”, em que a profundidade do *self* muda, sendo enfatizadas as características particulares e específicas de cada um dos indivíduos e as relações e objetos que são particulares e não generalizáveis na medida que são hierarquizados em sua importância por nossos afetos e sentimentos. Deste modo,

a vida social moderna contém, portanto, as duas vertentes da configuração moral ocidental baseada numa noção dúplice de indivíduo: a noção de dignidade generalizável, cujo lugar privilegiado é a economia e o mundo do trabalho, e a noção de autenticidade, que tem no casamento baseado em sentimentos e na constituição de um espaço de intimidade e cumplicidade compartilhado talvez sua objetivação mais importante. (SOUZA, 2000a, p. 2000).

A importância da obra tayloriana reside no fato de que o processo de socialização que permite a produção de indivíduos adequados à reprodução de estado e mercado pressupõe um processo valorativo e moral de grandes proporções. Fato é que esse aprendizado cultural é específico, definindo uma noção muito peculiar de hierarquia social. O pensamento de Taylor permite, então, “perceber contribuições nacionais singulares e evita visões totalizadoras simplificadas” (SOUZA, 2000a, p. 16). Além disso, a noção de reconhecimento possibilita uma análise compreensiva a partir do reflexo de condições sociais objetivas sobre a *psique* individual e grupal dos afetados pelo não reconhecimento (SOUZA, 2000a, p. 123).

4 O PROCESSO SINGULAR E SELETIVO DE MODERNIZAÇÃO BRASILEIRO

4.1 As Visões de Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Roberto Damatta

O personalismo é o ponto central explorado por Sérgio Buarque de Holanda na sua leitura da modernização e do atraso brasileiro. A constituição da sociedade brasileira para Buarque é marcada pela herança de uma nação ibérica, inserida, portanto, em uma região de fronteiras influenciada por outras culturas e assim menos carregada de europeísmo. A ética personalista deriva de tal legado, sendo, deste modo, intrinsecamente fidalga, mas também, como próprio da monarquia lusitana, compartilhada por nobres e plebeus (SOUZA, 2000a, p. 162).

Esse caráter “democrático” da aristocracia portuguesa implicou na incapacidade da burguesia lusitana criar valores próprios, já que não teve a necessidade de lutar e defender seus interesses ante a perspectiva real de mobilidade social. Tal característica impediu, na visão de Buarque, a criação de vínculos racionais de organização racional, próprios das sociedades com influência calvinista (o que leva ao mando e à obediência irrestrita, isto é, vínculos verticais de hierarquia) (SOUZA, 2000a, p. 163).

Para Buarque, o personalismo vincula responsabilidade individual e respeito ao mérito individual enquanto aspectos subordinados a própria personalidade; os fins jamais são extrapessoais ou impessoais. A causa dos nossos muitos males e de nossas poucas virtudes (como a plasticidade, que leva a assimilação da cultura indígena e africana) derivaria exclusivamente da ética personalista (SOUZA, 2000a, p. 164).

O personalismo em Buarque é permanente, sendo incluído, abstraído e percebido em manifestações impessoais, abrangentes e institucionalizadas, como o Estado patrimonial (que impediria o desenvolvimento de um Estado racional democrático) e o catolicismo familístico (causa da inexistência de uma tensão entre ética religiosa e mundo) (SOUZA, 2000a, p. 166). Enfim, a ética personalista permeia toda a análise de Buarque e consolida

o tema clássico do 'para inglês ver', ou seja, da autolegitimação de uma baixa estima nacional pelo disfarce, pelo embuste, pensado de modo a garantir uma transitória *aprovação dos outros povos*, portanto de fora para dentro, completa o quadro da modernização inautêntica e epidérmica como nosso traço mais característico. O personalismo e o iberismo permanecem como nossa herança mais profunda. (SOUZA, 2000a, p. 167).

Raimundo Faoro demonstra o caráter patrimonialista do estado brasileiro, buscando comprovar sua tese nas raízes que se alongam até a formação do Estado português no remoto século XII de nossa era. Faoro atenta-se ao prematuro processo de centralização e monetarização das bases sociais do poder real em Portugal, sobre cuja base material, militar e econômica, constitui-se um fundamento simbólico ou espiritual destinado a organizar e legitimar o poder do príncipe: o uso do direito romano como modelo de pensamento, ideal de justiça e instrumento de organização administrativa e jurídica do domínio do príncipe. O Estado resultante desse processo histórico que Faoro denominará de Estado patrimonial (SOUZA, 2000a, p. 169).

Em oposição ao uso histórico e dinâmico da categoria de patrimonialismo em Weber, Faoro utiliza tal conceito de forma estática e a-histórica. A partir dessa noção, coloca o Estado controlado por um estamento em nome de interesses próprios, impedindo o florescimento de uma sociedade civil livre e empreendedora. Nessa ordem de ideias, a formação prematura do estado português impede o desenvolvimento do capitalismo industrial e do implemento de uma sociedade moderna, já que o Estado substitui a atividade empresarial inibindo o exercício de liberdades econômicas fundamentais (SOUZA, 2000a, p. 172).

Faoro coloca a história portuguesa como um apêndice da intenção de demonstrar uma espécie de pecado original da formação social brasileira. Em resumo, "a nossa formação social seria, portanto, defeituosa devido à permanente influência da herança estatal portuguesa, a qual impediu o país de livrar-se do atraso social e econômico" (SOUZA, 2000a, p. 182-183).

Em Roberto DaMatta, a tese do atraso brasileiro resultado da herança ibérica passa a ter uma perspectiva culturalista a partir das nossas práticas cotidianas. DaMatta diagnostica um dualismo no Brasil, contrapondo indivíduo, que não participa de nenhum poderoso sistema de relações pessoais, oposto à pessoa,

própria do personalismo e plasticidade brasileiros e, portanto, um ser basicamente relacional. Complementarmente a essa dualidade, o antropólogo relaciona duas leituras brasileiras tidas por ele como antagônicas: institucionalista, própria de macrofatores como economia e política (correspondente ao indivíduo) e culturalista, ambiente do cotidiano, dos usos e costumes, da família, da “casa” (correlacionada à pessoa). (SOUZA, 2000a, p. 184).

O elemento pessoal, culturalista, é visto como dominante em relação ao ambiente abstrato, institucionalista. No caso do conflito entre ambos, a racionalidade institucional perderia para o caráter emocional e pessoal culturalista (SOUZA, 2000a, p. 189). Com base nessa dualidade, DaMatta pretende descobrir a “gramática social profunda”; no entanto, o antropólogo não promove a articulação entre esses dois mundos e a dualidade apresentada recai em uma aporia. Tal articulação somente seria possível a partir da determinação de uma hierarquia valorativa que preside a institucionalização de estímulos seletivos para a conduta dos indivíduos que a compõem (SOUZA, 2000a, p. 191).

Há, portanto, uma indeterminação na dualidade damattiana; os valores são percebidos por ele como tendo existência independente da vida institucional, já que “o vínculo fundamental entre eficácia institucional e predisposição valorativa individual não é levado em conta no raciocínio damattiano”. (SOUZA, 2000a, p. 195). Isso acaba por “permitir a sistematização da imagem do senso comum, precisamente da ‘ideologia’ do brasileiro médio sobre si próprio” (SOUZA, 2000a, p. 196).

Os grandes pensadores que estudaram a modernidade demonstraram que os agentes vivem e aceitam as instituições modernas sem manifestação de vontade se aceitam isso. Taylor, como visto, ressalta o fato de os agentes sequer perceberem isso, aceitando as instituições modernas naturalmente. As reflexões de Buarque, Faoro e DaMatta têm em comum o fato de apontarem a herança ibérica como grande fator de formação da sociedade brasileira, ratificando a tese de que a modernização do Brasil deu-se de “dentro para fora”. No entanto, não percebem a forma específica de institucionalização dos valores herdados nem para a peculiar estratificação que em cada caso se origina a partir dela. É justamente

esse o ponto que Jessé Souza critica, apontando, ao contrário, um processo de modernização seletivo e singular. Para comprovar a sua tese, Souza reconstrói a argumentação de outro grande pensador brasileiro: Gilberto Freyre.

4.2 A Singularidade Cultural brasileira em Gilberto Freyre

A importância do pensamento de Freyre na argumentação de Souza está centrada em duas obras fundamentais do sociólogo pernambucano: *Casa Grande e Senzala* e *Sobrados e Mucambos*; na primeira, o elemento miscigenação faz-se presente, enquanto que na segunda está enfatizado o processo de “ocidentalização” a partir da influência da Europa “burguesa” (não mais portuguesa) iniciado no século XIX.

Souza irá se ater a uma ambiguidade do pensamento de Freyre: a vinculação entre despotismo, mando e aproximação (SOUZA, 2000a, p. 213). A análise dessa ambiguidade passa pela compreensão do patriarcalismo brasileiro. No início da colonização brasileira, a instituição central e absoluta era a família patriarcal. Não existia nada superior a ela (nem Igreja, nem Estado). O senhor de engenho era a autoridade máxima e inexistiam limites ao seu poder ou freios sociais aos seus desejos primários. As relações pessoais, assim, eram dominadas pelo sadomasoquismo social, em que não se tinha o reconhecimento da alteridade e o objetivo máximo era a preservação do prazer (as inclinações emotivas da pessoa do patriarca assumem o papel principal) (SOUZA, 2000a, p. 228). Agregado a isso, aparecia outro componente: a influência moura sofrida pelos lusitanos (SOUZA, 2000a, p. 222). Tal influência particularizou a escravidão brasileira, já que possibilitava uma proximidade entre escravizados e escravizadores (assim que escravos passavam a integrar a família patriarcal, em especial os filhos dos senhores com as escravas, sendo existente, inclusive, a possibilidade real de sua adoção). Essa singularidade seria, para Freyre, a semente da formação social brasileira (a mesma influência oriental levou a poligamia, necessária a colonização de uma vasta extensão territorial).

Tal ambiguidade – a distância do sadomasoquismo social e a aproximação acarretada pela influência moura na escravidão – leva a uma série de

consequências na formação social brasileira. O sadismo sai do plano privado e passa para a esfera pública, transformada em mandonismo e autoritarismo. Igualmente os mestiços passam a ter possibilidade de ascensão social, manifestada já no período colonial ao assumirem funções de confiança designadas pelo patriarca (SOUZA, 2000a, p. 233).

O patriarcalismo rural começa a decair com o crescimento das cidades, principalmente pela razão de que começa a se debater com valores universalizantes. Tais valores entram no país como na Europa: a partir da troca de mercadorias, mais precisamente a partir da abertura dos portos e da vinda da família real portuguesa ao Brasil, e foram internalizados a partir da criação, em razão desses fatores, de um Estado e mercado incipientes. Essa foi a base na qual pôde se desenvolver um processo de real assimilação e aprendizado cultural dos novos valores. A partir disso,

o sistema social passa a ser regido por um código valorativo crescentemente impessoal e abstrato. A opressão tende a ser exercida agora cada vez menos por senhores contra escravos e cada vez mais por portadores de valores europeus – sejam esses efetivamente assimilados ou simplesmente imitados – contra pobres, africanos e índios. (SOUZA, 2000a, p. 237).

A configuração valorativa altera-se como um todo. O poder patriarcal pessoal vindo pelo alto é minado pelo Estado, que retira os filhos da casa do senhor para atender as necessidades estatais. Da mesma forma o mercado passa a promover uma maior mobilidade social. O conhecimento e o desempenho individual passaram a ser elementos diferenciadores, consolidando-se assim uma grande revolução de cima para baixo, envolvendo todos os extratos sociais.

A eficácia da institucionalização desse novo quadro valorativo deu-se justamente porque o próprio sistema já havia construído um espaço ao lado do elemento despótico e autoritário, construção esta possibilitada pelas relações sociais especificamente brasileiras moldas à luz da influência moura (SOUZA, 2000a, p. 240-241).

O argumento de Freyre é fundamental em razão de questões que são secundarizadas pela “sociologia da inautenticidade”, quais sejam, a da institucionalização dos valores modernos a partir da criação, no início do século

XIX, do Estado racional e do mercado capitalista e a questão da estratificação social em função do processo de transformação valorativa. A data-chave dessa revolução modernizadora e burguesa é 1808, representando “o *início ao mesmo tempo do Brasil moderno e da miséria brasileira*”. (SOUZA, 2000a, p. 250).

4.3 Seletividade e Singularidade da Modernização Brasileira

A partir de todo o quadro teórico traçado até agora, compreende-se a tese apresentada por Jessé Souza: o Brasil teve um processo de modernização singular e seletivo. Isso não implica na afirmação de que a sociedade brasileira modernizou-se em todas as esferas sociais. Mas importa no reconhecimento da existência da institucionalização de valores modernos, únicos aceitos como legítimos.

A aceitação desse quadro valorativo moderno certamente nos faz um país moderno no sentido ocidental do termo. A forma como se deu a internalização da modernidade é que foi seletiva e singular no Brasil, como não poderia ser de outra forma. Como aponta Souza,

a seletividade do nosso processo começa aí. O senhor tem o desafio de, bem ou mal, adaptar-se aos novos tempos. O escravo, esse vai ser abandonado e ficará desprovido de acesso às benesses do novo sistema que se institucionaliza a partir de então. Quem ocupa os novos empregos abertos pelo desenvolvimento de manufaturas e maquinofaturas é o mulato e depois o europeu imigrante. O negro, vítima de preconceito e de seu próprio abandono, não teve nem terá acesso mais tarde ao lado menos sombrio dos novos tempos. Pela necessidade de acelerar a diferenciação do processo de industrialização, o Estado interventor, quase um século depois, cria uma estratificação profissional funcional à industrialização ampliada de grande porte. Tal industrialização beneficiará o trabalhador que se engajar no esforço de modernização: na época o trabalhador urbano e qualificado. A *seletividade do processo*, no entanto, era antiga e havia se mostrado desde o começo da modernização *espontânea*, a partir de inícios do século XIX. (SOUZA, 2000a, p. 265-266).

Esse processo de modernização singular e seletivo é ignorado por nossa “sociologia da inautenticidade”, daí a grande crítica de Souza. A importância dessa visão está justamente na reinterpretação dos problemas brasileiros, que passam também a ser vistos pela ótica das ambiguidades e patologias inerentes à modernidade. Exemplo disso é a fragmentação da consciência do sentido, em que

a articulação entre a concepção de mundo e a posição do agente não se forma e a reflexão crítica não se consolida, impossibilitando a concretização de uma conduta privada ou pública racional e consciente. O desafio, então, está na assimilação das consequências dessa modernização seletiva, especialmente o enfrentamento das mazelas dela decorrentes (SOUZA, 2000a, p. 270).

5 CONCLUSÃO

Esse pequeno estudo procurou trazer os contornos fundamentais de uma proposta alternativa de interpretação do processo de modernização brasileiro formulada por Jessé Souza. A importância está justamente na ênfase que o autor dá à seletividade e à singularidade da formação social brasileira.

É imprescindível para a compreensão dos problemas e desafios de uma dada sociedade conhecer suas especificidades culturais e valorativas. A contribuição de Souza nos ajuda a entender o Brasil inserido na modernidade ocidental a partir de suas particularidades próprias.

As consequências desse processo seletivo são ignoradas por nossa intelectualidade e naturalizadas por nós mesmos. A crítica formulada por Souza atinge a visão que temos de nosso próprio país, o senso comum predominante em nosso ideário que conspira para uma ideologia do atraso permanente e supostamente inquebrantável e um processo de modernização artificial.

O primeiro passo para enfrentarmos nossos dilemas, como a perversa desigualdade social, está na compreensão da formação social brasileira. Nessa ordem de ideias, a contribuição de Jessé Souza é fundamental e valiosa.

6 BIBLIOGRAFIA

ARGÜELLO, Katie. **O ícaro da modernidade: Direito e política em Max Weber**. São Paulo: Acadêmica, 1997.

AVRITZER, Leonardo. Habermas e Weber: da instrumentalização da moral aos fundamentos morais da democracia. In: SOUZA, Jessé (Org.). **A atualidade de Weber**. Brasília: Editora UNB, 2000.

COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. **Max Weber e a história**. Trad. de: Eduardo Biavatti Pereira. São Paulo: Brasiliense, 1995.

DAMATTA, Roberto. **A casa e a rua**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1991.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação** do patronato político brasileiro. 5. ed. Porto Alegre: Globo, 1979.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e Mucambos**. Rio de Janeiro: Record, 1990.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora da Universidade, 1963.

_____. A ética protestante e a ideologia do atraso brasileiro. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **O malandro e o protestante: a tese weberiana e a singularidade cultural brasileira** Brasília: UNB, 1999.

_____. **A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro**. Brasília: UNB, 2000a.

_____. (Org.). **A atualidade de Weber**. Brasília: UNB, 2000b.

DIREITOS HUMANOS E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA: COMPATIBILIDADE DE PRINCÍPIOS?¹

HUMAN RIGHTS AND ECONOMIC GLOBALIZATION: COMPATIBILITY OF PRINCIPLES?

*Fernanda Schaefer*²

Resumo

O presente trabalho não visa analisar a contradição entre a abertura econômica e a tão almejada reforma social, mas tem por objetivo avaliar o impacto da globalização econômica na tutela dos direitos humanos. A política promovida pela globalização rompe com a ideia de cidadania, elemento constitutivo dos direitos humanos. Por isso, na 'Era da Globalização' os direitos humanos tendem a se tornar meramente retóricos, enfrentando a cada dia grande dificuldade para sua afirmação. Diante dessa ameaça à proteção do ser humano como um fim em si mesmo é que se pretende promover um resgate à cidadania, tomando os direitos humanos não apenas como algo universalizante, mas sim, como fato universal. Compatibilizar os princípios dos direitos humanos e da globalização econômica não é tarefa fácil, mas de forma alguma pode ser considerada impossível. O presente trabalho tem por objetivo enfatizar a possibilidade e a necessidade desta compatibilização que deverá ter por pressuposto a produção de harmonia social por meio do resgate à cidadania buscando anular os conflitos, incertezas e contradições decorrentes do sistema capitalista globalizado. Afinal, deve-se ter em mente que a sociedade apenas se beneficiará plenamente da economia globalizada se houver um respaldo ético, social e jurídico e, para tanto, é preciso reaproximar realidade e legislação.

Palavras-chave: globalização, direitos humanos, direitos fundamentais, princípios.

¹ Artigo recebido em: 21/05/2009. Pareceres emitidos em: 24/08/2009 e 10/08/2009. Aceito para publicação em: 13/05/2010.

² Fernanda Schaefer Rivabem – advogada em Curitiba-PR, graduou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, *campus* Curitiba, em 2000. Especializou-se em Direito Processual Civil pela mesma instituição em 2003. Foi bolsista CAPES no Mestrado em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, curso que concluiu em março de 2005. Atualmente é doutoranda em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná. Autora de obras e artigos sobre responsabilidade médica e Biodireito; integrante do Grupo de Pesquisa em Biodireito, vinculado ao curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da PUC-PR; professora de Direito Civil e Bioética. Professora do Curso Prof. Luiz Carlos. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-PR. Nome para publicações: SCHAEFER, Fernanda.

Abstract

This paper is not intended to examine the contradiction between economic openness and social reform, but aims to assess the impact of economic globalization on the protection of human rights. The policy promoted by globalization breaks with the idea of citizenship, constitutive element of human rights. So in the Globalization Era, human rights tend to become merely rhetorical, experiencing great difficulty each day for its statement. Given this threat to the protection of the human being as an end in itself is that if you promote a ransom to citizenship, taking human rights not only as something universal but, as an universal fact. Make the principles of human rights compatible with economic globalization is not easy, but no way can be considered impossible. This work aims to emphasize the possibility and the necessity of consistency that assumption should be the production of social harmony through the redemption seeking citizenship to annul the conflicts, contradictions and uncertainties arising from the global capitalist system. After all, one should have been in mind: that the society only will benefit fully from the global economy if there is support ethical, social and legal and, for this, it is necessary reconnect reality and legislation.

Keywords: globalization, human rights, essential rights, principles.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Compreendendo os Direitos Humanos*; 3. *Entendendo a globalização econômica*; 4. *Direitos Humanos e globalização econômica: compatibilidade de princípios?*; 5. *Considerações finais*; 6. *Referências Bibliográficas*.

“Diante de tantos desafios resta concluir pela crença na implementação dos direitos humanos, como a racionalidade de resistência e única plataforma emancipatória de nosso tempo”.

Flávia Piovesan, 2006

1 INTRODUÇÃO

A situação dos Direitos Humanos, hoje, é paradoxal, ao mesmo tempo em que são constantemente invocados, encontram-se em um momento de grande dificuldade de sua afirmação. A transnacionalização política promovida pela globalização rompe com a ideia de cidadania, elemento constitutivo daqueles direitos, e acaba transfigurando a ideia de cidadãos em consumidores-clientes, o que, sem dúvida, leva a uma crise de identidade dos próprios direitos humanos.

Nos anos 90, as políticas neoliberais, fundadas no livre mercado, nos programas de privatização e na austeridade econômica, permitiram que, hoje, sejam os Estados incorporados aos mercados, e não à política ou às fronteiras territoriais. Nesse contexto, o centro das decisões políticas acaba sendo afastado dos cidadãos o que leva ao desmantelamento das políticas sociais públicas e, por via de consequência, à perda de direitos sociais e ao enfraquecimento do papel do Estado como promotor primeiro dos direitos humanos. Nesse contexto, podem ser identificados dois movimentos diametralmente opostos: a globalização ou integração econômica e a balcanização ou fragmentação sociocultural Assim, ensina José Eduardo Faria (1996, p. 129)

Quanto mais lentas (ou postergadas) são a estabilização econômica e a reforma social, e quanto maior é o apelo às fórmulas mágicas e às 'políticas de feitiços' para neutralizar as conseqüências geradas pela frustração e falta de esperança acumuladas, mais as desigualdades se agravam e mais se debilita o acordo moral básico do qual dependem a manutenção da ordem democrática e o funcionamento da economia. E quanto maior é a velocidade desse processo, menor é a efetividade dos direitos fundamentais restabelecidos pela abertura política, uma vez que a miséria, as decepções e a falta de perspectiva minam a estabilidade institucional, esgarçam os laços de solidariedade e abrem caminho para o 'hobbesianismo social'.

O presente trabalho não visa analisar a contradição entre a abertura econômica e a tão almejada reforma social, mas tem por objetivo avaliar o impacto da globalização econômica na tutela dos direitos humanos. José Eduardo Faria questiona (1996, p. 130)

Embora os processos de abertura política e transição democrática tenham possibilitado o reconhecimento formal dos direitos humanos, pelo ordenamento jurídico em vigor, até que ponto eles, de fato vêm sendo respeitados? Em que medida, apesar de sua vigência formal, são materialmente eficazes? [...] além disso, de que modo estender os direitos humanos do plano tradicional dos direitos civis e da segurança patrimonial para o plano dos direitos à vida, ao trabalho, à saúde, à educação, à alimentação e à moradia em países estigmatizados por 'dualismos estruturais' altamente perversos e por inúmeras demandas particulares envolvendo sujeitos históricos novos e portadores de necessidades não enquadráveis nas generalizações abstratas das instituições político-jurídicas à luz dos modelos clássicos de Estado de Direito?

Perguntas contundentes que demonstram que o momento histórico é de grande importância e gera importantes questionamentos. Quando se fala em direitos humanos na sociedade contemporânea a principal dúvida é se seus

princípios podem ser compatibilizados com os princípios da economia globalizada. Como manter valores sociais quando a soberania dos próprios Estados está ameaçada? Como promover a igualdade social quando as divisões de classes a cada dia tornam-se mais evidentes? Como incentivar a igualdade em uma sociedade dividida em classes?

2 COMPREENDENDO OS DIREITOS HUMANOS

Antes de discorrer propriamente sobre o tema proposto, é necessário compreender o significado da expressão “direitos humanos”³.

A saída dos direitos humanos (espécie do gênero direitos fundamentais) da esfera filosófica⁴ para o domínio do Direito é extremamente recente e original, e teve como uma de suas principais consequências a colocação do homem como sujeito⁵ do ordenamento jurídico. Ensina Flávia Piovesan (2006, p. 16) que

para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Compõem um construído axiológico, fruto da nossa história, de nosso passado, de nosso presente, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social.

Portanto, os direitos humanos não nasceram todos de uma vez, mas sim “enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer”.

³ Uma distinção se faz necessária: direitos humanos não são sinônimos de direitos fundamentais. Em termos gerais, aqueles se referem a direitos inerentes ao próprio homem em sentido universal que podem ser examinados sob contextos mais amplos e uma ótica internacional. Já os direitos fundamentais são os direitos básicos de um cidadão diante do Estado em que está inserido e, por isso, são constitucionalizados. Assim, a prevalência dos direitos humanos tanto no âmbito externo como no interno (art. 4º, inciso II, da CF) assegura-se como um direito fundamental.

⁴ Sob o aspecto filosófico os direitos humanos podem ser analisados sob três diferentes concepções: a idealista (tem por base o jusnaturalismo e afirma serem os direitos humanos direitos supra-estatais de caráter absoluto); a positivista (enraizada no positivismo jurídico, afirma que os direitos humanos resultam da produção legislativa estatal) e a crítico-materialista (inspirada em Karl Marx, afirma serem os direitos humanos produtos da história da humanidade). Mas, somente quando essas teorias filosóficas foram positivadas é que se pode falar em um sistema de direitos humanos.

⁵ A pessoa humana deve ser vista valor-fonte do qual emanam todos os outros valores objetivos. O homem em sua dignidade é o fundamento de toda a moral.

Os primeiros textos legais que continham ideias e alguns poucos dispositivos sobre direitos humanos, foram: a Carta Magna Inglesa de 1215; *The Petition of Rights* (1628) e *The Habeas Corpus Act* (1679), ambos da Inglaterra; o *Bill of Rights* inglês de 1689; a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), a Constituição Francesa de 1791, para citar apenas os de maior destaque⁶. Nas palavras de Fábio Konder Comparato (2005, p. 11-12)

A idéia de que os indivíduos e grupos humanos podem ser reduzidos a um conceito ou categoria geral, que a todos engloba, é de elaboração recente na História. [...]. Foi durante o período axial da História, como se acaba de assinalar, que despontou a idéia de uma igualdade essencial entre os homens. Mas foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase-totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que 'todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos'.

O direito humanitário indivisível, paradigma e referencial ético, confluência de diversas fontes filosóficas, jurídicas e teleológicas, tal qual se conhece hoje, surgiu como resposta às atrocidades cometidas durante as Primeira e Segunda Guerras Mundiais (Declaração Universal dos Direitos do Homem, ONU, 1948⁷). Sua ideia principal é a de estabelecer um consenso sobre valores de cunho universal⁸, que possa alcançar a todos independentemente de nacionalidade, raça, sexo ou religião, mas tem esbarrado em um problema de maior complexidade: a falta de instrumentalização adequada e a transnacionalização política.

Considerando a sua evolução conceitual histórica, contemporaneamente, pode-se definir Direitos Humanos como um direito marcado pela universalidade e indivisibilidade⁹.

⁶ Atualmente são vários os instrumentos que fixam parâmetros protetivos mínimos sobre temas intimamente ligados à tutela dos Direitos Humanos, entre eles, Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos; Convenção sobre os Direitos da Criança; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção contra a Tortura; Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, entre diversos outros. Vale ressaltar, que ao lado desse sistema normativo global surgiram diversos sistemas normativos regionais, que não são excludentes entre si, mas sim, complementares e que devem se somar aos sistemas nacionais.

⁷ Instrumento que confere lastro axiológico e unidade valorativa aos Direitos Humanos e que permitiu o desenvolvimento de um Direito Internacional dos Direitos Humanos.

⁸ O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a criação e formação de um sistema internacional de proteção desses direitos que vem, atualmente, acompanhado de sistemas regionais que lhe são complementares.

⁹ Concepção introduzida pela Declaração Universal de 1948 e mantida pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Universalidade porque clama pela extensão universal [...], sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição de observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. (Flávia PIOVESAN, 2006, p. 18)

Assim, os direitos humanos afirmam-se historicamente como um conjunto harmônico e identificável de normas ou preceitos. Nesse sentido, enuncia Norberto Bobbio (1992, p. 30) que “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”. Por isso, além de universais e indivisíveis, os Direitos Humanos mostram-se indissociáveis da Democracia e do Desenvolvimento, um não existe sem o outro, o que demanda uma ideia (ainda que utópica) de globalização ética e solidária.

Nesse cenário de busca pela afirmação dos direitos humanos, a globalização econômica deve ser um novo catalisador para a criação ou renovação dos mecanismos internacionais de proteção desses direitos, não podendo ser utilizada como justificativa de aniquilar conquistas tão importantes. Diante da rápida transformação econômica mundial, diversos documentos têm surgido preocupados em realizar a efetiva tutela da dignidade da pessoa humana frente ao desenvolvimento da “aldeia global”^{10/11}, mas serão eles capazes de superar a força das grandes organizações e instituições transnacionais?

¹⁰ Abili Lázaro Castro de LIMA (2002, p. 129-130), citando Octavio Ianni, ensina que “algumas metáforas derivadas da globalização possuem uma conotação heurística, tais como ‘aldeia global’, ‘fábrica global’, ‘terra-pátria’, ‘nave espacial’, ‘nova babel’, etc. Outras estão ligadas a um enfoque econômico, como por exemplo, ‘economia-mundo’, ‘sistema-mundo’, shopping center global’, ‘Disneylândia global’, ‘nova dimensão internacional do trabalho’, ‘moeda global’, ‘cidade global’, ‘capitalismo global’, ‘mundo sem fronteiras’, ‘tecocosmo’, ‘planeta Terra’, ‘desterritorialização’, ‘miniaturização’, ‘hegemonia global’, ‘fim da geografia’, ‘fim da história’, etc. A partir das designações supramencionadas, já é possível vislumbrar que a globalização pode se apresentar sob diversos enfoques”.

¹¹ Octavio IANNI (1996, p. 16) ensina que o termo ‘aldeia global’ “sugere que, afinal, formou-se a comunidade mundial, concretizada com as realizações e as possibilidades de comunicação, informação e fabulação abertas pela eletrônica. Sugere que estão em curso a harmonização e homogeneização progressivas”.

3 ENTENDENDO A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

À medida que o Estado moderno¹² se desenvolveu, houve um incremento na participação política e na conquista e defesa de direitos individuais e coletivos. No entanto, ao mesmo em tempo que o Estado moderno ganhava forma, outro fenômeno começava a mostrar sua força: a globalização¹³. Destaca Zygmunt Bauman (1999) que

A 'globalização' está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, 'globalização' é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo 'globalizados' - e isso significa basicamente o mesmo para todos.

Assim como os Direitos Humanos, tema tão discutido e que também pouco se compreende, o tema globalização gera grandes questionamentos. Antes de entrar propriamente no assunto globalização econômica, é necessário primeiro definir o que se deve entender por globalização.

Anthony Giddens (1991, p. 69) define globalização como a "intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que os acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas de distância e vice-versa". Fenômeno que não deve ser visto apenas como a interligação de economias de diversas partes do mundo, mas sim, como processo histórico de grande repercussão social.

Segundo John Gray (1999, p. 16) globalização é "a expansão mundial da produção industrial e de novas tecnologias promovida pela mobilidade irrestrita do

¹² O Estado Moderno começou a ser delineado no século XIV e pode ser definido como o Estado marcado como um espaço político territorialmente delimitado, ou seja, como forma específica de dominação econômica que propõe a separação entre as esferas pública e privada; dissocia o poderio político do poderio econômico e determina a separação das funções políticas e administrativas.

¹³ Não é fenômeno novo (ainda que com menos expressão, pode ser notado no século XV, com as Grandes Navegações; no século XVI com a exploração manufatureira na Itália; nos séculos XVII e XVIII com o comércio entre o Velho e o Novo Mundo; no final do século XIX com a padronização da moeda para comercialização internacional), mas que ganhou importância e tem gerado grandes debates no decorrer do século XX (em especial após a II Guerra Mundial e a partir da

capital e a total liberdade de comércio”. Processo que gera fenômenos como a unificação de mercados financeiros; regionalização do mercado econômico e formação de blocos regionais; generalização de associações entre empresas transnacionais (agentes do mercado global); coordenação das principais políticas econômicas; grande mobilidade das empresas transnacionais e, por consequência, uma nova divisão internacional do trabalho (flexibilização das relações de trabalho); contribui para o declínio dos Estados-Nação (miniaturização dos Estados com ocupação dos espaços públicos por entes privados); conquistas sociais do Estado-Nação vão sendo suprimidas (os direitos sociais deixam de ser uma conquista para serem considerados um privilégio); há o esvaziamento dos espaços públicos e as fronteiras territoriais começam a perder importância em benefício dos centros decisórios supranacionais.

Mas a globalização não possui uma única dimensão, compreende sim várias dimensões, imbricadas entre si, dentre as quais podem se destacar: a política, a social, a ambiental, a cultural e a econômica (Liszt VIEIRA, 1998). Ao presente trabalho interessa apenas a dimensão econômica, uma vez que é o viés econômico o fio condutor da globalização e um dos elementos que mais podem influenciar a efetivação (no tempo e no espaço) ou não dos direitos humanos.

Quanto à globalização econômica, ensina Abili Lázaro Castro de Lima (2002, p. 174-188),

alicerçada sob a ideologia neoliberal, faz com que o Estado deixe de ser um espaço privilegiado para participação política e para a conquista e defesa dos direitos dos cidadãos, passando a constituir uma seara que serve de ‘guardiã’ do livre mercado”. Portanto, a globalização econômica “tolhe de forma significativa a possibilidade dos cidadãos de determinarem os destinos da sociedade, eis que ‘a globalização da economia capitalista, compreende a formação de centros decisórios extra e supranacionais, debilita ou menos anula possibilidades de estratégias nacionais’. [...]. A soberania torna-se apenas uma figura de retórica.

Podem ser enumerados como são efeitos da globalização, na lição de José Eduardo Faria (2002, p. 10-11),

década de 70 quando ganha o reforço do discurso neoliberal), início do XXI. (José Eduardo FARIA, 2002).

Integrando mercados em velocidade avassaladora e propiciando uma intensificação da circulação de bens, serviços, tecnologias, capitais, culturas e informações em escala planetária, graças ao desenvolvimento da tecnologia, à expansão das comunicações e ao aperfeiçoamento do sistema de transportes, a globalização provocou a desconcentração, a descentralização e a fragmentação do poder. Debilitou a capacidade de taxação e regulamentação dos governos. Abriu caminho para configurações geopolíticas novas e originais, com poder de balizar, abalar, mover e influenciar os fluxos produtivos mercantis, monetários e migratórios. Levou as estruturas hierarquizadas das atividades empresariais a se transformarem em organizações sob a forma de redes, construídas com base em parcerias, cooperação e relações contratuais flexíveis. Estimulou a criação de novos instrumentos financeiros e introduziu novos critérios e diferenciais de rentabilidade nos investimentos transnacionais, ao mesmo tempo que também ampliou os riscos. Gerou uma pluralidade de situações sociais originais, diferenciadas e particularísticas e exigiu novos padrões de responsabilidade, controle e segurança. Mudou o perfil e a escala dos conflitos. Tornou crescentemente ineficazes as normas e os mecanismos processuais tradicionalmente utilizados pelo direito positivo para dirimi-los. Redefiniu o tamanho, o peso e o alcance das próprias funções e papéis do Estado. Deixou menos nítidas as linhas democráticas entre o interno e o externo. Propiciou modos inéditos de articulação entre esferas locais, microrregionais, nacionais, macrorregionais e internacionais, com relações, intersecções e zonas de sobreposição extensas e complexas. Alimentou movimentos e lutas pela afirmação de identidades locais baseadas na revalorização do direito às raízes. Redefiniu a articulação entre interesses particulares e a idéia de bem comum. E conduziu a novas formas de ação política e a novos modelos de legalidade. Ampliando a diferenciação funcional dos sistemas econômico e social num ritmo jamais visto anteriormente, o fenômeno da globalização também tornou as identidades mais lábeis e poliformas[...]. Generalizou e acentuou os contrastes entre pobreza e riqueza, miséria e opulência, centro e periferia, Enfraqueceu e subverteu os marcos de referência social até então prevalentes, baseados na família, no trabalho e na comunidade. [...].

Essa enorme quantidade de efeitos decorrentes da globalização (em todas as suas dimensões), provoca o choque entre universalismo e relativismo cultural e afeta diretamente os Direitos Humanos, uma vez que estes agora devem estar em consonância não só com as diversas realidades locais, mas devem expressar também uma nova realidade global marcada intensamente por exigências de instituições, organizações e corporações multilaterais transnacionais que se projetam acima da soberania nacional.

Nesse contexto, afirma Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2000, p. 52), “os Direitos Humanos na perspectiva da globalização, são castrados”, então, como compatibilizar os seus princípios?

As relações sociais na ‘Era da globalização’ se caracterizam por um poder estigmatizado pela não reciprocidade, ou seja, pela instrumentalização do homem pelo homem, o que é incompatível com a diretriz humanista da reciprocidade, ou seja, do reconhecimento do outro como um igual (princípio da solidariedade).

Assim, a globalização conduz a humanidade para uma sociedade de organizações, o que leva, sem dúvida, ao processo de fragmentação social e à transnacionalização da economia, esvaziando o indivíduo como unidade moralmente relevante de ação. A cidadania esmigalha-se e as identidades individuais, nacionais e cívicas são aos poucos substituídas por uma identidade organizacional que paira acima de qualquer sentimento nacionalista. Dessa forma, os espaços públicos passam a ser legitimados pela economia e não mais pela política.

Portanto, indubitável que, a tensão existente entre globalização e Estado-Nação traz importantes consequências para o tema Direitos Humanos. Muito se fala em efetivação dos Direitos Humanos, mas pouco se discorre sobre o seu papel num mundo que se pretende economicamente globalizado.

4 DIREITOS HUMANOS E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA: COMPATIBILIDADE DE PRINCÍPIOS?

O Direito é o principal instrumento de regulação estatal e, como tal, sofre grande influência das transformações sociais. A globalização econômica, nesse contexto, acaba esvaziando o debate político e aumentando as formas de exclusão social, o que afasta cada vez mais o cidadão do centro político decisório.

A transnacionalização da política, fenômeno decorrente da globalização, faz com que os cidadãos estejam submetidos a decisões que transcendem a política do próprio Estado em que vivem. Então, como se falar em defesa dos direitos humanos num contexto histórico em que as decisões, muitas vezes, já não correspondem à realidade do território em que são implementadas?

O individualismo que toma conta da sociedade mundial e o esvaziamento da esfera pública têm por consequência a apatia política dos cidadãos, o que

influencia, sobremaneira, a forma de resolver conflitos e contradições decorrentes do próprio sistema capitalista. As decisões políticas estão cada vez mais distantes, o que leva à perda da significação dos direitos de liberdade e igualdade, próprios do Estado moderno, ou seja, há uma quebra do princípio da solidariedade e fragmentação da cidadania, pilares da democracia e dos direitos humanos. Nesse sentido, Abili Lázaro Castro de Lima (2002, p. 309)

Ocorre que tais direitos [liberdade e igualdade] existiam não só em razão do indivíduo, mas também sob a perspectiva da sociedade, ou seja, a igualdade de oportunidades de participação na vida política e a liberdade do exercício dos direitos políticos, máxime no que tange à definição dos destinos da sociedade. A globalização econômica e as políticas neoliberais tornam estéril este último aspecto eis que concebem que a liberdade e a igualdade devem prevalecer é aquela que garante ao indivíduo o direito de participar do mercado, seja como produtor ou como consumidor. Uma vez que o indivíduo vive num mundo onde as fronteiras dos Estados perderam o significado, a igualdade reside na ausência discriminação em relação à origem dos indivíduos que consomem ou dos produtos que são consumidos. Todos seriam vistos como 'iguais', buscando a satisfação de suas necessidades próprias. A liberdade é a garantia que não haverá restrições de qualquer ordem ao livre comércio internacional [...].

Então, pode-se afirmar, a globalização leva ao fracionamento dos direitos sociais, componentes indissociáveis do conceito de cidadania, o que, em termos de direitos humanos é um grande retrocesso¹⁴ histórico. Alberto do Amaral Júnior (2002, p. 202) destaca que o

Vínculo entre direitos humanos e comércio internacional reside na ligação cada vez mais perceptível entre as vantagens comparativas em matéria comercial e as discrepâncias de regimes trabalhistas entre os países. A estas discrepâncias somam-se a exigência do pagamento das dívidas externas a juros elevados, a transferência do potencial poluidor aos países de economia emergente; a desigualdade de tratamento entre homens e mulheres resulta na violação de direitos constantes em tratados e convenções internacionais.

Assim, desconsiderando os valores que norteiam a ordem jurídica internacional, o fenômeno da globalização econômica tem possibilitado às empresas, por meio das políticas de mercado: aumentar a produção e os seus

¹⁴ Robert SCHREITER (1968) destaca que “a rapidez do movimento (e um capitalismo sempre em busca de ‘progresso’ e inovação) deprecia a atribuição de alguma importância ao passado e vê o futuro cada vez mais a curto prazo. O tempo torna-se um presente com um toque de futuro, lembrando-nos da constante obsolescência do passado”.

lucros; a redução dos custos por meio de práticas desleais de comércio; a redução das vagas de trabalho; a remuneração indigna; a flexibilização das normas trabalhistas; o emprego de mão-de-obra infantil; as inadequadas condições de trabalho; a transferência do potencial poluidor e as mais variadas vantagens fiscais.

A linguagem o mercado, no mundo globalizado, é a linguagem da eficiência, da obtenção de lucros máximos. A linguagem dos direitos econômicos e sociais é a linguagem da harmonia social, da justa distribuição e riquezas, assegurando-se um mínimo legal para todos os indivíduos. Portanto, como podem coexistir?

A necessidade de valorizar o ser humano como fim em si mesmo, com fim último, nunca podendo ser tratado como meio, reserva-se como um imperativo categórico, “considerando a razão paradigmática em um Estado Democrático de Direito em que o pluralismo de projetos de vida humana integram-se, fundando-se a ordem jurídica nos direitos fundamentais (direitos humanos), e, em especial, na dignidade da pessoa humana”.

Nesse contexto, torna-se evidente que a tutela dos direitos humanos não pode se reduzir ao âmbito reservado de um Estado porque exterioriza uma matéria que é de interesse internacional (mundial), ou seja, a violação dos direitos humanos não pode ser aceita como questão de competência exclusiva, mas como problema que interessa a todos indistintamente.

Dessa forma, ensina Boaventura de Sousa Santos (1997) que os Direitos Humanos para serem uma forma de globalização de-baixo-para-cima¹⁵ precisam ser concebidos de um modo multicultural, reconhecendo nas mais diversas culturas, princípios de defesa da vida e da humanidade. Na forma como são atualmente compreendidos, afirma o mencionado autor, os direitos humanos “são

¹⁵ Salienta Boaventura de Sousa SANTOS (1997, p. 114) “nesse contexto é útil distinguir entre globalização de cima-para-baixo e globalização de-baixo-para-cima, ou entre globalização hegemônica e globalização contra-hegemônica. O que eu denomino de localismo globalizado e globalismo localizado são globalizações de-cima-para-baixo; cosmopolitanismo e patrimônio comum da humanidade são globalizações de-baixo-para-cima”.

uma espécie de esperanto que dificilmente se poderá tornar na linguagem cotidiana da dignidade humana nas diferentes regiões do globo”.

Assim, para que os direitos humanos não tenham o mesmo destino do esperanto, propõe Boaventura de Sousa Santos (1997), uma hermenêutica diatópica, ou seja, todas as culturas devem se reconhecer mutuamente incompletas e o diálogo entre elas, mesmo que não busque a completude, ampliaria a consciência e o respeito de um pelo outro.

Nesse sentido, a hermenêutica diatópica, não reconhece os Direitos Humanos como universais, mas estabelece dois imperativos interculturais que devem ser aceitos por todos: “das diferentes versões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo da reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro”; “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os caracteriza”.

Tendo como parâmetros os imperativos interculturais seria, então, possível estabelecer um diálogo entre diferentes culturas, ainda que dentro da economia globalizada, o que levaria ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana em qualquer local do mundo como valor-fonte de qualquer sistema jurídico.

Nesse sentido, conclui Luciano do Monte Ribas (2005) “portanto, se vistos como um conjunto (um pouco disforme, é verdade, mas sincreticamente articulado) os Direitos Humanos oferecem opções legitimadas constantemente pela dialética das micropolíticas e de sua diversidade cultural. Em outras palavras, princípios éticos em constante negação/renovação pelas identidades politizadas características da sociedade globalizada”.

Portanto, as dificuldades encontradas internacionalmente não estão em se positivar determinadas proteções mínimas à dignidade da pessoa humana, mas sim instrumentalizar adequadamente os direitos humanos para que sejam capazes de se impor frente ao poderio econômico de grandes conglomerados empresariais (empresas transnacionais), realizando a verdadeira proteção e justiça social que deles se espera.

O crescente desenvolvimento da economia globalizada exige uma nova ordem jurídica internacional com relação aos direitos humanos e uma nova ordem jurídica constitucional com relação aos direitos fundamentais. Os direitos humanos e os direitos fundamentais são essenciais à formação do Estado Democrático de Direito e qualquer violação a esses paradigmas deve ser caracterizada como uma afronta à democracia. Um real sistema de proteção e de normas que assegurem sua efetividade é necessário às novas exigências da sociedade impostas pelo desenvolvimento tecnocientífico e econômico.

Os direitos humanos e os direitos fundamentais são pressupostos e consequências da ordem democrática. Têm por fundamento único talvez o mais importante e absoluto dos princípios, o da dignidade humana, e, por isso, a necessidade urgente de uma ordem jurídica internacional capaz de garantir a paz e a justiça social perante os princípios da globalização econômica e de proporcionar a revisão constante desses direitos conforme o contexto social o for exigindo. Nessa perspectiva de interação pragmática José Joaquim Gomes Canotilho (1996, p. 363) assim resume o princípio da dignidade da pessoa humana

1. Afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável.
2. Garantia da identidade e integridade da pessoa através do *livre desenvolvimento da personalidade*.
3. Liberação da '*angústia da existência*' da pessoa, mediante mecanismos de sociabilidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e garantia de condições de existências mínimas.
4. Garantia e defesa da *autonomia individual*, através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito.
5. *Igualdade* dos cidadãos, expressa na mesma *dignidade social* e na *igualdade de tratamento normativo*.

Portanto, se constitucionalmente garantida a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e da regulação da atuação do homem em sociedade, deve também ser ela considerada um dos pilares dos direitos humanos, pois abarca todas as dimensões do comportamento humano no contexto social. A universalização dos direitos humanos deve ter por objetivo primordial impedir a qualquer custo que homens sejam reduzidos à condição de coisas (instrumentos) face ao desenvolvimento econômico, garantindo, dessa forma efetiva tutela da dignidade da pessoa humana.

A globalização econômica e os direitos humanos¹⁶ requerem uma reflexão em perspectivas jurídicas, políticas, sociológicas, filosóficas e antropológicas que determinem não só os princípios aplicáveis como os muna de instrumentos capazes de assegurar sua efetivação, assegurando a observação de seu mandamento maior: o respeito ao ser humano em sua individualidade e como membro de uma comunidade¹⁷.

A Conferência de Viena (conhecida como Viena+5) preocupada em, contraditoriamente, compatibilizar Direitos Humanos e Globalização Econômica, proclamou,

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e estão relacionadas entre si. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global e de maneira justa e eqüitativa, em pé de igualdade, dando a todos o mesmo peso. Deve-se ter em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, assim como aquelas dos diversos patrimônios históricos, culturais e religiosos, porém, os Estados têm o dever, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais, de promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Pode-se, então elencar como desafios da ordem internacional contemporânea para a efetivação dos Direitos Humanos a implementação do universalismo (preponderando sobre o relativismo cultural); a adoção da laicidade estatal; o aperfeiçoamento do direito ao desenvolvimento¹⁸; a proteção dos direitos

¹⁶ Nesse sentido vale aqui transcrever uma das diretrizes da UNESCO: “Os direitos humanos não são uma nova moral nem uma religião leiga, mas são muito mais do que um idioma comum para toda a humanidade. São requisitos que o pesquisador deve estudar e integrar em seus conhecimentos utilizando as normas e os métodos de sua ciência, seja esta a filosofia, as humanidades, as ciências naturais, a sociologia, o direito, a história ou a geografia”. UNESCO, medium-term plan 1977-1982. Genebra. (Documento 19 C/4).

¹⁷ Conclui Marcos ROLIM que “a luta pelos Direitos Humanos, assim, aponta para uma outra exigência normalmente desconsiderada e que vincula-se a uma ampla reforma ético-cultural do mundo contemporâneo. Com efeito, Castoriadis está certo ao assinalar que a vitória do ocidente ao final deste milênio foi, antes, a vitória da televisão, dos jipes e das metralhadoras, do que a vitória do habeas-corpus, da soberania popular e da responsabilidade do cidadão. Trata-se pois de conceber o programa dos Direitos Humanos como a proposição mais avançada e radical de promoção da liberdade e da cidadania que se opõe, constitutivamente, ao ‘modelo’ do sujeito alienado, desinteressado das questões públicas, obcecado pelo prazer e pelo consumo, cínico diante da política e, inevitavelmente, conformado”.

¹⁸ Ensina Flávia PIOVESAN (2006, p. 26) que o direito ao desenvolvimento compreende três dimensões:

1) A importância da participação, com realce ao componente democrático a orientar a formulação de políticas públicas. A sociedade civil clama por maior transparência, democratização e

econômicos, sociais e culturais; o respeito à diversidade; a preservação de direitos e liberdades públicas; o reconhecimento do multilateralismo.

Destarte, a efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas também políticas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão econômica e social. A implementação dos direitos humanos requer a universalidade e a indivisibilidade destes direitos, orientadas pelo valor da diversidade. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 56) afirma “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

Portanto, prossegue o desafio de construção de um Estado de Direito Internacional que efetive a harmonia social mundial. Norberto Bobbio (1992, p. 25) afirma que a efetivação dos direitos humanos no plano internacional só será implementada quando uma “jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos”. É necessário que se avance no processo de justicialização dos direitos humanos internacionalmente enunciados, ou seja, no sentido de efetivação de uma “globalização dos direitos humanos”.

Deve-se retomar o entendimento universalista de que os direitos humanos decorrem da dignidade humana, considerada esta como valor intrínseco da própria condição humana (mínimo ético irreduzível) e, portanto, dela indissociável. A noção de direitos humanos não pode estar, como pretendem os relativistas, apenas

accountability na gestão do orçamento público e na construção e implementação de políticas públicas;

- 2) A proteção às necessidades básicas de justiça social, enunciando a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento que ‘a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento’.
- 3) A necessidade de adoção de programas e políticas nacionais, como de cooperação internacional – já que a efetiva cooperação internacional é essencial para prover aos países em desenvolvimento meios que encorajem o direito ao desenvolvimento. A respeito, adiciona o art. 4º da Declaração que os Estados têm o dever de adotar medidas, individualmente ou coletivamente, voltadas a formular políticas de desenvolvimento internacional, com vistas a facilitar a plena

relacionadas ao sistema político, cultural, social, moral e econômico vigente em cada sociedade. Na defesa do universalismo dos direitos humanos, afirma Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 112) “têm que ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal qual eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo”. Assim, a construção dos direitos humanos na sociedade globalizada deve se realizar numa concepção multicultural, construída por meio de um diálogo intercultural. Conclui Flávia Piovesan (2006, p. 24) que

A abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do ‘mínimo ético irreduzível’, alcançado por um universalismo de confluência. Este universalismo de confluência, fomentado pelo ativo protagonismo da sociedade civil internacional, a partir de suas demandas e reivindicações morais, é que assegurará a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção dos direitos humanos.

José Eduardo Faria (1996, p. 132-133) complementa

O desafio entreaberto por indagações está na formulação de modelos políticos e normativos capazes de por uma perspectiva totalizadora as relações assimétricas e multiformes que têm fragmentado o espaço político da democracia representativa no continente. Esse desafio pressupõe Estados modernos, eficientes e acima de tudo dotados de poder para promover transferências fiscais e previdenciárias e para formular, implementar e executar políticas públicas, a partir do estabelecimento de prioridades para a promoção de reformas sociais, com o objetivo de eliminar as hierarquias de privilégios, por fim à distribuição desigual dos ‘direitos adquiridos’, superar uma complexa estrutura de preconceitos e responder, de modo tão conseqüente quanto determinado, às reivindicações coletivas em favor de integração econômica por parte dos segmentos sociais marginalizados.

[...] De fato, como se depreende do que já foi dito anteriormente, a ausência de um sentido mínimo de participação e solidariedade em sociedades com essas características compromete a formulação, implementação e execução de políticas públicas de curto, médio e longo prazo destinadas a equacionar esse quadro de ‘dualismos estruturais’. (p. 146)

realização de direitos, acrescentando-se que a efetiva cooperação internacional é essencial para prover aos países em desenvolvimento meios que encorajem o direito ao desenvolvimento.

A reiterada afirmação dos direitos humanos em textos constitucionais tem se mostrado insuficiente para garantir a sua efetividade, o que significa que “concebidos historicamente como um mecanismo de proteção dos cidadãos contra o arbítrio do Estado, eles podem ser esvaziados na medida em que é o próprio Estado que os regulamenta” (José Eduardo FARIA, 1996, p. 152).

Para que os direitos humanos se efetivem diante dessa nova realidade socioeconômica é necessário que não sejam pensados apenas nos limites das concepções jurisdicistas¹⁹; mas também, numa perspectiva não jurisdicista, nas quais se valorizam novas pautas hermenêuticas para a interpretação da realidade, dando especial destaque aos princípios da reciprocidade e da solidariedade.

Portanto, deve-se fortalecer a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional (global)²⁰, uma vez que com eles busca-se à efetivação da cidadania, pilar da democracia e da tão almejada harmonia social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das grandes perguntas a serem respondidas na “Era da Globalização” é: que papel se deve outorgar ao Estado? Enquanto não forem encontradas respostas satisfatórias para essa pergunta, pouco se poderá efetivar dos direitos

¹⁹ Os direitos humanos não podem ser alvo da desregulamentação e da flexibilização propostas pela globalização econômica.

Explica Salete Maria Polita MACCALÓZ (1997) que desregulamentação é a proposta para cancelar ou anular a sistemática anterior; e flexibilização é a faculdade no uso de uma lei existente, orientada pelo discernimento dos interessados.

²⁰ Ensina Flávia PIOVESAN (2006, p. 18) que, esta concepção inovadora aponta a duas importantes consequências:

1ª.) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, transita-se de uma concepção ‘hobbesiana’ de soberania centrada no Estado para uma concepção ‘kantiana’ de soberania centrada na cidadania universal.

2ª.) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania”.

humanos, uma vez que a efetivação dos direitos humanos no mundo globalizado exige

Políticas comprometidas com (a) reconstrução ética dos vínculos sociais, (b) com a condição de 'dignidade da pessoa humana' a ser incorporada no universo normativo-institucional, (c) com a desalinhamento 'técnica' (dada a distância entre a vida cotidiana, apreensível pelo homem comum, e a complexidade das decisões governamentais, exigindo conhecimentos altamente especializados e gerando, assim, um crescente cinismo em torno da vida política), e (d) com a substituição dos 'cidadãos-servos' (os sujeitos formais de direito que não dispõem de poder substantivo) por 'cidadãos plenos' (capazes de influir nas decisões fundamentais relativas à organização da vida econômica e à construção dos lugares da convivência social). José Eduardo FARIA (1996, p. 152-153).

A crescente distância entre legislação e realidade, entre o cidadão e o centro decisório é fator determinante para a não efetivação dos direitos humanos. Ensina Norberto Bobbio (1992, p. 16)

Os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento.

A sociedade apenas se beneficiará plenamente da economia globalizada se houver um respaldo ético, social e jurídico para tanto. Nesse sentido, Hans Jonas, em sua obra *Princípio Responsabilidade* (1979), preocupado com os efeitos remotos, cumulativos e irreversíveis do desenvolvimento tecnológico sobre a humanidade, definiu as novas dimensões da responsabilidade²¹, retirando-a da esfera puramente individual, particular e determinando como seu verdadeiro destinatário a práxis coletiva, preservando-se, desta maneira, as condições pessoais e ambientais sob as quais se compreendeu e se compreende o essencialmente humano.

Assim, tem-se por novo imperativo ético plenamente aplicável às questões decorrentes da globalização, na formulação de Hans Jonas, "age de maneira que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de autêntica vida

²¹ Vincula a ética à ideia de limite, moderação, contenção e austeridade.

humana sobre a terra, ou age de tal maneira que os efeitos de tua ação não sejam destrutivos da possibilidade de autêntica vida humana futura na terra”.

A reflexão crítica sobre a globalização econômica não pode nunca estar dissociada do pensamento humanista e dos direitos fundamentais, pois são a garantia de revisão, atualização e, principalmente, de efetividade e tutela do ser humano como um fim em si mesmo. Os direitos humanos devem ser resultantes de uma vontade comunitária, caracterizando-se como normas universais e não meramente universalizantes. Conclui, Asbjorn Eide (1995)

Caminhos podem e devem ser encontrados para que o Estado assegure o respeito e a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, de forma a preservar condições para uma economia de mercado relativamente livre. A ação governamental deve promover a igualdade social, enfrentar as desigualdades sociais, compensar os desequilíbrios criados pelos mercados e assegurar um desenvolvimento humano sustentável. A relação entre governos e mercados deve ser complementar.

Portanto, a globalização econômica deve ser irremediavelmente pautada pelos princípios humanistas. Pretende-se um projeto de homem e de cultura social que se realize em uma nova ética e um Direito internacional capaz de instrumentalizar a proteção dos direitos humanos face a essas novíssimas questões.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL JÚNIOR, A. **O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BAUMAN, Z. **Globalização - as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1996.
- COMPARATO, F.C. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COUTINHO, J. N. M. Globalização e direitos humanos. Curitiba-PR, **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 33, 2000, p. 44-52.
- EIDE, A. Obstacles and goals to be pursued. In: _____; KRAUSE, C.; ROSAS, A. **Economic, social and cultural rights**. Boston/Londres: Martinus Nijhoff Plubishers, 1995.
- FARIA, J.E. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: _____ (Org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 127-160.
- _____. **O direito na economia globalizada**. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

- GIDDENS, A. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.
- GRAY, J. **Falso amanhecer**: os equívocos do capitalismo global. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- IANNI, O. **Teorias da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.
- LIMA, A.L.C. **Globalização econômica, política e direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- MACCALÓZ, S. M. P. Globalização e flexibilização. *In*: _____; *et alii*. **Globalização, neoliberalismo e direitos sociais**. Rio de Janeiro: Destaque, 1997. p. 1-26.
- MOURA, L. D. **A dignidade da pessoa humana e os direitos humanos** – o ser humano num mundo em transformação. São Paulo: Loyola, 2002.
- PIOVESAN, F. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. *In*: _____ (Coord.). **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 15-37.
- RIBAS, L. M. **Identidade, globalização e direitos humanos**. Rio Grande do Sul. Monografia de conclusão de curso. Pós-Graduação *Lato Sensu* em Pensamento Jurídico Brasileiro. UFSM, 2005.
- ROLIM, M. **Atualidade dos direitos humanos**. Disponível no site: <<http://www.rolim.com.br/ensaio5.htm>>. Acesso em: jul. 2003.
- SANTOS, B. S. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. *In*: **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- _____. **La globalización del derecho** - los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Universidad Nacional de Colombia, 1998.
- _____. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Lua**.
- SANTOS, F.F. **Princípio constitucional da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- SCHREITER, R. **A nova catolicidade** - a teologia entre o local e o global. São Paulo: Loyola, 1968.
- VIEIRA, L. **Cidadania e globalização**. 2. ed. Rio e Janeiro: Record, 1998.

DEMOCRACIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: RELAÇÃO DE IDENTIDADE, INSTRUMENTALIDADE OU CONTRADIÇÃO?¹

DEMOCRACY AND ECONOMIC DEVELOPMENT: RELATION OF IDENTITY, INSTRUMENTALITY
OR CONTRADICTION?

Júlia Cadaval Martins²

Resumo

Este artigo analisa a relação entre democracia e desenvolvimento econômico. São confrontadas três teorias que classificam esta relação como identitária, instrumental ou contraditória. A primeira entende a democracia como constitutiva do conceito de desenvolvimento, portanto, o fim do processo de desenvolvimento seria a promoção e fortalecimento da democracia. Uma segunda corrente aponta para a função instrumental da democracia no processo de desenvolvimento, que decorre, principalmente, de mecanismos de participação. A terceira corrente afirma que a democracia impõe dificuldades ao processo de desenvolvimento, de modo que seria necessário escolher entre um deles para orientar os esforços de atuação governamental. Em uma tentativa de conciliação dessas três teorias, o artigo sugere que é importante reconhecer a democracia como parte constitutiva do conceito de desenvolvimento, afirmando-se a importância das liberdades políticas em um sistema democrático como um fim em si mesmo. Todavia, como meio para promover desenvolvimento, a democracia pode ser necessária, mas não suficiente, para melhoria do bem-estar, devendo ser associada com liberdades econômicas e abertura de mercado de modo a viabilizar o crescimento econômico e a melhoria na qualidade de vida da população.

Palavras-chave: democracia; participação; autocracia; desenvolvimento.

Abstract

This paper analyzes the relationship between democracy and economic development. It confronts three theories that classify the relationship as one of identity, instrumentality or contradiction. The first understands democracy as a constituent of the concept of development, so that the end of the development process is the promotion and strengthening of democracy itself. A second current

¹ Artigo recebido em: 20/05/2009. Pareceres emitidos em: 27/08/2009 e 10/09/2009. Aceito para publicação em: 20/05/2010.

² Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

points to the instrumental character of democracy in the development process, which derives especially from participatory mechanisms. A third current affirms that democracy imposes difficulties in the process of development, so that it would be necessary to choose between one of the two to guide the efforts of government action. In an attempt of reconciliation between the three theories, the article suggests that it is important to recognize democracy as a constituent part of the concept of development, affirming the importance of political freedoms in a democratic system as an end in itself. However, as a means to promote development, democracy may be necessary but not sufficient to improve the society's well being and should be associated with economic freedom and market openness in order to facilitate economic growth and improvement in quality of life.

Key words: democracy; participation; autocracy; development.

Sumário: 1. Introdução; 2. Democracia como desenvolvimento: a relação identitária; 3. A tese da relação instrumental: a importância das instituições; 4. A tese da contradição: fazer o bem ou fazer bem; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Há um extenso debate na literatura de desenvolvimento econômico em torno do papel da democracia. Contribuições substanciais foram feitas na análise da relação entre democracia e desenvolvimento, principalmente por parte de economistas, investigando a forma segundo a qual o regime político influencia o desenvolvimento de um país. O conhecimento destas pesquisas, que têm levado os acadêmicos a conclusões por vezes contraditórias, deve ser objeto de atenção também de outras especialidades das ciências sociais, em razão de suas implicações diretas no estudo das instituições políticas.

Diferentes significados podem ser atribuídos ao vocábulo **desenvolvimento**. Até recentemente, o conceito estava restrito a pesquisas e teorias voltadas para a avaliação de crescimento econômico (segundo o aumento da renda *per capita*) e modernização da produção. Tal perspectiva começou a se alterar, entretanto, a partir dos anos 60 e 70, quando se observou altos níveis de crescimento em alguns países sem alteração na condição de vida da maior parte de população, sem redistribuição de renda ou aumento dos índices de emprego (TODARO; SMITH, 2009, p. 15).

Atualmente, o desenvolvimento é analisado a partir de aspectos diversos, não mais se restringindo a análises puramente econômicas. Um dos principais autores que contribuiu para esta expansão do significado de desenvolvimento foi Amartya Sen. Este autor assevera a necessidade de se dissociar privação de renda e privação de liberdade, visto que o primeiro tipo nem sempre revela outras limitações à qualidade de vida dos indivíduos. Sen chama a atenção para o conjunto de oportunidades reais disponíveis para o sujeito. Define, então, *capability* como “liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos” (SEN, 2000, p. 95) e apresenta um entendimento segundo o qual a liberdade seria tanto fim quanto meio do processo de desenvolvimento³.

A partir desta importante expansão conceitual, o estudo do desenvolvimento incorporou debates de outras áreas e passou a considerar variáveis não econômicas na avaliação da melhoria da qualidade de vida em países subdesenvolvidos. Dentre estas novas dimensões envolvidas, uma questão extremamente polêmica tem sido aquela que trata do papel da democracia. Do ponto de vista das análises empíricas, haveria aproximadamente um terço dos pesquisadores que encontra um papel positivo para a democracia, um terço apontando para um papel neutro e um terço que indica efeito negativo (TODARO; SMITH, 2009, p. 559).

Este artigo compara as perspectivas teóricas desta questão. São analisadas três correntes que classificam a relação entre democracia e desenvolvimento como uma relação identitária, instrumental, ou contraditória⁴.

A primeira corrente, que será analisada abaixo, entende (i) a democracia como constitutiva do conceito de desenvolvimento, de modo que o fim do processo de desenvolvimento seria a promoção da democracia. Uma segunda corrente afirma que (i) a relação entre democracia e desenvolvimento é positiva e ocorre de forma instrumental, de modo que a democracia, ao permitir o acesso dos cidadãos para comunicar seus interesses ao aparelho estatal, favorece a eficiência do setor público

³ O entendimento deste autor será mais bem apresentado no ponto 2, *infra*.

⁴ Há também uma importante discussão que trata da democracia como um produto do desenvolvimento econômico. Neste sentido, o padrão de vida da população determinaria sua propensão a sustentar um regime democrático. Esta análise, porém, não constitui objeto deste trabalho. Sobre esta análise, veja-se LIPSET (1959).

e contribui para a melhoria do bem estar social. Neste sentido, a democracia é um meio do processo de desenvolvimento. A terceira corrente analisada afirma que (iii) a democracia impõe dificuldades ao processo de desenvolvimento, de modo que seria necessário escolher entre democracia ou desenvolvimento a fim de orientar-se os esforços do poder público.

2 DEMOCRACIA COMO DESENVOLVIMENTO: A RELAÇÃO IDENTITÁRIA

Como indicado na introdução deste artigo, o debate que permeia as teorias de desenvolvimento tem buscado abarcar novas medidas que possam melhor refletir o que se espera deste processo. Um dos entendimentos mais importantes atualmente é aquele apresentado por Amartya Sen, considerando o desenvolvimento um processo de expansão das liberdades reais individuais (SEN, 2000, p. 32), que são o fim e o meio do processo de desenvolvimento. Este autor ressaltou a insuficiência da perspectiva que compreende o desenvolvimento somente como acumulação de riqueza, afirmando que esta não é a única variável que se deve considerar ao tratar-se de melhoria da qualidade de vida e consolidação das liberdades individuais (SEN, 2000, p. 28).

A teoria de Amartya Sen teve grande influência no meio acadêmico e também nas agências internacionais e o enfoque dado às liberdades humanas supera a identificação de desenvolvimento somente com o aumento do Produto Interno Bruto (PIB) ou com a modernização industrial. De fato, observa-se que a promoção do desenvolvimento precisa incluir um grande número de prestações em áreas diversas, como saúde, educação, meio ambiente, segurança. Estas prestações têm como finalidade eliminar privações que vão além da privação de renda.

O autor reafirma a importância instrumental das liberdades para o crescimento, mas acrescenta que elas são também importantes por si mesmas, enquanto elementos constitutivos da liberdade humana (SEN, 2000, p. 33). Conforme esta concepção mais ampla de desenvolvimento que incorpora o bem-estar social – e ressalta a importância de liberdades políticas e civis – a democracia

que assegure tais liberdades estaria contribuindo para o processo de desenvolvimento.

Portanto, a democracia contém um valor em si, que vai além de sua função instrumental para o desenvolvimento. Observa-se uma relação identitária entre democracia e desenvolvimento. Entendido como melhoria do bem-estar, o desenvolvimento inclui a autonomia e participação popular como seus componentes, de modo que não é suficiente, para esta tese, identificar apenas seu papel instrumental. A democracia é um componente essencial do processo de desenvolvimento por seu papel instrumental, mas também por sua importância direta e por seu papel construtivo (SEN, 2000, p. 175). Pode-se observar que, segundo esta concepção, ao se fortalecer a democracia estaria sendo também favorecido, por definição, o processo de desenvolvimento.

O papel instrumental, contido nesta visão, aproxima-se da perspectiva que será apresentada na seção 3, *infra*, segundo a qual a democracia aumenta o grau em que as pessoas são ouvidas pelo poder público. Esta perspectiva contém, ainda, um papel construtivo, que enfatiza a importância dos diálogos que irão formar as escolhas e valores sociais e conceituam as próprias necessidades econômicas. Por fim, sua importância direta refere-se ao fato de a democracia estar associada às capacidades de participação política e social (SEN, 2000, p. 173-187).

Afirmando a importância das instituições para o processo de desenvolvimento, Sen propõe considerá-las meios para a expansão das liberdades (SEN, 2005) e defende que o desenvolvimento não se resume ao aumento da renda *per capita*. Neste sentido, políticas públicas e liberdades se reforçam mutuamente, visto que não somente as prestações contribuem para o aumento das capacidades individuais, como também as liberdades participativas da sociedade influenciam o processo de elaboração de políticas públicas. O autor ressalta que “a intensidade das necessidades econômicas *umenta* – e não diminui – a urgência das liberdades políticas” (SEN, 2000, p. 175).

Uma vez que a capacidade participativa é colocada como um componente da definição de desenvolvimento, a expansão dos instrumentos de participação popular confirmam o objetivo de remoção das privações de liberdade. A própria ideia

de democracia passa a ser considerada um componente do processo de desenvolvimento.

3 A TESE DA RELAÇÃO INSTRUMENTAL: A IMPORTÂNCIA DAS INSTITUIÇÕES

Esta tese fundamenta-se na hipótese de que a expansão da democracia – por meio de mecanismos como voto, participação e controle social da gestão de recursos – contribui para o desenvolvimento por meio do aumento da eficiência da Administração Pública e melhor atendimento das necessidades sociais.

Uma premissa compartilhada pelos autores que analisam o impacto da democracia sobre o desenvolvimento é a importância do papel das instituições⁵. Arranjos institucionais podem favorecer a expansão do investimento privado em setores estratégicos para o crescimento, por exemplo, bem como garantir o acesso da população a serviços públicos que promovem a inclusão social. Segundo Douglass North, as instituições são as “regras do jogo” da vida econômica, reduzindo incertezas ao estabelecerem uma estrutura para a interação humana (NORTH, 1990, p. 6).

As instituições, portanto, são consideradas uma das principais causas das variações encontradas entre os índices de desenvolvimento dos países (sendo geografia, cultura e comércio internacional as demais causas comumente apresentadas⁶). Conforme a análise de Acemoglu, Johnson e Robinson (2001), as instituições estabelecidas no período colonial – e que persistem até os dias de hoje – teriam sido determinadas por fatores geográficos. Tais condicionamentos históricos, no entanto, não significam que os países em desenvolvimento (a maioria dos quais são ex-colônias) estão condenados a ter instituições ruins. Ao contrário, a ênfase desta análise está na possibilidade de ganhos substanciais para o desenvolvimento com a melhoria da qualidade das instituições.

⁵ Como afirma o economista JAGDISH BHAGWATI (2002, p. 156), a análise do impacto da democracia no desenvolvimento deve refletir o fato de que a estrutura institucional que a democracia proporciona é fundamental. (Tradução livre do original em inglês).

⁶ Neste sentido, veja-se TODARO; SMITH (2009, p. 82-88); RODRIK; SUBRAMANIAN; TREBBI (2004).

É especialmente neste ponto, ao tratar da qualidade das instituições, que se destaca a importância da democracia com seu papel instrumental para o desenvolvimento. A democracia é enfatizada, em primeiro lugar, pela sua capacidade de traduzir as demandas dos cidadãos em prestações mais adequadas por parte do poder público. Outro benefício associado à democracia está no incentivo gerado pela possibilidade de perda do poder político, a qual tornaria os políticos eleitos mais inclinados a considerar as preferências dos cidadãos. Além disso, espera-se do governo democrático uma maior transparência, que também deveria contribuir para um ganho de eficiência do poder público.

Todos estes aspectos são viabilizados por mecanismos de participação que são encontrados (em maior ou menor grau) os regimes democráticos. Entende-se, portanto, que a efetivação das políticas públicas no interesse da sociedade ocorre da melhor forma em regimes democráticos que permitem o acesso dos grupos interessados (BHAGWATI, 2002), comunicando suas demandas e participando da formulação das decisões administrativas. Espera-se obter, assim, um uso mais eficiente dos recursos públicos, bem como o aumento do controle exercido pela sociedade em relação às políticas públicas governamentais.

Como afirmado na introdução deste artigo, crescimento econômico é necessário, porém não é suficiente para o desenvolvimento. O economista Jagdish Bhagwati (2002, p. 156) enfatiza o entendimento segundo o qual o atendimento às demandas sociais por parte do Estado somente poderá ser oferecido pelos governos se houver crescimento econômico, mas o uso dos recursos conforme as necessidades sociais exigem que o sistema político ofereça incentivos para traduzi-las em demandas efetivas:

Eu diria que regimes democráticos que são caracterizados por estruturas e processos que proporcionam efetivo acesso por parte de grupos, frequentemente na periferia econômica, que são os que mais deverão ganhar com programas sociais, estão mais inclinados a ter estas necessidades sociais transformadas em demandas efetivas⁷.

⁷ Tradução livre do original em inglês.

Esta análise confirma a importância de mecanismos de participação popular que permitam agregar as informações originadas na sociedade para construir instituições que sustentem o processo de desenvolvimento. Neste sentido, Dani Rodrik (1999) propõe pensar as instituições de participação política como “meta-instituições que extraem e agregam o conhecimento local e, portanto, ajudam a construir melhores instituições”⁸.

Segundo estas análises, portanto, espera-se obter (a) alocação mais eficiente de recursos (ou seja, melhor utilização dos frutos do crescimento econômico), (b) melhores políticas públicas (contribuindo para uma melhor qualidade de vida) e (c) melhores instituições que, por sua vez, vão gerar melhores políticas públicas e alocação mais eficiente de recursos.

Outro importante aspecto desta discussão é o favorecimento de uma forma de organização de poder descentralizada. Neste contexto, a ênfase na descentralização política está ligada à mesma questão do aumento da participação popular, fortalecida por um argumento de eficiência alocativa. A descentralização – associada a mecanismos de participação locais ou regionais – poderia levar as decisões sobre políticas públicas para o poder mais próximo à sociedade, de modo a melhorar a qualidade e eficiência das políticas empreendidas pela Administração⁹.

Observa-se com esta teoria que a democracia pode favorecer a construção de instituições que melhor traduzem as necessidades sociais, contribuindo para uma prestação mais eficiente de serviços públicos, que pode contribuir para melhorar qualidade de vida para a população.

Diferentemente da primeira tese analisada, para a qual a democracia é entendida como um fim em si, em razão de atender a um princípio de participação inerente aos indivíduos, esta segunda corrente a afirma que a democracia é importante na medida em que serve como um instrumento para melhorar as prestações do Estado.

⁸ Grifo no original; tradução livre do original em inglês.

⁹ Neste sentido, veja-se: BARDHAN (2004), capítulo 6.

4 A TESE DA CONTRADIÇÃO: FAZER O BEM OU FAZER BEM?¹⁰

Chega-se, então, à terceira perspectiva que deve ser analisada. Esta corrente aponta para a existência de processos ineficientes, próprios de regimes democráticos, que atrasam a tomada de decisões por parte do governo no melhor – ou mais urgente – interesse da sociedade. Normalmente, esta tese apresenta como evidência para o argumento da incompatibilidade entre desenvolvimento e democracia o crescimento observado nos países do Leste Asiático, como Coreia do Sul (antes da transição para a democracia), China e Cingapura, países estes que tiveram altos níveis de crescimento sob regimes não democráticos.

Contrariando a teoria apresentada acima, que entende que a democracia produz o incentivo para os governantes melhor atenderem às necessidades sociais diante do risco de perda do cargo, esta corrente oferece o argumento de que a perspectiva de perda das eleições pode também ser incentivo para um governante buscar realizações de curto prazo que sejam facilmente exibidas em campanhas, prejudicando investimentos de longo prazo – ou, ainda, um político corrupto teria o incentivo de roubar o máximo possível no tempo que lhe resta antes de deixar o cargo (TODARO; SMITH, 2009, p. 559).

Um dos principais porta-vozes desta perspectiva é o ex-primeiro ministro de Cingapura, Lee Kuan Yew (que ocupou o cargo de 1959 a 1990), para quem um regime autoritário tem melhores condições de conduzir um país ao desenvolvimento. Ele afirma (*apud* BHAGWATI, 2002, p. 151):

Acredito que aquilo que um país necessita para se desenvolver é disciplina mais do que democracia. A exuberância da democracia conduz à indisciplina e conduta desordenada, que são inimigas do desenvolvimento¹¹.

Seria necessário, segundo esta teoria, fazer uma escolha entre atender a exigências econômicas mais urgentes ou permitir o curso mais demorado e “desordenado” das decisões democráticas. Aponta-se, por exemplo, para o

¹⁰ Segundo BHAGWATI (2002, p. 151): há uma persistente visão segundo a qual se obtém democracia às custas do desenvolvimento, de modo que seria necessário escolher entre fazer o bem e fazer bem. (Tradução livre do original em inglês).

¹¹ Tradução livre do original em inglês.

desenvolvimento econômico da Índia, inferior àquele da China, afirmando que isto se deve justamente ao fato de aquela ser uma democracia¹². Diante de situações dramáticas encontradas nos países pobres, afirma-se que a democracia seria um “luxo” que resultaria em um custo em termos de crescimento e demora nas decisões que visam a melhoria dos padrões de vida da população.

Adam Przeworski e Fernando Limongi (1993, p. 55) destacam que esta teoria simplesmente pressupõe que os ditadores possuem uma visão “desenvolvimentista” voltada para o futuro, dado que não haveria nenhum incentivo para agirem desta forma e não em seu próprio interesse (ao contrário das democracias, normalmente sujeitas às pressões da sociedade). Além disso, assume que o Estado teria um importante papel no funcionamento da economia, devendo ser isolado de pressões privadas. Segundo os autores:

Dado este modelo de política, o Estado deve estar protegido de pressões; de fato, ele deve estar previamente comprometido contra a capacidade de responder a estas pressões, mesmo se desejasse fazê-lo. O Estado é o único ator potencialmente universal e para agir em nome de interesses universais deve estar insulado de pressões sociais e com poder de implementar as políticas que entender melhores¹³.

Esta perspectiva, portanto, pressupõe que o governo autocrático irá agir conforme o interesse da população e de forma eficiente – porém nenhum argumento explícita qual seria seu incentivo para fazê-lo. Conseqüentemente, o Estado, livre das pressões sociais que dificultariam o desenvolvimento, seria o principal agente deste processo. Assim, a democracia é colocada em uma relação contraditória com o desenvolvimento econômico.

É preciso ressaltar desde já, entretanto, que os resultados positivos de crescimento observados em alguns governos autoritários parecem tratar-se da exceção, e não da regra. Rodrik (1999, p. 22) enfatiza que se, por um lado, sob o autoritarismo, os países do Leste Asiático prosperaram, por outro lado, muitos outros – como Zaire, Uganda e Haiti – assistiram à deterioração de suas economias.

¹² Neste sentido: “Chinese efficiency surpasses Indian democracy”. Notícia de 21/05/2009. Pesquisado em 01/06/09, no site do jornal chinês “UPI Asia”: http://www.upiasia.com/Politics/2009/05/20/chinas_efficiency_beats_indias_democracy/3800

¹³ Tradução livre do original em inglês.

5 UMA TENTATIVA DE SÍNTESE

O objetivo das seções anteriores deste artigo foi apresentar os parâmetros gerais de três teses que participam da discussão sobre os efeitos do regime político sobre o desenvolvimento econômico. É possível observar uma maior aproximação entre as duas primeiras correntes apresentadas, que não parecem ser mutuamente excludentes.

Por um lado, portanto, os autores procuram demonstrar uma relação positiva entre democracia e desenvolvimento, seja (i) por entenderem que a democracia é um bem que integra a definição de desenvolvimento, seja (ii) ressaltando a importância de mecanismos específicos (que permitem uma alocação mais eficiente de recursos e formas de confrontar a satisfação dos cidadãos com as decisões do governo). Por outro lado, no entanto, alguns autores entendem (iii) democracia como empecilho para o desenvolvimento.

Deve-se destacar, entretanto, que pouco se sabe sobre os determinantes do crescimento de modo geral (PRZEWORSKI; LIMONGI, 1993, p. 64) e os estudos empíricos revelam uma dificuldade em se sustentar uma relação causal entre os dois conceitos analisados. Por um lado, tem-se o fato de que a maioria dos países desenvolvidos são democracias. Por outro lado, encontram-se evidências em sentidos opostos: crescimento observado sob regimes autoritários e falta de crescimento sob regimes democráticos.

Alguns estudos ressaltam, ainda, que as democracias superam os regimes autoritários em qualidade (RODRIG, 1998). Há evidência apontando também para uma correlação negativa entre falta de liberdades civis e políticas e crescimento econômico (DE HAAN; SIERMANN, 1996).

Outra questão que surge na comparação entre regimes autoritários e regimes democráticos refere-se aos papéis e expectativas atribuídos ao Estado e à sociedade. Como apontado na análise da perspectiva que relaciona governo autocrático e crescimento, nenhuma garantia – ou incentivo – parece existir para que o governante faça escolhas com o objetivo de melhorar a qualidade de vida da população. Esta, por outro lado, é uma importante ferramenta da democracia: a

liberdade política permite que os cidadãos exerçam algum controle sobre os governos. A possibilidade de rejeitar políticos corruptos ou que não satisfazem aos critérios da população ou de apoiar os que atendem às exigências da maioria contém uma expectativa de melhoria na qualidade dos políticos¹⁴. Segundo afirma Robert Barro (1996, p. 33), as instituições democráticas fornecem um instrumento de monitoramento do poder governamental, limitando a corrupção e políticas impopulares.

Também neste sentido, esclarecem Adam Przeworski e Fernando Limongi (1993, p. 57):

Diversos modelos recentes que vêem a autonomia estatal como algo pernicioso para a performance econômica enfatizam que o Estado está sempre pronto para atacar a sociedade (NORTH, 1990) e que somente instituições democráticas podem obriga-lo a agir no interesse geral. A partir desta perspectiva, qualquer ditadura é uma fonte de ineficiência¹⁵.

A democracia realiza a importante função de vigilância daqueles que detêm o poder. Por outro lado, aponta-se para outra ferramenta que a democracia – ao menos potencialmente – também possui: comunicar aos governantes a preferência dos cidadãos. Essas duas características – *accountability* e *feedback* – são muito mais difíceis (se não impossíveis) de se alcançar sob uma autocracia.

Uma possível explicação para o fato de que algumas democracias crescem e outras não pode estar associada aos detalhes do desenho institucional de diferentes regimes democráticos, sendo tais mecanismos mais efetivos em alguns contextos do que em outros. Assim, tal como as autocracias, que dependeriam de um ditador esclarecido e preocupado com desenvolvimento para alcançarem algum sucesso, talvez as democracias também dependam de outros fatores (especialmente, institucionais) para que funcionem efetivamente como meios de promoção do desenvolvimento.

¹⁴ Segundo Easterly (2006, p. 103): partidos políticos competem para agradar os eleitores, da mesma forma que empresas competem para agradar seus consumidores. A geração de políticos seguinte se sairá melhor na prestação destes serviços. Certamente, nenhuma democracia chega perto de funcionar como este ideal, mas algumas chegam perto o suficiente para tornar o desenvolvimento possível. (Tradução livre do original em inglês).

¹⁵ Tradução livre do original em inglês.

Apesar de não haver uma relação comprovada entre democracia e desenvolvimento, parece ser possível reconhecer um relevante papel instrumental da democracia para o melhor funcionamento do Estado nos interesses da população, permitindo uma melhor compreensão das necessidades sociais e um melhor desenho das políticas públicas. Isto parece decorrer, principalmente, do fato de a democracia utilizar o conhecimento local específico para construir melhores instituições para a sociedade funcionar (RODRIK, 1999, p. 4).

Por fim, deve-se ressaltar que a democracia, em si, não é um instrumento para geração de riqueza, devendo ser associada a liberdades econômicas para que se alcance o crescimento econômico e o desenvolvimento buscados. Para Bhagwati (2002, p. 159):

É improvável que a democracia, sem mercados, gere crescimento. Mesmo que as instituições democráticas de um país facilitem a criação de novas idéias e novas tecnologias, a habilidade de traduzir estas idéias e *know-how* em inovações efetivas e eficiência produtiva está em desvantagem pela ausência de mercados.

Combinada com abertura de mercado, a democracia parece confirmar o seu papel de fornecer mecanismos que comunicam as demandas sociais para o interior do Estado. A compreensão mais ampla de desenvolvimento combina-se, então, com a expansão da importância da participação e a busca de inovações e manifestações surgidas no nível local. Espera-se que a efetivação da democracia e das liberdades políticas não só traga uma maior eficiência para os governos como também possam contribuir para a melhor qualidade do desenvolvimento.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACEMOGLU, Daron; Johnson, Simon; Robinson, James A. **The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation.** American Economic Review, 91, pp. 1369-1401, Dez. 2001.

BARDHAN, Pranab. **Symposium on Democracy and Development.** The Journal of Economic Perspectives, v. 7, n. 3, Summer, 1993.

_____. **Scarcity, Conflicts, and Cooperation: Essays in the Political and Institutional Economics of Development.** Massachusetts: MIT Press, 2004.

BARRAL, W. (org.). **Direito e Desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento.** São Paulo: Singular, 2005.

BARRO, Robert. **Determinants of Economic Growth: A Cross-Country Empirical Study**, NBER Working Paper no. 5698, 1996. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w5698> . Acesso em: 01 jun. 2009.

BHAGWATI, Jagdish N. **Democracy and Development: Cruel Dilemma or Symbiotic Relationship?** Review of Development Economics; v. 6, n. 2, Jun/2002.

DE HAAN, Jakob; Siemann, Clemens L. J. **New evidence on the relationship between democracy and economic growth**. Public Choice, v. 86, n. 1-2, Janeiro, 1996. Disponível em: <http://www.springerlink.com/content/n7h1706010602k58/>. Acesso em: 01 jun. 2009.

EASTERLY, William. **The White Man's Burden: Why the West's efforts to aid the Rest have done so much ill and so little good**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

LIPSET, Seymour Martin. **Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy**. American Political Science Review, v. 53, n. 1, pp. 69-105, março, 1959.

NORTH, Douglass. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance (Political Economy of Institutions and Decisions)**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PRZEWORSKI, Adam; Limongi, Fernando. **Political Regimes and Economic Growth**. The Journal of Economic Perspectives, v. 7, n. 3, pp. 51-69, Summer, 1993.

RODRIK, Dani. **Democracy and Economic Performance** (Dezembro, 1997). Disponível em: <http://ksghome.harvard.edu/~drodrik/demoecon.PDF> . Acesso em: 30 maio 2009.

_____. **Democracies pay higher wages** (Outubro, 1998). Disponível em: <http://ksghome.harvard.edu/~drodrik/dw.pdf> . Acesso em: 30 maio 2009.

_____. **Institutions for High-Quality Growth: What They are and How to Acquire Them** (Outubro, 1999). Disponível em <http://ksghome.harvard.edu/~drodrik/institutions.PDF> . Acesso em: 30 maio 2009.

_____; Subramanian, A.; Trebbi, F. **Institutions rule: the primacy of institutions over integration and geography in economic development**. Journal of Economic Growth, v. 9, n. 2, 2004.

STIGLITZ, Joseph E. **Participation and Development: Perspectives from the Comprehensive Development Paradigm**. Review of Development Economics, v. 6, n. 2, Jun. 2002.

SEN, Amartya. **Reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento**. In BARRAL, W. (org.). **Direito e Desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Editora Singular, 2005 (Prefácio).

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TODARO, Michael P.; Smith, Stephen C. **Economic Development**. 10. ed. Harlow: Addison-Wesley, 2009.

MÍNIMO EXISTENCIAL E O DEVER DE PAGAR TRIBUTOS, OU FINANCIANDO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

THE EXISTIAL MINIMUM AND THE DUTY TO PAY TAXES, OR FINANCING FUNDAMENTAL
RIGHTS

Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira²

Resumo

O ensaio se divide em três partes. Na primeira é feita breve introdução ao que será discutido. Na segunda são apresentadas as ideias fundamentais, cuja apreciação, mesmo que sucinta, têm grande importância na discussão que seguirá. Assim, são delineadas as ideias de direitos sociais, dever de pagar tributos, mínimo existencial, reserva do possível e proibição de retrocesso social. Não há, nesse sentido, a adoção de uma teoria específica, embora se possa claramente notar a influência de alguns doutrinadores. Na terceira parte utilizam-se todos os conceitos fundamentais apresentados para discutir a questão do necessário financiamento dos direitos para sua real eficácia.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. – Dever de pagar tributos – Mínimo existencial.

Abstract

This essay is divided into three parts. In the first there is a brief introduction to the discussion. In the second are show the basic ideas, that which appreciation, even succinct, how is the case, has great importance in the next discussions faced by the essay; thus, there are delineated the following ideas: social rights, duty to pay taxes, existential minimum, reserve of the possible and social involution prohibition. There is not, in this sense, the adoption of a specific theory; however it can be clearly noted the influence of some authors. In the third part all the basic concepts presented are utilized to compose the discussion on the necessary financing of the rights for their real effectiveness.

Keywords: Fundamental. – Duty of paying taxes – Existential minimum.

¹ Artigo recebido em: 27/05/2009. Pareceres emitidos em: 08/08/2009 e 05/10/2009. Aceito para publicação em: 13/05/2010.

² Graduado em Direito pela FDV; Colaborador Externo do Programa de Mestrado da FDV; Secretário-Geral da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH); Advogado. Contato: julio.pfhs@gmail.com.

Sumário: 1. Planejamento do trabalho; 2. Ideias fundamentais; 2.1. Os direitos sociais; 2.2. O Dever de pagar tributos; 2.3. O mínimo existencial; 2.4. Reserva do possível; 2.5. Proibição de retrocesso social; 3. Financiamento e eficácia dos direitos; 3.1. O necessário financiamento dos Direitos; 3.2. Eficácia e concretização dos Direitos; 4. Referências bibliográficas.

1 PLANEJAMENTO DO TRABALHO

A eficácia dos direitos humanos pode ser debatida ou discutida sob diferentes vieses, sob as mais variadas doutrinas e a partir dos mais variados elementos. Para evitar que se fizesse uma abordagem demasiadamente generalista, preocupou-se com a escolha de um corte metodológico que permitisse a melhor e mais proveitosa abordagem do assunto. No que fica desde logo inscrita a análise dentro dos limites subsequentes: o relacionamento da efetivação ou concretização dos direitos fundamentais com a necessidade de financiamento pela sociedade através do dever fundamental de pagar tributos. Neste passo, discorre-se sobre como a permanente concretização de direitos fundamentais mínimos depende do pagamento de tributos, bem como do correto investimento pelo Estado do dinheiro que é arrecadado junto à sociedade.

A ideia de financiamento dos direitos humanos decorre de dois entendimentos principais, o de que todos os direitos, para serem realizados e exercidos, custam dinheiro³ e de que os cofres públicos são abastecidos através do pagamento de tributos⁴, ou seja, deve-se ao pagamento de tributos e, é claro, à correta gestão da receita daí proveniente, o custeio dos direitos fundamentais. É nesse âmbito que se introduz a ideia de reserva do possível e, ao seu lado, de reserva orçamentária, para, com as ideias do mínimo existencial e da proibição de retrocesso social formar uma pequena base para a discussão precípua deste trabalho, ou seja, o necessário financiamento social dos direitos fundamentais para sua concretização.

³ Por exemplo: IMMORDINO, Giovanni; PAGANO, Marco. The cost of rights: an economic analysis. **Diritto & Questioni Pubbliche**, n. 4, 2004; HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton, 1999; POSNER, Richard. The cost of rights: implications for Central and Eastern Europe – and for the United States. **Tulsa Law Journal**, n. 32, 1996.

⁴ Por exemplo: ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; SCAFF, Fernando Facury. “Como a sociedade financia o estado para a implementação dos direitos humanos?”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

A equação entre pagamento de tributos e eficácia de direitos fundamentais parece ser de todo simples, embora o dever de pagamento de tributos possa atuar como uma limitação ao exercício de determinados direitos devido à redução de orçamentos individuais, a sua função básica, em tese, é a de um financiamento do Estado pela sociedade, a fim de que aquele possa funcionar e também estabelecer e manter ações prestacionais voltadas para a efetivação dos direitos fundamentais, ou ao menos daqueles considerados como minimamente necessários para uma existência humanamente digna. Esse entendimento também encontra respaldo na visão que se tem do Estado como uma pessoa jurídica que se assemelha a uma empresa contratada pela sociedade, através de processos eleitorais e de concursos públicos, para editar normas estruturais, organizacionais, comportamentais, de competência, punitivas, para resolver os conflitos entre indivíduos com fulcro nessas normas e da maneira mais justa e menos impositiva possível e para arrecadar dinheiro, governar, administrar e aplicar esse dinheiro na manutenção do próprio aparato estatal e, principalmente, na efetivação e concretização dos direitos humanos, mediante ações de cunho prestacional, que se referem principalmente aos direitos sociais, econômicos e culturais (doravante chamados de *direitos sociais*) cujo exercício permite o melhor exercício dos direitos à liberdade (daqui por diante referidos como *liberdades*), como tem entendido, aliás, a doutrina especializada: os direitos sociais “andam estreitamente associados a um conjunto de condições – econômicas, sociais e culturais”. (CANOTILHO, 2003, p. 473)

Desta forma, o presente estudo se ocupa em trazer uma discussão sobre o vínculo de dependência entre os direitos de primeira geração (liberdades) e os direitos de segunda geração (direitos sociais), no que a efetivação desses proporciona o melhor exercício daqueles por todos os indivíduos da sociedade, mediante o cumprimento, mesmo que de modo compulsório, pela sociedade, do dever de pagar tributos. Portanto, duas são as principais premissas com que aqui se trabalha: (a) o dever de pagar tributos como necessário para o financiamento das ações prestacionais estatais cujo objeto é (b) a efetivação dos direitos sociais, que devem ser satisfeitos para o melhor aproveitamento das liberdades, individuais e coletivas.

Assim, este pequeno estudo não tem intenção alguma de esgotar o tema do financiamento dos direitos fundamentais pelos tributos pagos pela sociedade ao Estado, e sim de pontuar algumas questões e tentar se posicionar como contribuição para pensar a eficácia desses direitos. No que se apresenta estruturado em três partes assim divididas: uma introdução que permite visualizar rapidamente o tema e as ideias que são tratadas, com especificação do corte metodológico e com o esclarecimento sobre alguns pontos e expressões; uma apresentação específica, mas não muito detalhada contendo a apresentação de cinco das ideias básicas que norteiam a discussão proposta: os direitos sociais, o dever de pagar tributos, o mínimo existencial, a reserva do possível e a proibição de retrocesso social; um desenvolvimento conjunto das ideias procurando demonstrar como o financiamento social, mediante o pagamento de tributos, contribui para a concretização dos direitos fundamentais.

Cumpra observar, antes de se passar à próxima etapa, que se considera a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais uma disputa por uso de expressões. Justifica-se este ponto de vista pelo fato de que no Brasil quando os documentos internacionais que estabelecem direitos humanos são integrados ao ordenamento jurídico nacional eles têm força de norma constitucional, de maneira que tais direitos humanos passam a se chamar fundamentais⁵. Além disso, mesmo sem optar por este entendimento, é forçoso reconhecer que tanto direitos humanos quanto direitos fundamentais se referem às pessoas humanas⁶, não que os animais ou os vegetais, enquanto organismos vivos, não tenham direitos, mas porque seus direitos são percebidos comumente como direitos dos seres humanos a um ambiente sustentável e sadio, por exemplo.

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *In*: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de Direitos Humanos**, n. 5, 2003, p. 100; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. México: UNAM-IIJ, 2003, p. 1 e 58; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 128, nota 216.

⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77.

2 IDEIAS FUNDAMENTAIS

Pois bem, dando início à discussão proposta neste trabalho, especificam-se, a seguir, as ideias que se entende permitirem boa fundamentação deste trabalho e que serão mais bem desenvolvidas, em conjunto, na terceira parte, que tem por fito a discussão sobre a efetivação dos direitos fundamentais e permitir a conclusão aqui buscada. Daí que, nesta segunda parte são tratados os seguintes assuntos: os direitos sociais, o dever de pagar tributos, o mínimo existencial, a reserva do possível e proibição de retrocesso social.

2.1 Os Direitos Sociais

Os direitos fundamentais podem ser divididos, didaticamente, em três grupos, no que aqui se adota o triplo ideal francês do século XVIII: liberdade, igualdade e fraternidade⁷. Em breve síntese, pode-se dizer: os direitos do primeiro grupo (liberdades) referem-se às escolhas e à autonomia dos indivíduos, no que não é necessária nenhuma ação estatal direta para haver seu exercício pelas pessoas, bastando que estas tenham tão-somente a oportunidade e a capacidade de exercer suas liberdades; os direitos do segundo grupo (direitos sociais) têm a ver com a viabilização das liberdades, de modo que é necessária a ação estatal direta – ou prestacional – para fornecer às pessoas oportunidades para o exercício de suas liberdades; e, por fim, os direitos do terceiro grupo (fraternidades), que se inserem na necessária cooperação e solidariedade para a formação de uma sociedade bem-ordenada, amarrando, portanto, todos os grupos. Desta maneira, os direitos fundamentais pertencem a todos e devem ser respeitados por todos e pelo Estado.

A análise neste trabalho restringir-se-á à necessidade de realização de prestações pelo Estado para a eficácia dos direitos sociais como meio de viabilizar, através da concessão de oportunidades, o exercício das liberdades, como direitos fundamentais que são.

⁷ Por exemplo: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las generaciones de derechos humanos. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 10, 1991; VAN BOVEN, Theodoor C. Les critères de distinction des droits de l'homme. In: VASAK, Karel. *Les dimensions internationales des droits de l'homme*. Paris: UNESCO, 1978.

É preciso destacar que os direitos sociais podem ser divididos em dois grupos⁸, as liberdades sociais, também referidas como direitos sociais auto-aplicáveis, e os direitos sociais programáticos – que possuem aplicabilidade diferida. No primeiro caso, nem é necessária alguma explicação, já que tais direitos são exercidos conforme queiram e possam as pessoas que os detêm. No segundo caso, há que se explicar que dizer que um grupo de direitos sociais tenha aplicabilidade diferida não significa que a atuação estatal prestacional possa ser diferida, pelo contrário, ela deverá ser imediata, cabendo ao Estado maximizar a eficácia desses direitos⁹, de modo que nesta esteira é que surge o discurso que estabelece o postulado da *reserva do possível*.

Os direitos sociais de aplicabilidade diferida são estabelecidos através de enunciados prescritivos, que, ao serem interpretados, se apresentam, na lição de Luís Roberto Barroso¹⁰, como normas programáticas, que “contêm disposições indicadoras de valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados”, ou seja, são normas que “não especificam qualquer conduta a ser seguida pelo Poder Público, apenas apontando linhas diretrizes”, gerando, pois, a “exigibilidade de determinada prestação”; ou até mesmo a possibilidade de se exigir “dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas”. Ora, pelo que a doutrina vem entendendo sobre o conceito de normas programáticas, melhor chamá-las de *normas-diretrizes*, já que não se referem propriamente a programas, mas a normas-diretrizes que têm eficácia limitada à atuação do Poder Público, que deve ser imediata, para que os direitos sociais sejam concretizados, isto é, políticas públicas governamentais têm por escopo a concretização desses direitos¹¹, efetivando-os e a eles não violando.

⁸ Por exemplo: ALEXY, Robert. Derechos sociales fundamentales. In: CARBONELL, Miguel *et al.* **Derechos sociales y derechos de las minorías**. México: UNAM-IIJ, 2000, p. 67.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 280.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 109 e 255-256.

¹¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 45.

Portanto, pode-se dizer que os direitos sociais têm a ver com as oportunidades que são oferecidas ao indivíduo para o exercício das liberdades que lhes são asseguradas, isto é, os direitos sociais têm por papel a redução das desigualdades socioeconômicas através do oferecimento de oportunidades aos seres humanos. E como a sociedade pode ajudar a financiar as políticas públicas é o que se discutirá em seguida.

2.2 O Dever de Pagar Tributos

O dever de pagar tributos faz parte do rol de deveres humanos que devem ser atendidos pelas pessoas em relação a si próprias, à sua sociedade e às gerações futuras. Partindo-se da ideia de que os direitos humanos não são absolutos é fácil visualizar os deveres, já que estes acabam se constituindo como limitadores do exercício daqueles¹², embora não seja esta sua função. Aliás, a função própria aos deveres é complementar e não antagônica em relação aos direitos, de modo que coexistem: direitos representam aquilo que o Estado deve proporcionar aos indivíduos, e deveres se referem àquilo que os indivíduos devem proporcionar à sociedade e ao Estado¹³. Então, tem-se um ciclo: a realização de certos direitos depende de algumas prestações estatais, que, por sua vez, dependem, pelo menos em parte, do cumprimento de deveres pelos indivíduos, especificamente do dever de pagar tributos.

Tributo, de acordo com o Código Tributário Nacional (CTN), art. 3º: “é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Essa definição não esclarece qual o destino dessa verba pecuniária arrecadada, de modo que, pelo menos ilustrativa e complementarmente, se pode trazer o conceito constante do Código Tributário

¹² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 488.

¹³ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2004, p. 65.

Modelo para a América Latina, lembrado por Leandro Paulsen¹⁴: “tributos são prestações em dinheiro, que o Estado, no exercício de seu poder de império, exige com o objetivo de obter recursos para o cumprimento de seus fins”. Assim, por aí já se percebe que a ideia de instituir tributos inscreve-se na proposta de um financiamento pela sociedade dos fins a serem cumpridos pelo Estado. Trata-se, portanto, o dever de pagar tributo como uma obrigação jurídica compulsória – não porque decorrente de uma sanção a ato ilícito, e sim porque advinda da necessária cooperação da sociedade –, que deve respeitar certas limitações impostas pela ordem jurídica – geralmente de ordem constitucional, e, especialmente, em relação à possibilidade de o sujeito passivo poder arcar com essa imposição sem que tenha prejudicado seu mínimo existencial –, a fim de que se financie a manutenção da atividade estatal e, principalmente e através de um maior investimento, sejam concretizados e efetivados os direitos fundamentais das pessoas.

Aliás, é de se observar que há direitos fundamentais que, como afirma Ricardo Lobo Torres¹⁵, quando exercidos, “se abrem ao poder financeiro do Estado”, podendo, assim, serem tributados, e, então, mostrando-se como ambivalentes, ou seja, ao mesmo tempo em que se autolimitam, “abrindo-se à tributação, criam também limitações ao exercício do poder financeiro do Estado”, o qual não os pode limitar demais. Desta feita, o sistema constitucional de um país possui uma gama de normas que limitam o poder de tributar e normas que apontam como deverá ocorrer o reinvestimento do dinheiro arrecadado da sociedade nela própria. No primeiro caso, em relação às normas que limitam o poder de tributar, elas, em geral, são tratadas como princípios de matriz constitucional¹⁶, e dizem respeito, especialmente, à preservação do mínimo existencial.

No segundo caso, quanto às normas que apontam para que haja um reinvestimento na sociedade da receita arrecadada com tributos, têm-se normas de

¹⁴ PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 607.

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a, p. 55.

¹⁶ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 2.

repartição das receitas tributárias arrecadadas e normas de financiamento dos mais diversos direitos. As normas de repartição de receitas referem-se tanto aos repasses para manutenção das entidades da Federação, como um tipo de remuneração pelo trabalho desenvolvido, quanto para ajudar no financiamento de direitos. E as normas de financiamento de direitos referem-se apenas à concretização e eficácia dos direitos fundamentais.

Desta maneira, pode-se facilmente alcançar a conclusão de que todos os direitos fundamentais custam dinheiro, sejam os direitos sociais, que necessitam de prestações do Estado para se concretizarem, sejam as liberdades, cujo exercício depende, para muitos indivíduos, da eficácia de determinados direitos sociais.

2.3 O Mínimo Existencial

O papel do Estado em relação aos direitos não cessa diante do estabelecimento para toda a sociedade de um patamar básico de vida, indo, é claro, além, no sentido de que a responsabilidade estatal é estabelecer o mínimo existencial, mantê-lo e, ainda, oferecer oportunidades a todos os indivíduos, para que eles possam potencializar suas liberdades. Todavia, como ao Estado cabe apenas possibilitar essa potencialização, mas não coagir os indivíduos a perpetrarem-na, o ensaio que ora se desenvolve pretende tão-só suscitar a reflexão através da discussão a respeito do problema da eficácia e concretização dos direitos fundamentais.

O mínimo existencial constitui-se, em síntese apertada, pelo bloco de oportunidades mínimas devidas a todo e qualquer ser humano, a fim de que possa desenvolver-se adequadamente e ter uma vida minimamente digna. Contudo, não é apenas isso. Dizer que um sujeito deva desfrutar de oportunidades mínimas implica afirmar que há exigências básicas a serem atingidas.

Exigências não se confundem com preferências, embora ambas sejam graus, mesmo que distintos, de necessidade¹⁷. Numa escala hipotética e com fins

¹⁷ Por exemplo: DE LUCAS, Javier; AÑÓN ROIG, María José. Necesidades, razones, derechos. *Doxa*, n. 7, 1990, p. 60-61; WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da

exemplificativos variando entre -1 e +1, as exigências, se realizadas completamente e mantidas, permitem que os indivíduos comecem do zero, ou melhor, que eles tenham tudo o que seja imprescindível para viver uma vida minimamente digna, partindo, pois, do nível básico. As preferências, a sua vez, situam-se entre o zero e o +1, constituindo-se como um nível supérfluo, que se representa pelos desejos e interesses de cada indivíduo.

Desta forma, os seres humanos têm valores básicos ou exigências que lhe permitem desfrutar uma vida minimamente digna e sem os quais tal não seria viável, e isso é uma parte do que elas podem exigir do Estado, a outra parte é a manutenção desses valores, no que se podem condensar em uma única expressão, *oportunidades mínimas*, ou *mínimo existencial*. As preferências se constituem como tudo aquilo que o Estado não tem obrigação de proporcionar aos indivíduos, mas que, no entanto, podem ser alcançadas a partir da concretização do bloco de direitos do mínimo existencial.

Há que se fazer uma observação interessante. A doutrina influenciada pelos juristas alemães tem feito uma distinção entre direitos sociais e direitos fundamentais sociais. É que, na Alemanha, tem-se notícia de que os direitos sociais não são dotados de jusfundamentalidade, só recebendo esta característica quando constitucionalizados por meio de alguma cláusula presente da Constituição, o que, para grande parte dos autores alemães é raro, já que os direitos sociais são meramente prestacionais, e, por isso, não se podem qualificar por fundamentais¹⁸. No entanto, no Brasil, como se pode observar da simples leitura, atenta, da Constituição, o constituinte conferiu jusfundamentalidade aos direitos sociais, de modo que não faz sentido deles retirar essa qualificação.

Há que se prestar atenção, ainda, para o fato de que o *mínimo existencial* não é formado apenas por exigências dos indivíduos em relação ao Estado, mas também por exigências dos indivíduos entre si, da sociedade como um corpo único em relação aos seus membros e do Estado perante seus súditos. Ou seja, tem-se que o *mínimo* é formado por direitos e por deveres. No grupo de direitos não se

igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 88; VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 273.

têm apenas os direitos sociais, mas também as liberdades e a fraternidade, e, mesmo assim, não são todos, e sim tão-só aqueles de que se necessita para ter uma vida minimamente digna. No grupo de deveres há os de respeito das normas postas pelo sistema constitucional, de respeito ao próximo (ou à sua situação jurídica) e de pagar tributos.

Esses direitos e deveres, para serem realmente mínimos, devem ser objetivamente eleitos, isto é, decorrer de uma escolha genérica e permitirem satisfazer qualquer plano de vida, independente da condição socioeconômica dos indivíduos. Assim, a princípio todos têm os mesmos direitos e deveres, nas mesmas proporções, ou seja, os *bens primários*¹⁹ decorrem de uma *sorte bruta*²⁰, e não de opções feitas pelos indivíduos, vale dizer, de escolhas subjetivas. As escolhas de tipo objetivo são um seguro²¹ feito pelas pessoas para si próprias, e é como se estivessem dizendo: *olha, se nós não alcançarmos uma melhor situação de vida, isso aqui é o mínimo para sobrevivermos.*

O *alcançar melhor situação* tem a ver com as escolhas subjetivas feitas por cada indivíduo, ou seja, por preferências por eles manifestadas em relação às suas vidas e que vão gerar variações sobre o mínimo existencial em relação ao dever de pagar tributos e a eficácia de certos direitos sociais.

2.4 Reserva do Possível

Esse mínimo objetivamente escolhido para a sobrevivência de qualquer indivíduo guarda íntima conexão com duas ideias que ainda faltam ser apresentadas: a reserva do possível e a proibição de retrocesso social.

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 273.

¹⁹ Expressão utilizada por John Rawls. Ver, por exemplo: RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003; RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁰ Expressão utilizada por Ronald Dworkin. Ver, por exemplo: DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005; DWORKIN, Ronald. What is equality? Part 2: equality of resources. **Philosophy and Public Affairs**, n. 10, 1981.

²¹ DWORKIN, Ronald. Igualdade como ideal. Entrevista feita por Octávio Luiz Motta Ferraz. **Novos Estudos**, n. 77, 2007, p. 234.

Reserva do possível é uma expressão criada pelo Tribunal Constitucional alemão e que foi adotada pela doutrina germânica com o sentido de que a sociedade deveria delimitar a razoabilidade da exigência de determinadas prestações sociais, a fim de impedir o uso dos recursos públicos disponíveis em favor de quem deles não necessita²², ou seja, foi criada com o escopo de promover, dentro de limites razoáveis, os direitos sociais, que não são fundamentais na Alemanha, a fim de realizar a justiça social através da concretização da igualdade.

No Brasil, o conteúdo da ideia ganhou novos contornos²³. Apesar de segundo a própria Constituição todos os direitos sociais serem fundamentais e é salutar que assim seja, pois ninguém vive apenas de liberdades fundamentais, a doutrina insiste em separar direitos sociais e direitos fundamentais, notando-se aí clara influência germânica. Reincidindo-se em uma prática muito comum, que consiste em importar uma ideia e querer adequar o ordenamento a ela, não o contrário.

A reserva do possível geralmente é associada à informação de que “os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos²⁴”, associação esta que decorre do fato de que ao se falar nessa classe de direitos a referência recaia sobre “bens ou serviços economicamente avaliáveis²⁵”, o que não é de toda maneira errado, embora seja preciso prestar atenção para que os direitos sociais, especialmente aqueles que têm aplicabilidade diferida, “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade²⁶”. Numa formulação melhor, como todos os direitos custam dinheiro, a reserva do possível só pode ser invocada para aquelas situações que extrapolem o mínimo existencial e que se refiram a indivíduos que possuam meios de obter por si sós a prestação pretendida.

²² MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 663-664.

²³ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, 2009, p. 106.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, 2003, p. 481.

²⁵ PRIETO SANCHÍS, Luís. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 22, 1995, p. 15.

²⁶ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52.

Todavia, no que parece ser desatenção sobre o uso da reserva do possível, costuma-se dizer que “as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros para atendê-las são escassos²⁷”. Neste sentido, é comum a confusão entre reserva do possível e reserva orçamentária, pela qual se entende que certos direitos, notadamente os direitos sociais, estão sujeitos à dotação orçamentária, isto é, à disponibilidade financeira ou material²⁸. Entretanto, nem as liberdades nem os direitos sociais estão adstritos a qualquer reserva de orçamento, mesmo porque a realização do mínimo existencial não pode depender de uma discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo em, respectivamente, conferir e permitir essa conferência de crédito a determinadas áreas em detrimento de outras mais essenciais.

O verdadeiro sentido do discurso da *reserva do possível* trabalha com o fato de que os recursos financeiros, previstos pelo Estado em suas dotações orçamentárias, devem ser empregados para atender o que é prioritário²⁹, ou seja, alcançar e prover a manutenção do mínimo existencial, podendo, caso haja sobra de verba, atender o que é supérfluo, isto é, primeiro o que é básico, depois o que não é; situação esta que, infelizmente, não se tem verificado³⁰.

2.5 Proibição de Retrocesso Social

O uso dos recursos arrecadados e disponíveis – ou que deveriam ser disponibilizados – para promover e manter o mínimo existencial de todos os indivíduos não significa que as prestações devam ser efetuadas todas de uma

²⁷ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (org.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 148.

²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 135.

²⁹ Por exemplo: HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Os vinte anos da Constituição brasileira: da reserva do possível à proibição do retrocesso social. *In*: HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello. **Uma homenagem aos 20 anos da Constituição brasileira**. Florianópolis: Boiteux/FDV, 2008.

³⁰ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, n. 144, 1999, p. 241-242.

única vez. É aí que entra a discussão sobre a *vedação* ou *proibição do retrocesso social*: começa-se com pouco, mas solidamente, e faz-se com que haja um “aumento contínuo das prestações sociais³¹”. Essa ideia completa principalmente as ideias de reserva do possível e de mínimo existencial.

Ora, como “um direito não existe se não houver uma máquina institucional para protegê-lo³²”, é preciso que a máquina trabalhe ininterruptamente, para que o mínimo existencial seja garantido e que aqueles direitos que não formam esse núcleo mínimo se encontrem numa situação em que sua eficácia seja facilmente alcançada, o que só ocorre com o correto emprego das receitas tributárias arrecadadas junto à sociedade, através da realização de políticas públicas, que, primeiro, devem atender aquilo que for prioritário, para, em seguida, manter o que foi atendido e maximizá-lo. Assim, impõe-se ao Estado se abster de violar, seja por ação seja por omissão, o núcleo essencial dos direitos humanos fundamentais, vedando-lhe a promoção de um retrocesso social³³.

A proibição do retrocesso social relaciona-se, sobretudo, com a proporcionalidade, que se apresenta de duas formas: “o garantismo negativo (em face dos excessos do Estado) e o garantismo positivo, no sentido de que o Estado não pode deixar de proteger determinado direito fundamental³⁴”. O garantismo negativo apresenta-se como a proibição de excesso, e o positivo, como a adequação e a necessidade de proteção do mínimo existencial, isto é, como a proibição de proteção deficiente. Essa relação pode-se extrair das palavras de Carlos Bernal Pulido³⁵ de que “na dogmática alemã já é bem conhecida a distinção entre duas versões distintas do princípio da proporcionalidade: a proibição de excesso (*Übermaßverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*)”.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. **Derechos y libertades**, n. 6, 1998, p. 47.

³² IMMORDINO, Giovanni; PAGANO, Marco. *Op. cit.*, 2004, p. 85.

³³ DE CONTO, Mário. **O princípio da proibição de retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 85.

³⁴ DE CONTO, Mário. *Op. cit.*, 2008, p. 100.

³⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 807.

Portanto, é possível explicar a proibição de retrocesso social através dos postulados da proibição de proteção deficiente e da proibição de excesso. Pela *proibição de proteção deficiente* tem-se que o Estado, mediante prestações sociais (políticas públicas) tem o dever de procurar maximizar o mínimo existencial, ou, por outra, tornar máxima a eficácia dos direitos minimamente exigíveis, de maneira que aquilo que já foi garantido ou concretizado não pode vir a ser suprimido ou limitado por qualquer ato estatal, isto é, não se podem utilizar medidas retroativas. E, pela *proibição de excesso*, é vedado ao Estado utilizar meios de caráter retrocessivo, que, embora não atinjam aqueles direitos que já foram concretizados, possam promover uma involução social, porque houve uma intervenção na sociedade além do que era necessário³⁶.

Portanto, a *proibição do retrocesso social* consiste em que o Estado não pode se furtar dos deveres de concretizar o mínimo existencial, de maximizá-lo e de empregar os meios ou instrumentos cabíveis para sua promoção, sob pena de a sociedade vir a experimentar uma imensa limitação no exercício de todos seus direitos fundamentais³⁷.

3 FINANCIAMENTO E EFICÁCIA DOS DIREITOS

Apresentadas e brevemente introduzidas as ideias sobre os direitos sociais, o dever de pagar tributos, o mínimo existencial, a reserva do possível e a proibição de retrocesso social, é preciso, agora, uni-las em torno da discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais da pessoa humana, no sempre presente esforço para enriquecer a reflexão e a discussão sobre a realidade social.

3.1 O Necessário Financiamento dos Direitos

O financiamento de certos direitos mínimos permite haver desenvolvimento humano, e este, por seu turno, funciona “como um processo de expansão das

³⁶ BARNES, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitário. **Revista de Administración Pública**, n. 35, 1994, p. 510.

³⁷ Por exemplo: HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. *Op. cit.*, 2008.

liberdades reais que as pessoas desfrutam³⁸. Por certo que essa discussão é muito mais ampla, demandando por si só um melhor detalhamento de que direitos mínimos seriam estes e porque eles recebem essa qualificação.

Para começar, há que se dizer que existem diversas nomenclaturas para *direitos mínimos*, por exemplo: na teoria de Rawls eles são denominados bens primários (*primary goods*), na de Sen e de Nussbaum, embora com diferenças de tratamento e de finalidade, denominam-se capacidades (*capabilities*), e, para a teoria de Dworkin, seriam recursos (*resources*). Note que, mesmo que não seja explicado cada um dos conceitos o entendimento sobre eles é intuitivo.

Aqui, o marco teórico utilizado para enfrentar a questão é o da teoria de Amartya Sen, de maneira que trabalharemos com o conceito de *capacidades*, que, na perspectiva do economista político, consistem nas “oportunidades de alcançar combinações valiosas de funcionalidades humanas”, ou seja, “o que uma pessoa é capaz de fazer ou de ser³⁹”. Assim, quanto mais *capacidades* uma pessoa possuir tanto mais *liberdades* esta mesma pessoa possuirá, fato este que melhora o seu potencial “para cuidar de si mesmas e para influenciar o mundo, questões centrais para o processo de desenvolvimento⁴⁰”.

Considerando-se esse conceito de *capacidades*, é quase que instantâneo, senão simultâneo, questionar quais elas seriam. Sen não vê nenhum óbice em fazer-se uma lista das capacidades. No entanto, ele avisa que “o problema não está em listar capacidades que sejam importantes, mas insistir em uma lista predeterminada e canônica de capacidades, escolhidas por teóricos sem haver qualquer discussão social geral ou uma justificativa pública⁴¹”. De fato, estabelecer uma lista fixa e imutável ou completa pode ser em certa medida perigoso, porque é preciso considerar uma série de aspectos relevantes para a formação dessa lista, dentre elas qual a sua finalidade, ou melhor, em que contextos ela é válida e em quais ela não o é.

³⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 17.

³⁹ SEN, Amartya. Human rights and capabilities. **Journal of Human Development**, vol. 6, n. 2, 2005, p. 153.

⁴⁰ SEN, Amartya. *Op. cit.*, 2007, p. 33.

Ademais, é necessário, também, estabelecer dentro dessa lista se há e como se dá a prioridade entre as capacidades. Por exemplo: para dois propósitos diferentes – promoção da saúde e da educação – são necessários meios distintos, e, em cada um deles há uma graduação entre fatores que devem ser realizados, ou seja, uma ordem de realização; do que se pode apontar que, hipoteticamente, o primeiro fator a ser realizado para a promoção da saúde é o controle preventivo de doenças, então se realizam políticas públicas com essa finalidade, ao passo que o primeiro fator a ser concretizado para promover a educação é a formação básica de qualidade, aplicando-se, então, recursos em maior volume e de maneira mais eficaz nesse setor.

A título de esboço é possível criar uma lista de direitos mínimos, continuamente sujeita à crítica e reformulações. Neste sentido, pode-se indicar que o Estado deve: (a) estabelecer o pagamento de uma renda mínima *per capita*, que varie de acordo com a inflação e que permita ao indivíduo uma dieta equilibrada e, ainda, o pagamento de itens básicos para a sua sobrevivência; (b) fornecer, com qualidade, moradia básica a todas as pessoas, nela incluídos sistema de energia elétrica, água encanada e esgoto; (c) oferecer ensino, transporte e saúde públicos de qualidade equivalente ou superior àqueles oferecidos por particulares; (d) prover segurança pública eficiente a todos os seres humanos.

Dentro dessa lista provisória é possível vislumbrar, por exemplo, que, talvez com a exceção do primeiro item, todos os outros três são financiados pela sociedade, isto é, por aqueles que têm a capacidade de arcar com esse financiamento, conforme as normas constitucionais, e, em tese, oferecidos ou fornecidos a toda a sociedade. Veja-se o caso do item que prevê o dever de o Estado prover segurança pública eficiente, este um serviço remunerado e financiado pela sociedade através do pagamento de *taxa de polícia*. Ou, por outra, há previsão constitucional de que o ensino, pelo menos o fundamental, seja gratuito e de qualidade, para o que deve haver um financiamento por parte da sociedade, para que o Estado possa cumprir com o seu dever de aplicar uma

⁴¹ SEN, Amartya. *Op. cit.*, 2005, p. 158.

percentagem mínima específica dos impostos arrecadados para manter e desenvolver a educação.

Recorrendo-se ao direito tributário, e mais especificamente à classificação de Geraldo Ataliba⁴², toma-se emprestado o critério da vinculação do gravame à atividade estatal, isto é, se o tributo depende ou não de alguma atividade do Estado. Os impostos seriam, por exemplo, segundo a classificação desse jurista, espécie de tributo não vinculado, já que o fato impositivo dos impostos independe de qualquer ação estatal, e sim de alguma situação relativa ao sujeito passivo⁴³, ou, como afirma Roque Carrazza⁴⁴: “a prestação patrimonial do contribuinte do imposto é *unilateral* (e não *sinagmática*), porque não faz nascer, para a entidade tributante, qualquer dever específico de efetuar uma contraprestação”. Ao lado dos impostos estão os empréstimos compulsórios como tributos não vinculados, sendo todos os demais do tipo vinculados.

Diante desse quadro há tributos cuja arrecadação está vinculada a alguma atividade do Estado, como é o caso dos dois tipos de *taxas* e da *contribuição de melhoria decorrente de obra pública*, e outros, como é o caso dos *impostos*, em que não há a vinculação. Pois bem, aqueles vinculados devem, em tese, ser pagos para financiar o custo daquelas obras públicas que importarem na valorização imobiliária de imóveis circunvizinhos (art. 81 do CTN), para financiar o exercício regular do poder de polícia e o uso ou a disponibilização para o uso de serviço público específico e divisível (art. 77 do CTN), dentre as outras hipóteses possíveis previstas na ordem jurídica brasileira. Já os tributos não vinculados, exceto os empréstimos compulsórios, não têm uma destinação específica, ou seja, podem os impostos serem destinados para qualquer atividade lícita e em prol da sociedade. De aí que, por exemplo, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão usar de recursos provenientes de seus orçamentos para financiar parte da seguridade social (art. 195 da CF/88), isto é, saúde e previdência e assistência sociais, e, ainda, deverão usar um percentual mínimo da receita advinda dos

⁴² ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 2. ed. São Paulo: RT, 1985, p. 139-148.

⁴³ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 311.

impostos para a manutenção e para o desenvolvimento da educação e do ensino (art. 212 da CF/88).

Vê-se, portanto, que todos os direitos, inclusive aqueles direitos mínimos, necessitam de um financiamento social para serem concretizados, de maneira que é papel do Estado tanto gerir quanto aplicar adequadamente esses recursos arrecadados na própria sociedade com a reserva, é claro, de uma pequena parte para remunerar seus serviços, quando estes forem devidamente prestados.

3.2 Eficácia e Concretização dos Direitos

A perspectiva de Sen pode ser vista como “uma estrutura normativa ampla para a avaliação e determinação do bem-estar individual e da organização social, planejamento de políticas e propostas sobre mudanças sociais⁴⁵”. Assim, a abordagem das capacidades (*capabilities approach*) tem como objetivo indicar o peso que a realização de determinadas políticas públicas possui nas capacidades das pessoas, e, por conseguinte, em suas oportunidades e, também, em suas liberdades. Trata-se, como se pode facilmente depreender, de uma perspectiva que se volta para a análise e a discussão acerca do desenvolvimento, devendo-se observar, para utilizar do ponto de vista de Sabina Alkire⁴⁶, que, sob a perspectiva de Sen, a concretização de direitos, e, assim, a possibilidade de desenvolvimento humano, não pode se submeter a indicadores numéricos apenas, devendo, também, levar em conta a expansão das capacidades do ser humano.

Portanto, o prisma de que se utiliza o economista indiano considera diversas capacidades, oportunidades, liberdades, a fim de que se possa definir uma qualidade de vida mínima, ou, como ele mesmo afirma quando fala: “baseado em uma lista mínima de capacidades, com um foco particular sobre a obtenção de uma qualidade de vida mínima, calculável a partir de estatísticas disponíveis,

⁴⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 517-518.

⁴⁵ ROBEYNS, Ingrid. The capability approach: a theoretical survey. **Journal of Human Development**. vol. 6, n. 1, 2005, p. 94.

⁴⁶ ALKIRE, Sabina. Dimensions of human development. **World development**, vol. 30, n. 2, 2002, p. 184.

diferente daquelas utilizadas pelo PNB ou PIB e que falharam para esse propósito⁴⁷". Neste sentido é possível criar uma lista de capacidades para que se possa atingir um desenvolvimento humano mínimo, para, em seguida, potencializá-las no processo de expansão desse desenvolvimento.

O que se chama eficácia dos direitos fundamentais deve-se entender como aquilo que se produz num determinado âmbito como decorrência de alguma coisa. Pontes de Miranda⁴⁸, por exemplo, define *eficácia jurídica* como aquilo que se produz no mundo jurídico em decorrência de fatos ocorrentes no mundo concreto e que foram juridicizados de alguma forma em determinado momento, traduzindo-se, portanto, em um atributo do fato jurídico. Há, também, a *eficácia técnica* que se traduz em atributo que a norma jurídica possui de produzir os seus efeitos de acordo com a ocorrência que se verificou no plano concreto. Por fim, há a *eficácia social*, que, também chamada de efetividade, "diz respeito aos padrões de acatamento com que a comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica⁴⁹". Considerando-se a comunidade como um conjunto formado tanto pelos indivíduos quanto pelo Estado, tem-se que a concretização dos direitos fundamentais pode ser entendida como a eficácia social das normas jurídicas que estabelecem esses direitos. Desta maneira, concretizar um direito fundamental se apresenta como o movimento de retirada desse direito do mundo abstrato (eficácia pretendida) e inclusão no mundo concreto (eficácia real).

Essa concretização de direitos fundamentais só é possível se houver o financiamento por parte da sociedade, mediante o pagamento de tributos, e, ainda assim, desde que haja um correto direcionamento dessa verba arrecadada para a sociedade efetivando os direitos mínimos, que devem ser realizados antes que se tome qualquer iniciativa em relação às demais prioridades de governo. Com isso, verifica-se, como outrora já afirmado, que os direitos que compõem o mínimo existencial não se sujeitam ao discurso da reserva do possível e têm a seu favor o

⁴⁷ SEN, Amartya. *Op. cit.*, 2005, p. 159.

⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. Campinas, São Paulo: Bookseller, vol. 1, 1999, p. 50.

⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84.

princípio da vedação ao retrocesso social e o financiamento por parte dos tributos pagos pela sociedade.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- _____. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARNES, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitário. **Revista de Administración Pública**, n. 35, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- _____. Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. **Derechos y libertades**, n. 6, 1998.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DE CONTO, Mário. **O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- DE LUCAS, Javier; AÑÓN ROIG, María José. Necesidades, razones, derechos. **Doxa**, n. 7, 1990.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. Igualdade como ideal. Entrevista feita por Octávio Luiz Motta Ferraz. **Novos Estudos**, n. 77, 2007.
- _____. What is equality? Part 2: equality of resources. **Philosophy and Public Affairs**, n. 10, 1981.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton, 1999.
- HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Os vinte anos da Constituição brasileira: da reserva do possível à proibição do retrocesso social. *In*: HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello. **Uma homenagem aos 20 anos da Constituição brasileira**. Florianópolis: Boiteux/FDV, 2008.
- IMMORDINO, Giovanni; PAGANO, Marco. The cost of rights: an economic analysis. **Diritto & Questioni Pubbliche**, n. 4, 2004.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, n. 144, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2004.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. México: UNAM-IIJ, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Las generaciones de derechos humanos. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 10, 1991.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**. Campinas, São Paulo: Bookseller, vol. 1, 1999.

POSNER, Richard. The cost of rights: implications for Central and Eastern Europe – and for the United States. **Tulsa Law Journal**, n. 32, 1996.

PRIETO SANCHÍS, Luís. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 22, 1995.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROBEYNS, Ingrid. The capability approach: a theoretical survey. **Journal of Human Development**. vol. 6, n. 1, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. “Como a sociedade financia o estado para a implementação dos direitos humanos?”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (org.). **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (org.). **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. Human rights and capabilities. **Journal of Human Development**, vol. 6, n. 2, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *In*: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de Direitos Humanos**, n. 5, 2003.

_____. **Curso de direito financeiro e tributário**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.

_____. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VAN BOVEN, Theodoor C. Les critères de distinction des droits de l'homme. *In*: VASAK, Karel. **Les dimensions internationales des droits de l'homme**. Paris: UNESCO, 1978.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

DESLEGALIZAÇÃO E A FUNÇÃO REGULADORA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹

DE-LEGALIZATION AND THE REGULATIVE FUNCTION OF PUBLIC ADMINISTRATION

Roberto Mizuki Dias dos Santos²

Resumo

O presente artigo analisa o fenômeno jurídico da deslegalização, bem como a função reguladora, competência administrativa que decorre daquele. Utilizou-se do método indutivo, pois mais adequado ao trabalho. O tema, de muita relevância para os direitos administrativo e constitucional modernos, é cada vez mais presente na Administração Pública, tendo em vista o estado de mutação que assola a sociedade brasileira. O Estado alcançará seus deveres constitucionais por meio das imposições normativas destinadas aos particulares, editadas no exercício da função reguladora. E para tanto, não poderá olvidar-se do princípio da legalidade. Afinal, o Poder Executivo manipula as políticas públicas cujos atos administrativos regulatórios refletem-se diretamente sobre a vida das pessoas. Daí a relevância social da investigação da deslegalização e da função reguladora. A conclusão do trabalho busca tecer reflexões para indicar o maior mérito alcançável pela função reguladora, ou seja, a viabilidade de uma constante e ordenada atualização do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Administração Pública. Deslegalização. Função reguladora.

Abstract

The following article analyzes the non legalization process, as well as the regulatory function, an administrative matter that comes from the first. Considering the subject, the method utilized was the inductive. These subjects, very relevant to modern constitutional and administrative law, is more and more present in Public Administration, due to the constant mutation of the brazilian society. The State will achieve it's constitutional duties thought norms and public acts edited within the exercise of regulatory function. After all, the Executive deals with public polices which administrative acts commands people's lives. This is why the non

¹ Artigo recebido em: 26/05/2009. Pareceres emitidos em: 13/10/2009 e 09/08/2009. Aceito para publicação em: 13/05/2010/1900.

² Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2005.2). Possui Especialização em Direito do Estado pela Associação Educacional Unyahna (BA) concluída em 2007. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Procurador do Estado do Piauí. E-mail: robertomizuki@hotmail.com.

legalization and regulatory function are socially relevant. The conclusion tries to show the most important characteristic of regulatory function, which is the providence of constant and organized actualization of law system.

Key-Words: Public Administration. Non legalization. Regulatory function.

Sumário: 1. Origem; 2. O fenômeno da deslegalização; 3. Da função reguladora: conceito; 3.1. Legitimidade da função reguladora; 3.2. Fundamento jurídico da função reguladora; 3.3. Competência para o exercício da função reguladora; 3.4. Controle jurídico do exercício da função reguladora; 3.5. Separação dos poderes e função reguladora; 4. Conclusão; Referências.

1 ORIGEM

O início da política de desestatização na década de 90 no Brasil foi fundamental para dar continuidade ao processo de democratização e crescimento do país. Pode-se dizer que tal fenômeno foi uma das soluções encontradas para sanar a incapacidade do Poder Público em investir e gerar desenvolvimento, ou seja, quebrado e sem recursos, o Estado não tinha como promover as ações necessárias para cumprir seus deveres constitucionais.

Ocorre que esse Programa Nacional de Desestatização, ao passo que acelerou a concretização das atividades estatais, agravou a (inegável) hipertrofia de funções existentes dentro da assoberbada e enferrujada máquina administrativa, na medida em que exigiu da mesma o exercício da função reguladora.

O aludido acúmulo de funções administrativas do Estado se deve, também, ao surgimento de novas necessidades da população e ao aumento da demanda por antigos (e novos) serviços públicos. Nesse período, a atividade Estatal passa a se desenrolar de duas maneiras: ao passo que deve atrair os investimentos privados com propostas rentáveis e seguras, terá também de regular tais atividades, de maneira intensa e constante, com o propósito de preservar o indeclinável interesse público. É justamente essa nova função administrativa, de regular e normatizar a iniciativa privada, o objeto da presente resenha.

Portanto, vê-se que essa função reguladora, decorrente do fenômeno denominado “deslegalização”, se evidencia com o início das transferências de algumas atribuições e serviços do setor público para o setor privado, contribuindo, de certa forma, com o inchaço de funções do Poder Público.

2 O FENÔMENO DA DESLEGALIZAÇÃO

O desempenho da função reguladora encontra estreito relacionamento com o fenômeno da *deslegalização*, uma vez que, para o exercício daquela, é necessário que ocorra previamente a situação jurídica na qual o legislador transfere do âmbito da lei formal para o domínio dos normativos infra-legais a disciplina de determinadas matérias.

E esta necessidade surgiu justamente por causa da natureza extremamente técnica e complexa das normas que regulam as atividades setoriais. Tornou-se imperioso deslegalizar determinados assuntos para que regulamentos infra-legais pudessem discipliná-los com a eficiência e rapidez exigidas hoje em dia. De fato, é difícil imaginar parlamentares disciplinando homologação de telefones móveis ou o reajuste das tarifas de longa distância.

Assim sendo, é possível colher exemplos de deslegalização na própria CF/88, acerca das matérias previstas no art. 48. Na medida em que o dispositivo autoriza o Congresso Nacional a *dispor* acerca daquelas matérias, o mesmo está autorizado a legislar, não legislar ou até deslegalizar (MOREIRA NETO, 2003, p. 171). Em outras palavras, o legislador ordinário poderá transferir o poder de disciplinar tais matérias aos normativos infra-legais:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, *dispor* sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

[...]

XII - telecomunicações e radiodifusão;

À primeira vista, pode-se imaginar que o Legislador Constituinte “misturou”, por assim dizer, as competências típicas de cada poder nesse dispositivo, violando o princípio da separação dos poderes. No entanto, não se trata de dar ao

Congresso Nacional a função de administrar, mas somente a possibilidade de uma vez deslegalizada a matéria, dispor acerca da mesma como se fosse o próprio Executivo. Portanto, de acordo com o art. 48 da CF/88, está a cargo do Poder Legislativo deslegalizar as matérias ali arroladas, e somente então, exercer sua função reguladora.

Isso justifica as funções normativas e administrativas que estão implícitas no Poder Legislativo. Nos termos da lição de Eros Grau, **todos os poderes são dotados de funções administrativas, legislativas e judicantes**. (GRAU, 2002, p. 83). Assim, ao Executivo não cabe apenas administrar, mas também exercer a função reguladora, desde que já esteja deslegalizada a matéria pelo Legislativo. *Mutatis mutandis*, se cabe ao Executivo a função de administrar e normatizar (após a deslegalização), cabe também ao Legislativo as mesmas funções diante daquelas matérias por meio do fenômeno da deslegalização.

Segundo Diogo Moreira Neto, a deslegalização legitima o combate ao aumento exagerado do número de leis vigentes que acabam gerando insegurança e confusão nos jurisdicionados (MOREIRA NETO, 2003, p. 173). De fato, ainda que a atividade legiferante seja essencial para dar segurança jurídica aos cidadãos, o assombroso número de leis que dão “nova redação” a textos antigos é capaz de causar o efeito inverso, dificultando a organização de um ordenamento jurídico sólido e confiável.

Diante do exposto, é possível concluir que a deslegalização é um requisito prévio ao exercício da função reguladora, pois somente com a autorização da lei formal, poderão os órgãos reguladores exercer sua competência e, ao mesmo tempo, observar o princípio da legalidade que impera no Estado de Direito brasileiro.

3 DA FUNÇÃO REGULADORA: CONCEITO

Tendo em mente as razões do surgimento da função reguladora elencadas no item 1 dessa resenha, pode-se dizer que o seu exercício satisfatório demanda um equilíbrio nem sempre alcançável entre os interesses envolvidos, pois esses

são distintos, e o que é pior, antagônicos. Se por um lado, o administrador público deve preservar o interesse público, por outro deverá também observar interesses privados (proposta atrativa, rentável e segura ao investidor privado). Portanto, essa “gangorra axiológica”, onde de um lado está a supremacia do interesse público e de outro a manutenção da viabilidade do investimento privado, se sujeita a um desequilíbrio indesejável.

A lição de Diogo Moreira Neto traz a definição de função reguladora:

Cabe aqui, traçar conceptualmente o desenho das *instituições jurídicas* [...] em certos setores críticos da convivência social e econômica, de modo a proporcionar o *máximo de eficiência* na solução de problemas, aliando na dosagem necessária para cada hipótese, as vantagens da *flexibilidade negocial privada* com o *rigor da coercitividade estatal*.

A essa atividade dos subsistemas de harmonização é que se denomina de *função reguladora*, uma expressão que, não obstante o étimo, que a aproxima da voz vernácula regra, é, na verdade, um *híbrido de atribuições de variada natureza*: informativas, planejadoras, fiscalizadoras e negociadoras, mas, também, normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras.

Esse complexo de funções vai cometido a um único *órgão regulador*, para que este defina especificamente *o interesse que devesse prevalecer e ser satisfeito* nas relações sujeitas à regulação. (grifos no original) (2003, p. 107)

Em outras palavras, a função reguladora deve ponderar os interesses que estão sob seu manto (público primário e público secundário, bem como o privado), a fim de que o órgão regulador ao exercer tal atividade, faça prevalecer e ser satisfeito o interesse mais adequado e justo.

Observe-se, portanto, que para o autor, a função reguladora não se limita a uma única atividade estatal (p.ex. a função de regular o setor de telecomunicações com o visio no interesse público), mas em um extenso rol, numa gama de atividades distintas, as quais envolvem aspectos sociais e administrativos.

Conclui o autor que:

Não se trata, portanto, da tradicional aplicação direta de uma *definição legal vinculadora* de certo *interesse público específico*, nem, tampouco, e muito menos, de chegar a uma *definição legal discricionária*, que é a que deve ser integrada pelo administrador por subsunção, à feição da administração tradicional, isso porque o *interesse específico que devesse prevalecer nas relações submetidas à função reguladora não estará predeterminado*, senão que devesse ser deduzido dos fatos, pelo exercício qualificado, negociado e ponderado dessa função. (2003, p. 108) (grifos no original)

Assim, para Diogo Moreira Neto, se a função reguladora resta divorciada da mera aplicação do princípio da legalidade e da teoria clássica do poder administrativo discricionário, por outro lado, se aproxima do necessário e imprescindível **juízo de ponderação** que deverá ser realizado pela Administração à luz dos fatos concretos. É justamente por meio desse juízo que se atingirá o equilíbrio (daquela que denominamos gangorra axiológica) dos valores que estão em jogo, pois o ideal de Justiça nas normas reguladoras deve ser o fim maior dessa função administrativa.

Percebe-se que essa função, ao mesmo tempo em que se afasta da atividade legiferante tradicional, se aproxima de uma forma de legitimar a atuação estatal. Assim, se é certo que a Administração não tem como papel institucional a produção legislativa, não menos correto, é afirmar que diante dessa nova função reguladora, resta-lhe outorgado o dever (obrigação) de bem preservar e cuidar do interesse público. No entanto, pode-se dizer que diante da função reguladora, há uma mitigação no princípio da supremacia do interesse público, uma vez que devem ser considerados outros valores conforme salientado acima.

Digno de menção a lição de Eugênio Araújo:

Veja-se que a lei de deslegalização não precisa penetrar na matéria que trata, bastando-lhe abrir a possibilidade a outras fontes normativas, estatais ou não, de regulá-la por atos próprios que, por óbvio, não serão de responsabilidade do Poder Legislativo, ainda que sobre a norma possa continuar a ser exercido um controle político e jurisdicional derivado de desvio ou abuso de poder regulatório. (2007, p. 86)

O autor percebe muito bem uma das distinções que devem ser apontadas entre a norma legal e a norma reguladora, de modo a facilitar o perfeito entendimento do conceito da função reguladora. Veja-se, na doutrina de Diogo Moreira Neto, as principais diferenças sistematizada no seguinte quadro comparativo:

Distinções entre norma legal e norma reguladora

	NORMA LEGAL	NORMA REGULADORA
INTERESSE PÚBLICO	Específico	Ponderado ao lado de outros valores protegidos pelo ordenamento
DISCRICIONARIEDADE	Pode existir caso haja previsão	Não há espaço, pois busca-se alcançar a eficiência prevista na lei deslegalizadora
FONTE JURÍDICA	Natureza política	Natureza não política, atua nos espaços politicamente neutros (deslegalizados)
CONTEÚDO DA NORMA	Restritivo ou condicionante ao comportamento dos atores sociais e econômicos	Substitutivo das decisões privadas para equilibrar tais relações

Fonte: Diogo Moreira Neto

Dentre as diferenças acima, ressalte-se o caráter discricionário da norma reguladora, esclarecido por Diogo Moreira Neto:

Portanto, ao optar pelos processos da deslegalização e da regulação, o legislador não está abrindo um campo de ação arbitrária pelo órgão regulador, mas, ao contrário, de modo semelhante como ocorre com a abertura legal de um espaço discricionário de decisão, o legislador delimita para a Administração reguladora um âmbito decisório que esta poderá preencher com decisões normativas ou concretas, desde que o faça sujeita a estritas regras de validação, destinadas a afastar o eventual arbítrio, irrazoabilidade e desproporcionalidade em sua atuação. (2003, p. 181) (grifos no original)

Pode-se afirmar que na verdade, as funções legislativa e reguladora não se excluem. Ao contrário, andam juntas, eis que uma complementa o papel da outra. Melhor dizendo, a função reguladora encontra seu **fundamento de validade** na

norma de deslegalização, devendo respeitar os limites e obedecer os critérios de discricionariedade impostos pelo legislador. De acordo com Diogo Moreira Neto,

Isso explica o fato de a norma reguladora *não revogar* a norma legal que incida sobre a mesma hipótese, pois, na verdade, como ela só se aplica sobre a matéria que venha a ser deslegalizada, será apenas a lei deslegalizadora (e não a norma deslegalizada) que poderá operar a revogação. (2003, p. 171)

Adicione-se que a deslegalização também deverá observar limites das normas hierarquicamente superiores, como a Constituição Federal, conforme salienta Canotilho:

A deslegalização encontra limites constitucionais nas matérias constitucionalmente reservadas a lei. Sempre que exista uma reserva material-constitucional de lei, a lei ou o decreto-lei (e eventualmente, também, decreto legislativo regional) não poderão limitar-se a entregar aos regulamentos a disciplina jurídica da matéria constitucionalmente reservada a lei. (2002, p. 837)

Oportuno dizer que o instituto ora pesquisado não se confunde, em nenhuma medida, com outros poderes ou funções administrativas mais antigos, tal como o poder de polícia, o qual, para Carvalho Filho, consiste na “prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade” (2006, p. 64). Conclui-se que a única correlação entre citados institutos, é de que o último está contido no primeiro.

Acentue-se ainda, que segundo Marcos Juruena Villela Souto, citado por Diogo Moreira Neto, a função reguladora caracteriza-se pela existência de um “novo iter de permanente retroalimentação do sistema setorial a seu cargo” (2003, p. 112). Essa reflexão demonstra que a tendência dessa nova função é de se expandir cada vez mais, na medida em que as mutações sociais também se modifiquem. Isso somente corrobora a relevância jurídica do tema, ainda timidamente discutido nos dias de hoje.

O aludido autor pontua de maneira incisiva essa importante característica da função reguladora na seguinte passagem: “considerando a imensa complexidade da administração pública nos Estados contemporâneos e a necessidade de produzir continuamente correções oportunas e flexíveis, o que vem

a ser afinal uma das características mais interessantes da função reguladora”.
(2003, p. 113)

Por fim, não se pode olvidar de ilustrar os principais aspectos da função reguladora, nas suas acepções múltiplas, muitos bens resumidos por Eugênio Araújo da seguinte maneira:

- Na regulação de monopólios o objetivo é a minimização das forças de mercado através de controles sobre os preços e qualidade do serviço.
- No aspecto da regulação para competição o objetivo visado é justamente viabilizar a sua existência (competição) e continuidade.
- Na vertente social, a regulação assegura a prestação de serviços de caráter universal e proteção ambiental.
- Um último aspecto é o da regulação como desestatização. Na Inglaterra seu primeiro propósito foi proteger o consumidor contra a ineficiência, altos preços, excesso de lucros, o que, em princípio, só teria solução através de competição, prevenindo os malefícios dos monopólios nos casos em que a competição fosse restrita ou inviável. Buscou-se compatibilizar satisfação do consumidor com eficiência econômica. (2007, p. 83)

3.1 Fundamento Jurídico da Função Reguladora

Pontuar o fundamento jurídico da função reguladora é essencial para determinar sua natureza, bem como as formas de controle presentes no ordenamento jurídico que poderão incidir sobre a mesma. Há mais de um posicionamento doutrinário sobre o tema. Vejamos.

Conforme ensina Canotilho, as justificações de que a função reguladora seria um poder próprio e inerente a qualquer administração ou de que tal poder é criado pela lei, devem ser afastadas.

Devido ao facto de se tratar de uma norma jurídica secundária, condicionada por lei, o regulamento está, por um lado, submetido ao **princípio da legalidade da administração**; por outro lado, o poder regulamentar, ou seja, o poder de administração criar normas jurídicas, deve ter um **fundamento jurídico-constitucional**. (grifos no original)

E adiciona:

O princípio da legalidade, atrás referido, será aqui entendido no sentido que actualmente dá a doutrina a tal princípio. Isto significa que a administração está vinculada à *lei* não apenas num *sentido negativo* (a administração pode fazer não apenas aquilo que a lei expressamente

autoriza, mas tudo aquilo que a lei não proíbe), mas num *sentido positivo*, pois a administração só pode actuar com base na lei, não havendo qualquer espaço livre da lei onde a administração possa actuar como um poder jurídico livre. (grifos no original) (2002, p. 829)

A linha adotada pelo ilustre jurista português deve ser vista com reservas, uma vez que é a Constituição do seu país quem prevê expressamente o poder regulamentar como atribuição da Administração Pública (art. 199, alínea “c”). Assim, o fundamento do poder regulamentar em Portugal decorre, segundo o doutrinador, da própria Constituição. Seria, portanto, um poder fundamentado em previsão no Texto Maior.

Mas e no Brasil? Teria a CF/88 dispositivo semelhante? O fundamento da função reguladora decorre da lei ou da Constituição?

Uma primeira corrente sustenta que a CF/88 expressamente vedou o exercício do poder regulamentar. Eles se socorrem do art. 25, I, do ADCT que determina:

Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;
[...]

Para os pensadores que adotam essa corrente, o ADCT vedou o exercício da função reguladora pelos órgãos administrativos, cento e oitenta dias após a promulgação da CF/88, logo, tais entes públicos não poderão exercer tal atividade. Contudo, de acordo com a maior parte da doutrina, essa conotação não merece prevalecer.

Partindo-se de uma interpretação lógica, com respaldo no pensamento do grande jurista Rui Barbosa, “quem dá os fins não pode negar os indispensáveis meios”, percebe-se que a função reguladora deve ser exercida plenamente, sem quaisquer restrições transitórias.

Para Rui, se a CF/88 atribuiu a incumbência, por exemplo, do Poder Executivo fiscalizar as atividades econômicas do particular enquanto prestador de serviços públicos, não se pode admitir que o mesmo não possa dispor dos meios

(normativos regulatórios) para regular tal atividade, sob pena de lhe deixar de mãos atadas. Com efeito, não há como se exigir que a Administração Pública interfira em qualquer setor (econômico, social, jurídico) de maneira a estabelecer o interesse público, perseguindo os fins agudos previstos na Constituição Federal, sem outorgar-lhe a função reguladora. Esses são os argumentos dos que sustentam a existência de um fundamento constitucional para a função reguladora.

Alguns entendem que o art. 87, § único, inciso II, da CF/88, contém o dispositivo que põe fim à discussão:

Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.

É o caso de Maria Sylvania Zanella Di Pietro. A administrativista entende que o dispositivo, dentre outros artigos da CF/88, é o fundamento constitucional para o exercício da função reguladora. (2004, p. 68)

Já Diogo Moreira Neto deixa entrever que a função reguladora encontra seu fundamento jurídico também no texto constitucional, mas não em um dispositivo, e sim no **princípio da eficiência**. Para ele, como o exercício da função reguladora se dá por meio de decisões administrativas, estas devem estar impregnadas de eficiência (além da motivação) para demonstrar a justeza da decisão à hipótese submetida (2003, p. 100).

Entende-se que assiste razão ao segundo doutrinador. Com efeito, não por acaso, o princípio da eficiência foi elevado ao *status* constitucional pelo Constituinte Reformador (EC 45) para pautar todas as atividades da administração, nos termos do *caput* do art. 37 da CF/88.

Afirma-se ainda que o objeto de produção da função reguladora (normativos) também serve de parâmetro para esclarecer o seu fundamento jurídico. Isto, pois, o fundamento de algo é justamente a origem de onde tal objeto retira sua validade, sua existência e regularidade.

E, consoante entendimento doutrinário,

a natureza da *norma reguladora*, por resultar de uma *deslegalização*, é a de uma *norma de auto-regulação dirigida*, ou seja, obedece a princípios e a *standards*, de resto, já conhecidos, por serem de longa data seu emprego no ordenamento jurídico econômico e social. (MOREIRA NETO, 2003, p. 126) (grifos no original)

Ademais, tais princípios e *standards* conformam o que se tem como moldura de fins e de valores, que devem balizar a atividade normativa deslegalizada a ser exercida pelo órgão regulador. (MOREIRA NETO, 2003, p. 126)

Conclui-se que, uma norma oriunda da função reguladora (a despeito de não se tratar de lei formal), deve respeito a tais elementos que compõe a moldura (princípios, fins e valores) que a embasa, logo, **sua produção necessariamente subsume-se aos mesmos parâmetros.**

Em outras palavras, se a função reguladora que é exercida, por exemplo, no âmbito do domínio econômico, violar princípios, fins e valores da Ordem Econômica, estará violando a “moldura” de sua atividade, ensejando controle pelos meios jurídicos disponíveis, na eventualidade da auto-tutela administrativa não se efetivar.

Quer-se dizer que o fundamento da função reguladora não pode ser outro senão a própria CF/88 eis que esta fixa o padrão mínimo que deve seguir toda e qualquer produção normativa, seja formal (Congresso Nacional), seja regulamentar (órgãos reguladores, como por exemplo, a Anatel).

3.2 Legitimidade da Função Reguladora

O alcance dos efeitos de todos os tipos de “normas administrativas” (regulamentos, resoluções, certificações etc.) é indeterminado, pois afeta inúmeros cidadãos jurisdicionados de uma só vez. Essa característica demanda a existência de uma legitimidade prévia, ou seja, deve haver o mínimo de aceitação entre aqueles que serão afetados pelas mesmas.

Considerando-se o Estado Democrático de Direito instituído no Brasil, beira o autoritarismo relegar à Administração, no exercício da sua função reguladora,

amplios poderes para editar normativos que afetam a vida de milhões de cidadãos, sem que haja participação destes.

De acordo com Diogo Moreira Neto, para alcançar a desejável legitimidade da função reguladora, os destinatários da norma reguladora devem ser parte no processo decisório da atividade reguladora. Entende-se que o alerta do autor busca efetivar o princípio democrático previsto no *caput* do artigo 1º da CF/88. A miúdo, o que se quer dizer é que uma resolução da Anatel sobre telefonia celular (p.ex. que trate da “portabilidade”) para ser legítima, deve considerar os anseios e as necessidades dos usuários desse serviço, o que se torna possível por meio da realização de consultas públicas (aliás, registre-se, prática reiterada dessa agência reguladora; basta acessar o site www.anatel.gov.br).

Assim, pode-se afirmar que, se na elaboração da lei formal há participação popular (ainda que indireta, por meio dos parlamentares eleitos pelo povo) com mais razão ainda, deve haver participação dos cidadãos no processo de elaboração das normas reguladoras. Essa medida ajuda a consolidar a democracia no Brasil e amplia as chances de preservação do interesse público.

3.3 Competência Para o Exercício da Função Reguladora

A função reguladora, enquanto atribuição da Administração Pública para disciplinar relações jurídicas complexas dentro do Estado Democrático Brasileiro, é exercida precipualemente pelas agências reguladoras.

O modelo adotado no Brasil, muito festejado em diversas partes do mundo, parte de um tipo de descentralização administrativa, com a criação do ente regulador, pessoa jurídica de direito público interno, com autonomia e independência superiores ao de uma autarquia, daí o adjetivo autarquia *especial*, cunhado em diversas leis federais: Lei nº. 9.427/96 – Anele, Lei nº. 9.472/97 – Anatel, Lei nº. 9.478/97 – ANP etc.

No tocante à competência para o exercício regular da função normativa, muito perspicaz a distinção feita por Diogo Moreira Neto:

Com efeito, está na atribuição de uma *competência normativa reguladora* a chave para operar os setores e matérias em que devem predominar as *escolhas técnicas*, distanciadas e isoladas das disputas partidárias e dos complexos debates congressuais, pois essas, distintamente, são métodos mais apropriados às *escolhas político-administrativas*, que deverão, por sua vez, se prolongar em novas *escolhas administrativas*, sejam elas concretas ou abstratas, para orientar a ação executiva dos órgãos burocráticos da Administração direta.

Como, em princípio, não se fazia a necessária e nítida diferença entre as *matérias que exigem escolhas político-administrativas* e as *matérias em que devam predominar as escolhas técnicas*, a competência legislativa dos parlamentos, que, tradicionalmente, sempre lhes foi privativa, na linha do postulado da separação dos Poderes, se exerceu, de início, integral e indiferenciadamente sobre ambas.

Somente com o decorrer do tempo e a crescente complexificação da convivência social veio o reconhecimento da necessidade de se fazer essa distinção, até mesmo para evitar o grave inconveniente de cristalizarem-se na lei inúmeras decisões técnicas, tornando-as rapidamente obsoletas, desenvolvendo-se, por isso, como opção, as variedades de *delegações legislativas*. (2003, p. 117) (grifos no original)

O autor deixa muito claro que a função surgiu aos poucos, a partir da distinção que se fez entre as matérias que exigem escolhas políticas daquelas que demandam escolhas técnicas, juntamente com as razões da origem do instituto.

3.4 Controle Jurídico do Exercício da Função Reguladora

O controle do exercício da função reguladora pode ser efetivado em diversos âmbitos, dentre os quais citem-se o político, o orçamentário, o administrativo (interno), o social e o jurídico. Somente esse último, dada sua riqueza e relevância será abordado na presente resenha.

Para a doutrina clássica, a regulação dos diversos setores sociais pelos órgãos reguladores por meio do exercício da nova função reguladora deve pautar-se em primeiro lugar, na Constituição Federal e em segundo lugar, na lei formal (norma legal). Ocorre que esta, por vezes, encontra-se repleta de conceitos jurídicos indeterminados, os quais são formados por expressões sem delimitação objetiva e precisa, tanto no seu conteúdo quanto nos efeitos que possam causar.

No entanto, é importante registrar nenhum dos dois fundamentos jurídicos da função reguladora é capaz de afastar o controle do Poder Judiciário sobre os normativos reguladores produzidos pelo Executivo. Ora, se cabe ao Judiciário exercer o controle de constitucionalidade sobre as normas que aduzem “escolhas

políticas”, com mais razão, caberá ao mesmo exercer o controle de legalidade dos normativos em face da lei de deslegalização. Muito mais danoso seria relegar à Administração Pública o livre exercício da função reguladora, mesmo quando esta venha a violar os interesses da coletividade.

Assim, pode-se dizer que se um regulamento vem a disciplinar estes conceitos jurídicos indeterminados das leis ordinárias de maneira viciada, caberá controle judicial sobre tal ato, nas mesmas bases em que se dá o controle sobre a legislação ordinária que contém tais expressões.

Se a atividade legiferante do Congresso Nacional ofende a CF/88 ou os interesses sociais, ela deve ser repreendida e corrigida pelo Poder Judiciário. No mesmo sentido, a atividade administrativa de regular a economia a partir dos atos normativos, ainda que de natureza técnica, deve sujeitar-se ao mesmo tipo de controle.

No entanto, como bem assevera Canotilho, “no caso de se tratar de verdadeiras entidades reguladoras, os seus regulamentos não poder ser revogados ou anulados por regulamentos do governo, mas estão seguramente sujeitos ao controlo contencioso administrativo”. (2002, p. 841)

Em outras palavras, não pode haver ingerência do Executivo anulando regulamento ou ato normativo da ANP ou da Anatel, por exemplo, mas como já restou consignado anteriormente, nada afastará a incidência do judiciário, haja vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88.

Pontue-se que em Portugal se adotou o sistema do contencioso administrativo (francês) no qual a revisão dos atos prevalece dentro do âmbito da Administração e somente excepcionalmente, como nas causas acerca da capacidade pessoal, propriedade privada e matéria penal, o Judiciário exercerá o controle.

No Brasil, diferentemente, foi adotado o sistema inglês, chamado de jurisdição única, no qual a atividade revisível é exercida predominantemente pelo Judiciário e não pela Administração Pública.

Assim, guardadas essas distinções, certo é que a fiscalização da Administração, bem como seus órgãos e entidades, deve ser efetivada também pelo Judiciário, pois aquela não passa de uma organização subalterna e a serviço da comunidade. O que se quer dizer é que a Administração integra um Poder que se sujeita ao regime de freios e contrapesos adotado pelo Brasil.

3.5 Separação dos Poderes e Função Reguladora

A doutrina mais conservadora sugere que o exercício da função reguladora viola o princípio da separação dos poderes, pois o Executivo estaria usurpando função típica do Legislativo ao editar normativos infra-legais.

Citem-se as reiteradas decisões da Suprema Corte Norte Americana que declararam inconstitucionais mais de cinquenta textos legais de caráter intervencionista editados para solucionar grave crise econômica que assolava o país. Aquela Corte entendeu que tais textos estariam delegando funções reguladoras do Legislativo a entes do Poder Executivo, e, portanto estariam violando a separação dos poderes. (CARRERO, 2004, p. 278)

De fato, diante da concepção clássica da teoria em exame, proposta por Montesquieu, as decisões jurisprudenciais acima foram acertadas. No entanto, não há como se conceber tal ofensa diante do moderno direito público e das mitigações que sofreu a teoria ao longo do tempo.

A concepção clássica do princípio entende que não pode haver o exercício de uma atividade típica de um Poder pelo outro. Assim, estaria o Executivo, a partir de uma agência reguladora, malferindo a função legiferante do Legislativo?

A doutrina moderna indica a plena compatibilidade dos dois preceitos, principalmente se considerado o princípio da eficiência recentemente alçado a nível constitucional. É que não se deve mais interpretar o princípio da separação dos poderes de maneira hermética, sem considerar outros valores igualmente relevantes. Conforme aponta Diogo Moreira Neto, tudo dependerá da observância dos limites e independência com que cada Poder exerce uma função atípica. (2003, p. 153)

Com efeito, salienta o autor que

novas funções são continuamente definidas e acometidas ao Estado, independentemente das divisões e subdivisões orgânicas tradicionais, mas com a predominante preocupação da eficiência do seu desempenho, hoje, um princípio constitucional a ser observado. Tal é o caso de inúmeras modernas funções derivadas dos atualíssimos princípios da consensualidade, da participação e da subsidiariedade, dentre as quais se encontra a função reguladora de atividades sensíveis críticas setoriais, aqui em estudo. (2003, p. 153) (grifos no original)

Adicione-se ainda que a inegável mutação da sociedade traz a lume a necessidade de aperfeiçoamento das atividades e atribuições do Estado, o qual não pode se prender a valores antigos que não respondam aos anseios da ordem social e jurídica contemporânea.

Dessa forma, não há que se falar em qualquer antagonismo entre esta nova função reguladora e o princípio da separação dos poderes. Caso contrário, seria imperioso reconhecer-se que o exercício de outras funções igualmente relevantes por outros entes públicos também ofenderiam o princípio.

Resta confirmado, portanto, que os novos tempos não podem andar com os antigos dogmas do direito clássico, sob pena de negar a existência de institutos jurídicos indispensáveis à sustentação do regime. Deve haver uma mitigação daqueles que se tornem incompatíveis com a situação jurídica posta.

Logo, conclui-se que é plenamente adequada e compatível a edição de normativos infra-legais e a teoria da separação dos poderes.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se afirmar que essa nova atribuição administrativa é essencial para a busca da preservação do interesse público, seja na medida em que impõe regras aplicáveis ao mercado, seja porque (ainda que pareça contraditório) possibilita a entrada de investimento privado no setor público, auxiliando o Estado a cumprir seus deveres constitucionais.

Saliente-se também que a função reguladora é capaz de contribuir para sanar o problema da dicotomia **legalidade estática X sociedade dinâmica** tão

evidente nos dias atuais. Ciente de que deve haver uma constante renovação das normas diante das relações jurídicas que surgem, sem olvidar da necessária contemporaneidade daquelas, uma efetiva disciplina da matéria infra-legal passará pelo crivo da função reguladora da Administração. A morosidade torna a atividade legiferante ineficaz e desatualizada, incapaz de acompanhar as rápidas mudanças dos setores sociais. E, na lição de Konrad Hesse, separar a realidade da norma é um grande equívoco, pois isso causaria um esvaziamento de ambos: de nada valerá uma norma despida de realidade, bem como uma realidade sem qualquer elemento normativo (1991, p. 14).

Não se tenta afirmar que o trabalho das Casas Legislativas deve ser extinto ou substituído pela função reguladora. Jamais! É preciso ter em mente que num Estado de Direito, uma sociedade jamais se organizará por meio de normativos infra-legais tendo em vista o princípio da legalidade. De outro lado, algumas matérias não submetidas ao aludido princípio, chamadas *deslegalizadas*, demandam uma regulação mais rápida, atual e eficaz, sob pena de causar prejuízos à ordem social e ao interesse público como um todo.

Conclui-se que a tarefa da atividade reguladora é árdua, devendo satisfazer ao mesmo tempo, “gregos e troianos”, quer-se dizer, adequando-se ao ordenamento jurídico posto, bem como preservando os interesses do poder público, do particular-investidor e do usuário-consumidor. Mais que árdua, a função reguladora é uma forma de intervenção do Estado que visa impor normativos que protegem o interesse público.

5 REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **Resumo de Direito Econômico**. Niterói: Ímpetus, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2002.
- CARRERO, Leopoldo Ubiratan. Fundamento Constitucional da Atividade Normativa das Autarquias no Direito Brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (ORG). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2004.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição Econômica Brasileira. *In*: ANJOS FILHO, Robério Nunes (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2003.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

STF Informativos. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 01 jun. 2008.

REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

Chamada de Artigos, Resenhas e Ensaios para o Periódico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

Invitación a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista

Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional

Call for Articles, Reviews and Essays for the publication *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (Constitution, Economics and Development: Law Journal of the Brazilian Academy of Constitutional Law)

A Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, com periodicidade semestral, está recebendo artigos, resenhas e ensaios para a publicação do seu primeiro número, de acordo com as informações abaixo.

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável.

La Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* que tendrá periodicidad semestral, está recibiendo artículos, reseñas y ensayos para la publicación de su primer número de acuerdo con las informaciones que se mencionan más abajo.

Un cordial saludo,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsable.

The Law Journal *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, published every semester, is receiving articles, reviews and essays to be published in its first edition, according to the information below.

Cordially,

Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor

Português - Linha Editorial

O periódico científico *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publica artigos, resenhas e ensaios inéditos nos âmbitos da teoria e da dogmática jurídica, privilegiando a perspectiva transdisciplinar, assim como de outros saberes, sobre Constituição, Economia e Desenvolvimento.

A linha editorial incentiva a produção de estudos das relações jurídico-constitucionais com a prática e o pensamento econômicos a partir da perspectiva democrática e da efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, fomenta as discussões acadêmicas sobre o desenvolvimento econômico, jurídico, humano e social e uma leitura crítica da Escola *Law and Economics*.

Avaliação dos Artigos

Os artigos, resenhas e ensaios são analisados pelo Editor Responsável, primeiramente, para verificar a pertinência com a linha editorial da Revista. Posteriormente, é feito o *blind peer review*, ou seja, os trabalhos científicos são remetidos a dois professores-pesquisadores doutores, sem a identificação dos autores, para a devida avaliação de forma e de conteúdo. Após a análise dos pareceristas, o editor chefe informará aos autores o parecer negativo pela publicação ou requererá as alterações sugeridas pelos pareceristas. Neste caso, os autores deverão realizar as modificações propostas para prosseguir o processo de exame do trabalho e, a partir das alterações feitas, os pareceristas emitirão a opinião pela publicação ou não do texto.

Envio dos Trabalhos Científicos

Todos os artigos, resenhas e ensaios deverão ser enviados para o Editor Responsável da *Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Iilton Norberto Robl Filho, no endereço eletrônico ilton@abdconst.com.br, acompanhados 1) de uma autorização expressa para publicação, divulgação e comercialização por editora indicada pela ABDCONST e 2) de declaração de responsabilidade do autor sobre a autoria do texto e da submissão às regras e aos prazos editoriais, afirmando expressamente o caráter inédito do trabalho.

Principais Normas Editoriais de Formatação

Os trabalhos serão redigidos em português, espanhol ou inglês e digitados em processador de texto Word.

- Fonte para o corpo do texto: Times New Roman tamanho 13;
- Fonte para as notas de rodapé e citações longas de mais de 3 linhas: Times New Roman tamanho 11;
- Entrelinhamento para o corpo do texto: 1,5;
- Entrelinhamento para as notas de rodapé e citações longas: 1,0;
- Preferência ao uso da terceira pessoa do singular;
- Estilo utilizado nas palavras estrangeiras: itálico;
- Estilo utilizado para destacar palavras do próprio texto: negrito;
- Número de páginas: no mínimo 10 e no máximo 30 páginas, justificado e com páginas não numeradas, podendo a juízo do Editor Responsável ser publicado artigo com mais de 30 páginas.

Normas Editoriais de Estrutura do Texto

Os artigos, resenhas e ensaios deverão conter os elementos abaixo:

- Cabeçalho: título, subtítulo, nome do(s) autor(es) – o número máximo de autores é três;
- Título: deve ser claro e objetivo, podendo ser complementado por um subtítulo separado por dois pontos, em fonte maiúscula e minúscula, em negrito e centralizado;
- Nome do(s) autor(es): indicação por extenso depois do título, alinhado à esquerda;
Créditos: qualificação e endereço eletrônico do(s) autor(es), informados abaixo do nome;
- Resumo: síntese do conteúdo do artigo de 100 a 250 palavras, incluindo tabelas e gráficos, em voz ativa e na terceira pessoa do singular e localizado antes do texto (ABNT – NBR 6028); expressar na primeira frase do resumo o assunto tratado, situando no tempo e no espaço; dar preferência ao uso da terceira pessoa do singular; ressaltar os objetivos, métodos, resultados e as conclusões do trabalho;
- Resumo em outra língua: nos textos em português e espanhol, será apresentado um resumo em inglês. Nos trabalhos em inglês e espanhol, o Editor Responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução do resumo para o português;
- Palavras-chave: até 5 (cinco) palavras significativas que expressem o conteúdo do artigo, escritas em negrito, alinhamento à esquerda, separados por ponto e vírgula ou ponto;
- Palavras-chave em outra língua: nos textos em português e espanhol, serão apresentadas palavras-chave em inglês. Nos trabalhos em inglês e espanhol, o editor responsável providenciará, caso os autores não encaminhem, a tradução das palavras-chave para o português;
- Sumário: informação das seções que compõem o artigo, numeradas progressivamente em algarismo arábico;
- Texto do artigo: deverá apresentar como partes uma introdução, desenvolvimento e conclusão, antecedida pelo resumo, resumo em outra língua (português e espanhol), palavras-chave e palavras-chave em outra língua (português e espanhol);
- Citação, notas de rodapé e referências bibliográficas: deve-se seguir a ABNT – NBR 10520. As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas no final do texto;
- Anexo: material complementar ao texto, incluído ao final apenas quando indispensável;
- Tabelas ou gráficos: devem ser adotadas as “normas de apresentação tabular” publicadas pelo IBGE.

Conselho Editorial

Editor Responsável Ilton Norberto Robl Filho (Coordenador de Pesquisa e dos Grupos de Estudos Nacionais da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Unibrasil, Advogado Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR).

Membros do Conselho Editorial

Antonio Carlos Wolkmer (Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC),

António José Avelãs Nunes (Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor *Honoris Causa* da UFPR e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra),

Eroulths Cortiano Junior (Professor do Programa de Pós-Graduação e da Graduação em Direito da UFPR, Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR e Doutor em Direito pela UFPR),

Fábio Nusdeo (Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP e Doutor em Economia pela USP),

Marco Aurélio Marrafon (Vice-Presidente da ABDCConst, Professor do Mestrado e da Graduação em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR),

Marcos Augusto Maliska (Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR),

Mariana Mota Prado (Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto e Doutora em Direito pela Universidade de Yale) e

Ricardo Lobo Torres (Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Filosofia pela UGF).

Español - Línea Editorial

La publicación periódica científica *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* edita artículos, reseñas y ensayos inéditos en los ámbitos de la teoría y de la dogmática jurídica, privilegiándose la perspectiva transdisciplinar, así como de otros saberes relacionados con la Constitución, Economía y el Desarrollo.

La línea editorial incentiva la producción de estudios en torno de las relaciones jurídico-constitucionales con la práctica y el pensamiento económicos desde la perspectiva democrática y de la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, fomenta los debates académicos sobre el desarrollo económico, jurídico, humano y social y a una lectura crítica de la Escuela *Law and Economics*.

Evaluación de los Artículos

Los artículos, reseñas y ensayos son analizados primeramente por el Editor Responsable para verificarse la adecuación del trabajo a la línea editorial de la Revista. Posteriormente se realiza una evaluación *blind peer review* que consiste en la remisión de dichos trabajos científicos a dos profesores-investigadores doctores, sin que conste la identificación de los autores, para someterlos a la revisión de la forma y del contenido. Tras el análisis de los

evaluadores, el editor jefe les informará a los autores el parecer negativo para la publicación o les solicitará los cambios sugeridos por los evaluadores. En este caso, los autores habrán de realizar las rectificaciones pertinentes para que se pueda proseguir con el proceso de examen del trabajo y, a partir de las alteraciones hechas, los evaluadores emitirán una opinión para la publicación o no del texto.

Envío de los Trabajos Científicos

Todos los artículos, reseñas y ensayos deberán ser enviados al Editor Responsable de la *Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Ilton Norberto Robl Filho, por correo electrónico a la siguiente dirección ilton@abdconst.com.br, acompañados 1) de una autorización expresa para su publicación, divulgación y comercialización en la editora indicada por ABDCONST y 2) de una declaración de responsabilidad del autor sobre la autoría de la obra y su aceptación a las reglas y a los plazos editoriales, afirmándose expresamente el carácter inédito del trabajo.

Principales Normas Editoriales y su Formato

Los trabajos deberán estar redactados en portugués, español o inglés y digitalizados en procesador de texto Word.

- Fuente para el cuerpo del texto: Times New Roman tamaño 13;
- Fuente para las notas a pie de página y para las citas textuales, cuando sean superiores a 3 líneas: Times New Roman tamaño 11;
- Interlineado para el cuerpo del texto: 1,5;
- Interlineado para las notas a pie de página y citas textuales largas: 1,0;
- Se da preferencia al uso de la tercera persona del singular;
- Estilo de fuente para palabras extranjeras: cursiva;
- Estilo de fuente para destacar las palabras dentro del propio texto: negrita;
- Número de páginas: no inferior a 10 y no superior a 30 páginas, justificado y con páginas no enumeradas, el artículo cuya extensión supere las 30 páginas podrá ser publicado si el Editor Responsable lo juzga conveniente.

Normas Editoriales para la Estructura del Texto

- Los artículos, reseñas y ensayos deberán contener los siguientes elementos:
- Encabezado: título, subtítulo, nombre del autor o autores – el número de autores no deberá exceder de tres;
- Título: debe ser claro y objetivo y puede ser complementado por un subtítulo separado por dos puntos, en fuente mayúscula y minúscula, en negrita y centralizado;
- Nombre del autor o autores: completo después del título, alineado a la izquierda; Créditos: cualificación académica y dirección de correo electrónico del autor o autores que hayan sido informados debajo del nombre;
- Resumen: síntesis del contenido del artículo de entre 100 a 250 palabras, incluyendo tablas y gráficos, en voz activa y en tercera persona del singular y colocado antes do texto (ABNT – NBR 6028); se deberá expresar en la primera

frase del resumen el asunto de que se trata, situándolo en el tiempo y en el espacio; dársele preferencia al uso de la tercera persona del singular y resaltar los objetivos, métodos, resultados y las conclusiones del trabajo;

- Resumen en otro idioma: los textos redactados en portugués y en español, deberán presentarse acompañados de un resumen en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el Editor Responsable se encargará, en caso de que no lo hagan ellos, de providenciar la traducción del resumen en portugués;
- Palabras-clave: hasta 5 (cinco) palabras significativas que expresen el contenido del artículo, escritas en negrita, alineadas a la izquierda, separadas por punto y coma o punto;
- Palabras-clave en otro idioma: los textos en portugués y español, vendrán acompañados de las palabras-clave en inglés. Los autores cuyos trabajos hayan sido redactados en inglés y español, el editor responsable se encargará de providenciar, en caso de que no lo hagan, la correspondiente traducción de las palabras-clave en portugués;
- Sumario: la información de las secciones que componen el artículo, deberán ir numeradas en guarismo arábigo por orden de aparición en el texto;
- Texto del artículo: tendrá que presentar como partes: una introducción, el desarrollo y la conclusión, antecedida por el resumen, resumen en otro idioma (portugués y español), palabras-clave y palabras-clave en otro idioma (portugués y español);
- Citas, notas a pie de página y referencias bibliográficas: ABNT – NBR 10520. Las referencias bibliográficas completas se deberán colocar al final del texto;
- Anexo: material complementario al texto se incluirá al final apenas cuando sea indispensable;
- Tablas o gráficos: los datos deben adoptar las “normas de presentación tabular” publicadas por el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística).

Consejo Editorial

Editor Responsable Ilton Norberto Robl Filho. Coordinador de Investigación y de los Grupos de Estudio Nacionales en la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Coordinador Adjunto de la Licenciatura en Derecho de la *Unibrasil*, Abogado Miembro de la Comisión de Enseñanza Jurídica de la OAB/PR (Colegio de Abogados de Brasil/ Paraná) y Doctorando, con grado de Maestría y Licenciado en Derecho por la UFPR (*Universidade Federal do Paraná*).

Miembros del Consejo Editorial

Antonio Carlos Wolkmer .Coordinador y Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UFSC (*Universidade Federal de Santa Catarina*) y Doctor en Derecho por la UFSC.

António José Avelãs Nunes .Profesor Catedrático de la *Faculdade de Direito de Coimbra*, Doctor *Honoris Causa* por la UFPR y Doctor en Derecho por la *Faculdade de Direito de Coimbra*.

Eroulths Cortiano Junior. Profesor del Programa de Posgrado y de la Licenciatura en Derecho de la UFPR, Presidente de la Comisión de Enseñanza Jurídica en la OAB/PR y Doctor en Derecho por la UFPR.

Fábio Nusdeo. Profesor Titular de la *Faculdade de Direito do Largo São Francisco* – USP (*Universidade de São Paulo*) y Doctor en Economía por la USP.

Marco Aurélio Marrafon. Vicepresidente de la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor del Curso de Maestría y de la Licenciatura en Derecho de la Unibrasil y Doctor en Derecho por la UFPR.

Marcos Augusto Maliska. Profesor del Curso de Maestría en Derecho de la Unibrasil y Doctor en Derecho por la UFPR.

Mariana Mota Prado es Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de Yale.

Ricardo Lobo Torres. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) y Doctor en Filosofía por la UGF (*Universidade Gama Filho*).

English - Editorial line

The Law Journal *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* publishes unpublished articles, reviews and essays within the ambit of law theory and dogmatism, especially with the transdisciplinary perspective, as well as other knowledge areas, about Constitution, Economics and Development.

The editorial line encourages the production of studies on constitutional law relations with the economical practice and thinking, from the democratic perspective and the stating of fundamental rights. Yet, it motivates academic discussions on economic, law, human and social development and a critical reading of the Law and Economics School.

Evaluation of Articles

Articles, reviews and essays are firstly analyzed by the Chief Editor to verify if they are pertinent to the Law Journal editorial line. Then, they are sent for blind peer review – scientific works are sent to two PhD professors-researchers, with no author identification, to evaluate structure and content. After the professors' analysis, the chief editor will inform the authors of negative opinions or will require suggested changes. In this case, authors should do the suggested changes, and professors will give a second opinion for publishing the text or not.

Sending Scientific Works

Every article, review and essay should be sent to Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor of *Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* – to the email ilton@abdconst.com.br, along with 1) an express authorization for publishing, promotion and commercialization by a press indicated by ABDCONST, and 2) the author's declaration of responsibility about text authorship and submission to editorial rules and deadlines, expressing the unpublished nature of the work.

Main Editorial Rules for Formatting

Works shall be written in Portuguese, Spanish or English in a Microsoft Word document.

- Main text font: Times New Roman, size 13
- Font for footnotes and long quotations (more than 3 lines): Times New Roman, size 11
- Main text line spacing: 1.5
- Footnotes and long quotations line spacing: 1.0
- Preferably written in third person singular
- Foreign words style: italics
- Text highlighted words style: bold
- Number of pages: minimum of 10 and maximum of 30 pages, justified text with unnumbered pages; Chief Editor may publish articles with more than 30 pages.

Editorial Rules for Text Structure

Articles, reviews and essays should have the following parts:

- Heading: title, subtitle, name of the author(s) – maximum of three authors
- Title: It should be clear and objective, and it may be complemented by a subtitle separated by colon, in upper and lower case, in bold and center aligned
- Name of the author(s): indicated after the title, left aligned
- Credits: qualifications and authors' emails below the names
- Abstract: synopsis of the article contents from 100 to 250 words, including tables and graphics, in active voice and third person singular, before the text (ABNT – NBR 6028); it should express the subject in the first sentence of the abstract, determining time and space; preferably written in third person singular; it should highlight objectives, methods, results and conclusions of the work
- Abstract in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be an abstract in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the abstract translation to Portuguese – if authors do not send it
- Key-words: up to 5 (five) significant words that express the content of the article, written in bold, left aligned, separated by semicolon or dot
- Key-words in other language: for Portuguese and Spanish texts, there will be key-words in English. For works in English and Spanish, the Chief Editor will provide the key-words translation to Portuguese – if authors do not send it
- Summary: information about the article sections, progressively numbered in Arabic numerals
- Article text: it should present an introduction, main text and conclusion – after the abstract, abstract in other language (Portuguese and Spanish), key-words and key-words in other languages (Portuguese and Spanish)

- Quotations, footnotes and bibliographic references: ABNT – NBR 10520. Complete bibliographic references should be presented at the end of the text
- Appendix: material to complement the text, included at the end if necessary
- Tables or graphics: refer to "*normas de apresentação tabular*" (tabular presentation rules), published by IBGE.

Editorial Council

Chief Editor Ilton Norberto Robl Filho (Coordinator of Research and of the National Study Groups at the Brazilian Academy of Constitutional Law, Adjunct Coordinator of the Law Course at Unibrasil, Lawyer Member of the Law Education Commission at OAB/PR, PhD student, Master and Bachelor in Law from UFPR).

Editorial Council Members: Antonio Carlos Wolkmer (Coordinator and Professor of the Post-Graduation Program in Law at UFSC and PhD in Law from UFSC),

António José Avelãs Nunes (Full Professor at Coimbra Faculty of Law, PhD *Honoris Causa* from UFPR and PhD in Law from Coimbra Faculty of Law),

Eroulths Cortiano Junior (Professor of the Program of Post-Graduation and Graduation in Law at UFPR, President of the Law Education Commission at OAB/PR and PhD in Law from UFPR),

Fábio Nusdeo (Full Professor at Largo São Francisco Faculty of Law – USP and PhD in Economics from USP),

Marco Aurélio Marrafon (Vice-President of the Brazilian Academy of Constitutional Law, Professor of Master and Graduation courses in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR),

Marcos Augusto Maliska (Professor of the Master course in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR),

Mariana Mota Prado (Professor of Law at Toronto University and PhD in Law from Yale University) and Ricardo Lobo Torres (Full Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Philosophy from UGF).



Publicação Oficial da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST
Rua XV de Novembro, 964 – 2º andar
CEP: 80.060-000 – Curitiba – PR
Telefone: 41-3024.1167 / Fax: 41-3027.1167
E-mail: abdconst@abdconst.com.br
Editoração e Design Gráfico: Karla Knihs