

# CONSTITUIÇÃO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO

---

Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional



Volume 3 | Número 4 | Janeiro/Junho 2011

# **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. 3, n.4 (jan./jun. 2011) - Curitiba:  
2012 Publicação semestral  
ISSN 2177-8256  
1. Direito 2. Academia brasileira de Direito Constitucional.

### **Endereço para correspondência:**

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

Editor responsável:

Ilton Norberto Robl Filho

E-mail: [ilton@abdconst.com.br](mailto: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, Professor Substituto da UFPR, Advogado Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR, Vice-Presidente do Centro de Estudos Jurídicos da Pós-Graduação em Direito da UFPR e Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR.

## **Editor Assistente**

### **Rafael dos Santos Pinto**

Graduado em Direito pela UNESP, Mestrando pela UFPR.

## **Membros do Conselho Editorial**

### **Antonio Carlos Wolkmer**

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**

Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR

### **Marcos Augusto Maliska**

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

**Marcus Firmino Santiago**

Professor do Curso de Direito das Faculdades Espam/Projeção – Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho

**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

**Editoração**

**Karla Knih**

**Pareceristas deste número da Revista do ABDCnst**

**Abraão Soares Dias dos Santos  
Gracco**

**Alexandre Gustavo Melo Franco  
Bahia**

**Alexandre Morais da Rosa**

**Alvaro Borges de Oliveira**

**Angela Issa Haonat**

**Ângela Maria Cavalcanti  
Ramalho**

**Antonio Gomes Moreira Maués**

**Claudio Gonçalves Munhoz**

**Eduardo Biacchi Gomes**

**Eliana Franco Neme**

**Eloi Martins Senhoras**

**Emerson Gabardo**

**Eroulths Cortiano Júnior**

**Everton das Neves Gonçalves**

**Fabianne Manhães Maciel**

**Fabício Ricardo de Limas  
Tomio**

**Jacqueline de Souza Gomes**

**Janaína Machado Sturza**

**Jean Carlos Dias**

**José Carlos Buzanello**

**José Renato Martins**

**Julio Pinheiro Faro**

**Jussara Maria Leal de Meirelles**

**Lucas Abreu Barroso**

**Lucas Catib De Laurentiis**

**Luciene Dal Ri**

**Maraluce Maria Custodio**

**Marcelo Lamy**

**Marco Aurélio Marrafon**

**Marcos Augusto Maliska**

**Marcos Catalan**

**Marcus Firmino Santiago**

**Mário Ferreira Neto**

**Martinho Martins Botelho**

**Micheli Pereira**

**Monica Bonetti Couto**

**Mônica Helena Harrich Silva  
Goulart**

**Ricardo Aronne**

**Sandra Sereide Ferreira da Silva**

**Túlio Lima Vianna**

**Valéria Silva Galdino Cardin**

**Vladmir Oliveira da Silveira**

# EDITORIAL

São tempos interessantes para repensar a economia e desenvolvimento nacionais.

A crise econômica mundial afetou os países centrais, mas interferiu pouco no desenvolvimento dos BRICs, impulsionando as perspectivas do Brasil para o futuro. Aliado a isto, nos últimos anos nosso país colheu os frutos de uma longa política de redistribuição de renda e expansão do crédito de consumo, aumentando sensivelmente a classe média e diminuindo muito das desigualdades sociais.

Não obstante as laudas internacionais e o ufanismo interno, um observador atento não encontraria muito de diferente. Ainda somos um país marcado por desigualdades sociais e regionais. Nossa infraestrutura e serviços públicos ainda são insuficientes e burocráticos. Não houveram marcos legais a salientar uma mudança substancial em nosso processo de desenvolvimento.

Agora, com a desaceleração do crescimento do PIB e um déficit sensível em várias áreas esfriam-se as esperanças e novamente somos devolvidos ao ponto inicial. Qual modelo de desenvolvimento iremos escolher para o futuro? Quais reformas são necessárias para a administração pública? Como nos inseriremos na nova ordem mundial?

Este volume de nossa revista traz interessantes estudos, profundamente ciosos destes tempos de mudanças. Primeiramente, temos o trabalho de Morris Lehner, analisando o impacto da neutralidade na crise financeira global. Igualmente destacável é a ponderação contra o neoconstitucionalismo de Lenio Streck. Ambos são trabalhos que questionam fenômenos dados como constantes na atualidade, mas absolutamente passíveis de críticas e análises.

Outros trabalhos de igual destaque versam sobre a crise Europeia e a constelação pós-nacional de Habermas; ponderam sobre a inefetividade constitucional; fornecem visão da soberania baseada nas decisões internacionais; focam o protagonismo do Estado na desregulação econômica; estudam sobre economia, moral e Direitos Fundamentais; versam sobre as quotas de afrodescendentes; propõem uma análise do *recall* constitucional pelos critérios haberleanos; e por fim efetivam trabalho propositivo para socialização de obras.

A Economia, Desenvolvimento e Constituição: Revista Eletrônica do ABDConst retoma seu projeto editorial repensando o papel da Constituição no contexto do desenvolvimento nacional e mundial. Doravante esperamos explorar a renovada expectativa e protagonismo do STF na decisão dos rumos do país, bem como as novas direções do desenvolvimento pautado nos princípios da Constituição.

Realmente são tempos interessantes para o estudo do desenvolvimento e economia.

**Ilton Norberto Robl Filho**

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

**Rafael dos Santos Pinto**

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

# SUMÁRIO

## CONTRA O NEOCONSTITUCIONALISMO

AGAINST NEOCONSTITUTIONALISM

*Lenio Luiz Streck..... Erro! Indicador não definido.*

## SOCIALIZAÇÃO DE OBRAS: UMA SÁIDA PARA O CONFLITO ENTRE DIREITOS AUTORAIS E DIRETO À INFORMAÇÃO E CULTURA

SOCIALIZATION OF ARTISTIC WORKS: AN ALTERNATIVE TO THE CONFLICT OF THE RIGHT TO INFORMATION AND CULTURE

*Laura Costa Miranda / Jordanny Barbosa Silva / Milena Barbosa de Melo . Erro! Indicador não definido.*

## A CONSTELAÇÃO PÓS-NACIONAL DE HABERMAS E A ATUAL CRISE EUROPEIA

HABERMAS'S POST-NATIONAL CONSTELATION AND THE CURRENT EUROPEAN CRISIS

*Hamanda Rafaela Leite Ferreira ..... Erro! Indicador não definido.*

## O SEGUNDO MOVIMENTO LAW AND ECONOMICS, A EFICIÊNCIA E O CONSENSO DO MODELO NEOCLÁSSICO ORDENALISTA SUBJETIVISTA A PARTIR DE RICHARD POSNER: RUPTURA OU (RE)APROXIMAÇÃO AO (ESTADO DE) DIREITO CONTEMPORÂNEO

THE SECOND MOVEMENT OF LAW AND ECONOMICS, EFFICIENCY AND CONSENSUS OF THE ORIENTING NEOCLASSICAL SUBJECTIVE MODEL OF RICHARD POSNER: RUPTURE OR (RE)APPROXIMATION TO CONTEMPORARY RULE OF LAW STATE

*Alfredo Copetti Neto / José Luis Bolzan de Moraes ..... Erro! Indicador não definido.*

## DO LIBERALISMO AO INTERVENCIONISMO: O ESTADO COMO PROTAGONISTA DA (DES)REGULAÇÃO ECONÔMICA

FROM LIBERALISM TO INTERVENTIONISM: THE STATE AS PROTAGONIST OF ECONOMIC (DE)REGULATION

*Ana Righi Cenci / Gabriel de Lima Bedin / Ricardo Santi Fischer Erro! Indicador não definido.*

## A PROBLEMÁTICA DA INEFETIVIDADE CONSTITUCIONAL NO BRASIL: O ESTADO PATRIMONIALISTA E O ATIVISMO JUDICIAL

THE PROBLEM OF CONSTITUTIONAL INEFFECTIVENESS IN BRAZIL: THE PATRIMONILIST STATE AND JUDICIAL ACTIVISM

*Clarissa Tassinari / Danilo Pereira Lima ..... Erro! Indicador não definido.*

## DECISÕES INTERNACIONAIS COMO FUNDAMENTO PARA RELEITURA DA IDEIA DE SOBERANIA: O CASO DA GUERRILHA DO ARAGUAIA

INTERNATIONAL DECISIONS AS MOTIVE FOR A NEW READING OF THE IDEA OF SOVEREIGNTY: THE CASE OF THE ARAGUAIA GUERRILLA

*Eliana Franco Neme* ..... **Erro! Indicador não definido.**4

**O RECALL E OS CONCEITOS HÄBERLIANOS DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO**

RECALL AND THE HÄBERLIAN CONCEPTS OF CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AND CONSTITUTIONAL INTERPRETS

*Andressa Fracaro Cavalheiro* ..... **Erro! Indicador não definido.**

**ECONOMIA, MORAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALGUMAS APROXIMAÇÕES REALOCATIVAS**

ECONOMY, MORALS AND FUNDAMENTAL RIGHTS: SOME REALLOCATION APROXIMATIONS

*Rogério Telles Correia das Neves* ..... **Erro! Indicador não definido.**

**O IMPACTO DA NEUTRALIDADE FISCAL NA CRISE FINANCEIRA GLOBAL**

THE IMPACT OF FISCAL NEUTRALITY IN THE GLOBAL FINANCIAL CRISIS

*Prof. Dr. Moris Lehner* ..... 190

**REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS** Erro! Indicador não definido.7



# CONTRA O NEOCONSTITUCIONALISMO<sup>1/2</sup>

## AGAINST NEOCONSTITUTIONALISM

Lenio Luiz Streck<sup>3</sup>

### Resumo

Em tempos pós-positivistas – ou de fortes críticas aos diversos positivismos –, é absolutamente relevante discutirmos as condições de possibilidade que a teoria do direito possui para construir respostas aos grandes dilemas surgidos com o advento do, assim denominado, neoconstitucionalismo.

**Palavras-Chave:** Constituição. Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo.

### Abstract

In the post-positivist – or several strong criticisms of positivism – is absolutely relevant discuss the conditions of possibility that legal theory has to construct answers to the great dilemmas that have arisen with the advent of so called, neoconstitutionalism.

**Keywords:** Constitution. Neoconstitutionalism. Post-positivism.

## 1 O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO MERA TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DO PALEOJUSPOSITIVISMO

Em tempos pós-positivistas – ou de fortes críticas aos diversos positivismos –, é absolutamente relevante discutirmos as condições de possibilidade que a teoria do direito possui para construir respostas aos grandes dilemas surgidos com o advento do, assim denominado, neoconstitucionalismo.

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 03/05/2012. Pareceres emitidos em: 26/08/2012 e 29/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Este texto está inserido no âmbito das pesquisas realizadas pelo grupo *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, vinculado à UNISINOS. Há vários outros artigos que enfrentam a mesma temática, que inicia a ser problematizada a partir da quarta edição (2011) do *Verdade e Consenso*, em suas primeiras trinta páginas, quando substituo o termo neoconstitucionalismo por Constitucionalismo Contemporâneo.

<sup>3</sup> Doutor em Direito (UFSC); Pós-doutor em Direito (Universidade de Lisboa); Procurador de Justiça-RS; Professor da UNISINOS-RS e UNESA-RJ; Professor Visitante das Universidades Javeriana (CO), Roma TRE (IT) e FDUC (PT); Membro Catedrático da ABDCONST – Academia Brasileira de Direito Constitucional; Presidente de Honra do IHJ – Instituto de Hermenêutica Jurídica. E-mail: <lenio@unisinós.br>.



É nesse sentido que, já de pronto, é preciso ter presente que o termo *neoconstitucionalismo* incorpora em si uma plêiade de autores e posturas teóricas que nem sempre podem ser aglutinadas em um mesmo sentido. A ciência política norte-americana, por exemplo, chama de *new constitutionalism* os processos de redemocratização que tiveram lugar em vários países da chamada modernidade periférica nas últimas décadas. Entre esses países é possível citar o Brasil, a Argentina, a Colômbia, o Equador, a Bolívia, os países do leste europeu, a África do Sul, entre outros.<sup>4</sup> Já no caso da teoria do direito, é possível elencar uma série de autores, espanhóis e italianos principalmente, que procuram enquadrar a produção intelectual sobre o direito a partir do segundo pós-guerra como *neoconstitucionalismo*, para se referir a um modelo de direito que já não professa mais as mesmas perspectivas sobre a fundamentação do direito, sobre sua interpretação e sua aplicação, no modo como eram pensadas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então. Assim, jusfilósofos como Ronald Dworkin e Robert Alexy (entre outros) representariam, na sua melhor luz, a grande viragem teórica operada pelo *neoconstitucionalismo*.

Por vezes, o contexto geral de meus textos e livros se aproximava dessa leitura sobre os movimentos que marcaram o direito no segundo pós-guerra, porém, sempre marcada por uma profunda diferença: o modo como se pensava e se procurava dar soluções para o problema da interpretação do direito. No meu caso, minha filiação às filosofias que redescobriram a hermenêutica ainda na primeira metade do século XX (no caso, a filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e, posteriormente, a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer) sempre me colocou à margem de algumas das principais conclusões apuradas pela grande maioria dos teóricos do *neoconstitucionalismo*.

Na verdade, nunca consegui concordar com o modo de encarar a relação entre direito e moral ou o problema da interpretação e da aplicação do direito nos termos propostos pelo(s) *neoconstitucionalismo(s)*. Assim, se, em um primeiro momento, houve uma aproximação entre a minha proposta teórica e o

---

<sup>4</sup> Por todos, conferir: Hirschl (2009, p. 139-175). Ainda sobre o modo como a ciência política norte-americana trata da caracterização de um novo constitucionalismo, ver o texto de Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995), que refere as condições políticas que caracterizam este fenômeno, dentre as quais está a transformação no modo de compreender a democracia.



*neconstitucionalismo*, isso se deu muito mais por uma questão *nominal* do que propriamente *real*.

Deixando mais claro isso: em nenhum momento me filiei aos postulados teóricos provenientes da teoria da argumentação, que veem uma relação de complementariedade entre o direito e a moral. Tampouco fui partidário da fórmula/regra da ponderação como modelo privilegiado de realização do direito através dos princípios. Na verdade, em minhas pesquisas, sempre desenvolvi uma atividade crítica em relação a ambos os fatores.

Também nunca pude concordar com aquelas propostas *neoconstitucionalistas* que procuravam desenvolver uma versão mais analítica do fenômeno jurídico, uma vez que minha filiação à hermenêutica me atirava inexoravelmente no chão da história e da necessidade de dar conta da tradição sobre a qual repousa o fenômeno jurídico (algo que passa ao largo das preocupações de uma teoria de matriz analítica). Assim, no contexto do que pode ser entendido por *neoconstitucionalismo*, minhas ideias sempre representaram muito mais uma atitude de crítica do que de associação ou defesa de seus postulados.

Nesse sentido, torna-se necessário afirmar que a adoção do *nomen juris* “neoconstitucionalismo” certamente é motivo de ambiguidades teóricas e até de mal-entendidos. Reconheço, porém, que, em um primeiro momento, foi de importância estratégica a importação do termo e de algumas das propostas trabalhadas pelos autores da Europa Ibérica. Isto porque o Brasil ingressou tardiamente nesse “novo mundo constitucional”, fator que, aliás, é similar à realidade europeia, que, antes da segunda metade do século XX, não conhecia o conceito de constituição normativa já consideravelmente decantada no ambiente constitucional estadunidense.<sup>5</sup> Portanto, falar de *neoconstitucionalismo* implicava ir além de um constitucionalismo de feições

---

<sup>5</sup> De fato, após a derrota do absolutismo os revolucionários europeus transferiram a supremacia política ao Parlamento, depositando toda a confiança na manifestação da *volonté générale*. Por outro lado, diferentemente desta experiência constitucional, nos Estados Unidos foram criados mecanismos de limitação do poder político para controlar não apenas a atuação do Poder Executivo, mas também a atuação do Poder Legislativo. Assim, enquanto o Estado de Direito formado na Europa continental estava baseado na supremacia dos Códigos, o Estado de Direito estadunidense teve suas raízes na doutrina da supremacia constitucional, fundamentada nas formulações teóricas do juiz inglês Edward Coke. Para uma análise mais percuciente destas peculiaridades presentes na formação do constitucionalismo moderno, ver: Fioravanti (2003).



liberais – que, no Brasil, sempre foi um simulacro em anos intercalados por regimes autoritários – em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em *terrae brasilis*.<sup>6</sup>

Destarte, passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse *neoconstitucionalismo* acabaram por provocar condições patológicas, que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Observe-se que, escandalosamente, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais quais: *neoprocessualismo (sic)* e *neopositivismo (sic)*. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual).

Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do *paleo-juspositivismo* (como bem lembra Luigi Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, da jurisprudência dos valores.

Portanto, é possível dizer que, nos termos em que o *neoconstitucionalismo* vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa

---

<sup>6</sup> Certamente, a história do constitucionalismo brasileiro não ficou marcada pela sobreposição do direito ao poder arbitrário, mas sim pela constante instrumentalização das Constituições conforme os interesses dos *donos do poder*, que, a partir de uma estrutura patrimonialista e estamental de dominação política, passaram a incorporar, de maneira completamente incoerente, diversos mecanismos de limitação do poder político formulados pelo constitucionalismo moderno. Nesse sentido, a importação do Poder Moderador pelo imperador D. Pedro I, a formação do controle difuso no início da República Velha e o surgimento do controle concentrado durante a ditadura militar, demonstram as incoerências desse constitucionalismo a moda brasileira, capaz de incorporar mecanismos de contenção do poder arbitrário em contextos claramente autoritários. Para uma melhor compreensão destas questões, ver: Faoro (2001).



um movimento teórico para lidar com um direito “novo” (poder-se-ia dizer, um direito “pós-Auschwitz” ou “pós-bélico”, como quer Mário Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na *loteria do protagonismo judicial* (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência).<sup>7</sup>

Assim, reconheço, já na introdução da nova edição de *Verdade e Consenso* (2011), que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão “neoconstitucionalismo” para mencionar aquilo que essa obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição.

Em suma: meu lugar da fala é aquilo que chamo de Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas), para me referir ao movimento que desaguou nas constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, evitando os mal-entendidos que permeiam o termo *neoconstitucionalismo*.

## 2 DE COMO A RAIZ DO PROBLEMA ESTÁ NA CONFUSÃO ACERCA DO CONCEITO DE “PÓS-POSITIVISMO”

Com efeito, a partir de campos diferentes do conhecimento, é possível, já de pronto, separar o velho e o novo no direito. Em outras palavras, se não há segurança para apontar as características de uma teoria efetivamente pós-positivista e neoconstitucional, há, entretanto, condições para que se possa dizer “o que não é” e “o que não serve” para a contemporânea teoria do direito, mormente em países com sistemas e ordenamentos jurídicos complexos.

---

<sup>7</sup> Uma observação: o que se tem visto no plano das práticas jurídicas nem de longe chega a poder ser caracterizada como “filosofia da consciência”; trata-se de uma vulgata disso. Em meus textos, tenho falado que o solipsismo judicial, o protagonismo e a prática de discricionariedades se enquadram paradigmaticamente no “paradigma epistemológico da filosofia da consciência”. Advirto, porém, que é evidente que o *modus decidendi* não guarda estrita relação com o “sujeito da modernidade” ou até mesmo com o “solipsismo kantiano”. Estes são muito mais complexos. Aponto essas “aproximações” para, exatamente, poder fazer uma *anamnese* dos discursos, até porque não há discurso que esteja “em paradigma nenhum”, por mais sincrético que seja.



Mas, o que a hermenêutica – na leitura que proponho a partir de *Verdade e Consenso* (2011) e *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* (2011), imbricando Gadamer e Dworkin – pode contribuir para a compreensão desse novo constitucionalismo? Quais os pontos de encontro entre as análises hermenêuticas e aquelas advindas do terreno da(s) teoria(s) da argumentação? Ou, do mesmo modo, qual é a ligação entre a hermenêutica e as teorias discursivas compreendidas *lato sensu*?

Diferenças à parte – e sobre essas falaremos mais adiante –, uma coisa é certa: sob o novo paradigma neoconstitucional, o *mundo prático* passou a importar os juristas. O direito já não seria mais o mesmo. O direito já não poderia mais ser epitetado e/ou acusado de ser uma “mera racionalidade instrumental” ou um instrumento destinado à proteção dos interesses das classes dominantes, resultado das duas fases do legalismo, do nascedouro da modernidade ao direito contemporâneo. As questões morais, políticas e econômicas – rejeitadas pelo positivismo jurídico – passaram a fazer parte da preocupação da comunidade jurídica.

Lembremos que, historicamente, as teorias positivistas do direito recusaram-se a fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito (escolhas, justificações etc.). Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma *razão teórica pura*: o direito, a partir de então, deveria ser visto como um objeto que seria analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida. E esse “objeto” seria produto do próprio sujeito do conhecimento. Daí o papel do sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*).

Na verdade – e Castanheira Neves explica muito bem esse fenômeno –, é dessa maneira que se distinguia no pensamento jurídico uma perspectiva “teórica” (“científica”) e uma perspectiva “prática” – a “teoria” e a “prática” – e se instituía o que se poderá designar por *dualismo normativista* – ser do direito nas normas (as normas do sistema jurídico) e interpretação e conhecimento dele através destas, primeiro, e a sua aplicação, depois: dualismo de entidades, de momentos, de atos. O que exatamente significava, por um lado, que o pensamento jurídico entendia o direito como uma entidade racional auto-subsistente ou segundo um platonismo de normas que o pensava normativo-dogmaticamente autônomo e objetivado no seu sistema de normas (“o direito que é”) – ou seja, como um sistema autônomo perante



a realidade histórico-social da sua prática realização, ou sem que, quer as exigências normativas-práticas provindas dessa realidade, quer a problemática também normativamente específica dessa sua concreta realização nessa realidade se reconhecessem com qualquer influência codeterminante da sua sistemático-dogmática normatividade (Cf. CASTANHEIRA NEVES, 2008, p. 389).

Isto significa dizer que, para o positivismo jurídico, pouco importava colocar em discussão – no campo d(e um)a teoria do direito – questões relativas à *legitimidade* da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal (Legislativo, Executivo ou Judicial). No fundo, operou-se uma cisão entre validade e legitimidade, sendo que as questões de validade seriam resolvidas através de uma análise lógico-semântica dos enunciados jurídicos,<sup>8</sup> ao passo que os problemas de legitimidade – que incluem uma problemática moral – deveriam ficar sob os cuidados de uma teoria política que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de ideias presente num contexto democrático, o que levava, inexoravelmente, a um relativismo filosófico (essa problemática se gravou em países com grandes períodos de ausência de democracia, como o Brasil).

Por certo, a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguro para produção do conhecimento científico no direito. Isso levou – de acordo com a atmosfera intelectual da época (problemática que, entretanto, ainda não está superada) – a uma aposta em uma racionalidade teórica asfixiante que isolava/insulava todo contexto prático de onde as questões jurídicas realmente haviam emergido. Melhor dizendo, essa racionalidade teórica possibilitou – e continua a possibilitar – a “entender” o direito em sua “autônoma objetividade”.

Repetindo o que já foi dito anteriormente: os fatos sociais, os conflitos, enfim, a faticidade, não faziam parte das “preocupações” da teoria do direito. Portanto, ironicamente, a pretensão estabilizadora e cientificizante do positivismo jurídico acabou por criar uma babel resultante da separação produzida entre

---

<sup>8</sup> Veja-se a umbilical relação/ligação entre o positivismo normativista e as teorias analíticas da linguagem.



questões teóricas e questões práticas, entre validade e legitimidade, entre teoria do direito e teoria política.

Essa questão tem em Kelsen o seu corifeu. Mas Kelsen era um pessimista moral, uma espécie de cético que apostava em uma moral *relativista*. Para Kelsen, o problema da vinculação do direito à moral se apresenta problemático porque não há como sustentar uma moral absoluta – válida e vigente em todos os lugares e em todos os tempos – que possa servir como parâmetro para determinação dos conteúdos das normas jurídicas. Sua argumentação procura demonstrar como há vários sistemas morais que variam de acordo com a época e o lugar de onde se originam: “o que é mais importante, porém – o que tem de ser sempre acentuado e nunca o será suficientemente – é a ideia de que não há uma única Moral, ‘a’ Moral, mas vários sistemas de Moral profundamente diferentes entre os outros e muitas vezes antagônicos”. (Cf. KELSEN, 1991, p. 74)

No fundo, Kelsen estava convicto de que não era possível fazer ciência sobre uma casuística razão prática. Com efeito, não é sem razão que a interpretação judicial é tratada como um apêndice em sua Teoria Pura do Direito e apenas apresenta interesse para auxiliar a diferenciação entre a interpretação que o cientista do direito realiza e aquela que os órgãos jurídicos proferem em suas decisões. Visível a importância secundária dada à aplicação do direito pelos juízes. É nesse nível que faz morada a discricionariedade positivista. Este é, aliás, um dos temas sob os quais a hermenêutica discordará das teorias procedurais-argumentativas.

### 3 ALGUNS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO FENÔMENO

Vale a pena insistir nos pontos de convergência das teorias críticas e/ou pós-positivistas: diante dos fracassos do positivismo tradicional (“exclusivo”, como bem retrata Écio Oto na obra *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico* (2012)), a partir da busca da construção de uma autônoma razão teórica, as diversas posturas críticas buscaram, sob os mais diversos âmbitos, (re)introduzir os “valores” no direito. Assim, por exemplo, diante de uma demanda por uma tutela que esteja



relacionada com a vida, com a dignidade da pessoa, enfim, com a proteção dos direitos fundamentais, o que fazer? Qual é a tarefa do jurista?

Definitivamente, o novo constitucionalismo – seja qual for o seu (mais adequado) sentido – não trouxe a indiferença. Na verdade, houve uma *pré-ocupação* de ordem ético-filosófica: a de que o direito deve se ocupar com a construção de uma sociedade justa e solidária. Em outras palavras, o desafio “neoconstitucional” (*lato sensu*) tem sido o seguinte: como fazer com que o direito não fique indiferente às injustiças sociais? Como fazer com que a perspectiva moral de uma sociedade que aposte no direito como o lugar da institucionalização do ideal da vida boa não venha pretender, em um segundo, “corrigir” a sua própria condição de possibilidade, que é o direito que sustenta o Estado Democrático?

Vejamos isso. O “neoconstitucionalismo” deveria ser sinônimo de “novo paradigma”. Isto porque o direito – do paradigma exurgido no segundo pós-guerra – deixa de ser meramente regulador para assumir uma feição de transformação das relações sociais, circunstância que pode ser facilmente constatada a partir do exame dos textos constitucionais surgidos a partir do segundo pós-guerra.

Com a desconfiança em relação ao legislativo (e às mutações produzidas pelas maiorias incontroláveis), passou-se a apostar em uma matriz de sentido dotada de garantias contra essas maiorias eventuais (ou não). Fazer democracia a partir do e pelo direito parece que passou a ser o lema dos Estados Democráticos. Isso implicou – e continua a implicar – mudanças de compreensão: como olhar o novo com os olhos do novo, sem correr o risco de transformar o novo no velho? Esse passou a ser o grande desafio da teoria do direito.

Pois bem. Quais seriam os elementos caracterizadores desse fenômeno (que uma das vertentes denominou de “neoconstitucionalismo”)? Seria uma espécie de positivismo sofisticado? O “neoconstitucionalismo” teria características de continuidade e não de ruptura?

Não há suficiente clareza nas diversas teses acerca do significado do “neoconstitucionalismo”.<sup>9</sup> Mas isso não constitui um problema. Ao contrário,

<sup>9</sup> Aqui vale lembrar, como destaquei inicialmente, que essa heterogeneidade que permeia o chamado *neoconstitucionalismo* acaba por gerar sérios problemas com relação ao uso (e o abuso,



possibilita a abertura para a reflexão. Alguns importantes juristas<sup>10</sup> procuram – seguindo uma antiga classificação de Norberto Bobbio para o positivismo – classificá-lo em neoconstitucionalismo ideológico, teórico ou metodológico. Penso, entretanto, que, exatamente pela perspectiva ruptural que assume e porque a questão é paradigmática, essa classificação não assume relevância, pelo menos para os limites de minhas reflexões.

Com efeito – mesmo que se admita essa tricotomia –, a um só tempo, o neoconstitucionalismo seria ideológico, porque alça a Constituição a “elo conteudístico” que liga a política e o direito (aqui se poderia falar no aspecto compromissório e dirigente da Constituição, que é, assim, mais do que norma com força cogente: representa uma justificação político-ideológica); seria teórico, porque estabelece as condições de possibilidade da leitura (descrição) do modelo de constitucionalismo e dos mecanismos para superação do positivismo (papel dos princípios como resgate do mundo prático expungido do direito pelo positivismo, problemática que deve ser resolvida a partir dessa teoria do direito e do Estado); e seria também metodológico, porque ultrapassa a distinção positivista entre descrever e prescrever o direito, sendo que, para tal, reconecta direito e moral (que ocorre sob vários modos, a partir de teses como a cooriginariedade entre direito e moral ou o papel corretivo que a moral assumiria neste novo modelo de direito).

O *neoconstitucionalismo* efetivamente vem gerando controvérsias. Em um primeiro momento, Ferrajoli pensava que o neoconstitucionalismo poderia ser uma “continuação natural do positivismo, um modo de ‘completar’ o paradigma positivista no novo contexto do Estado constitucional” ou que o positivismo viria a ser reforçado pelo neoconstitucionalismo. (Cf. FERRAJOLI, 2002) Entretanto, recentemente, o

---

em alguns casos) dessa nomenclatura. Por essa razão, e na tentativa de tornar ainda mais clara a minha posição teórica, optei por chamar de *Constitucionalismo Contemporâneo* o meu lugar de fala. Portanto, quando falo aqui de *neoconstitucionalismo* refiro-me às posições teóricas que, de alguma forma, estão escoradas no constitucionalismo do segundo pós-guerra; propõem uma atitude crítica perante o positivismo, mas que, ao fim e ao cabo, acabam por professar teses similares ao positivismo normativista. Ou seja, representam, quando muito, uma superação do positivismo exegético-conceitual-primitivo, mas não efetuam um salto qualitativo com relação à revisão do positivismo efetuada pelos teóricos normativistas. Não é o caso, evidentemente, de Écio Oto, Susanna Pozzolo e Prieto Sanchís. Refiro-me aqui, principalmente, ao *ab-uso* do termo no Brasil, onde o neoconstitucionalismo tem servido para incentivar, nos diversos ramos do direito, protagonismos judiciais.

<sup>10</sup> Essa classificação é feita por Comanducci (2003).



mestre fiorentino alterou sua posição: não considera mais sua perspectiva teórica como sendo parte desse fenômeno *neoconstitucional*. Entende que as posturas teóricas *neoconstitucionalistas* acabam simplesmente por reprimatizar teses jusnaturalistas que reivindicam uma espécie perniciosa de conexão entre o direito e a moral.

Daí que, para ele, a questão precisa ser olhada através de outra lente. As posturas derivadas do *neoconstitucionalismo* representam um tipo *principlista de constitucionalismo*; ao passo que, no que tange à proposta teórica de Ferrajoli, ficaria melhor colocado o termo *constitucionalismo garantista*, cuja a principal característica reside no fato de se operar um aperfeiçoamento do positivismo jurídico a partir da função normativa atribuída aos direitos fundamentais<sup>11</sup>.

Essa questão me aproxima de Ferrajoli em um ponto: não é mais possível continuar nomeando, tal qual sucedeu com o mestre italiano, minha postura teórica de *neoconstitucionalista*.<sup>12</sup> Daí minha proposta em se falar de Constitucionalismo Contemporâneo, como faço em *Verdade e Consenso*.

De todo modo, vale lembrar que o neoconstitucionalismo tem sido teorizado sob os mais diferentes enfoques. Écio Oto, de forma percuciente, faz uma descrição das principais propriedades/características desse fenômeno.<sup>13</sup> Ele fala em onze características. Essa “planta” do neoconstitucionalismo possui a assinatura de autores do porte do próprio Écio Oto, Susanna Pozzolo, Prieto Sanchís, Sastre

<sup>11</sup> Este é o posicionamento de Luigi Ferrajoli expresso em recente obra publicada no Brasil: *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo* (2012), por mim organizada, juntamente com Ferrajoli e André Karam Trindade. Este livro, que propõe a abertura de um espaço para diálogo entre juristas brasileiros e o professor italiano, é composto por quatro momentos: o primeiro, o estabelecimento, por Luigi Ferrajoli, de suas premissas teóricas, no texto “Constitucionalismo principlista e constitucionalismo garantista” (que motivou o debate); o segundo, que consiste na apresentação dos artigos dos autores brasileiros, na forma de réplica ao texto apresentado pelo jurista italiano; o terceiro, como uma resposta de Ferrajoli a cada um dos artigos que constituem o livro, consistindo em uma tréplica; e, por fim, a apresentação de um balanço final pelos organizadores.

<sup>12</sup> Ver, nesse sentido, meu texto “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”, no livro *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo*, (2012).

<sup>13</sup> Ver, para tanto, Oto; Pozzolo (2012, p. 55 e ss.). Nessa obra conjunta, Écio Oto, na primeira parte, elenca onze características que vem sendo atribuídas ao neoconstitucionalismo. Todas elas são analisadas por mim no Posfácio da referida obra (p. 171 e segs).



Ariza, Paolo Comanducci, Ricardo Guastini, com variações próprias decorrentes das matrizes teóricas que cada um segue<sup>14</sup>.

#### 4 O NEOCONSTITUCIONALISMO NÃO É “PÓS-POSITIVISTA”

O pós-positivismo deveria ser a principal característica do neoconstitucionalismo. Mas não é. Ou seja, o *neoconstitucionalismo* somente teria sentido enquanto “paradigma do direito” se fosse compreendido como superador do positivismo ou dos diversos positivismos. Pós-positivismo não é uma continuidade do positivismo, assim como o neoconstitucionalismo não deveria ser uma continuidade do constitucionalismo liberal. Há uma efetiva descontinuidade de cunho paradigmático nessa fenomenologia, no interior da qual os elementos caracterizadores do positivismo são ultrapassados por uma nova concepção de direito.

Penso que o ponto fundamental é que o positivismo nunca se preocupou em responder ao problema central do direito, por considerar a discricionariedade judicial como uma fatalidade. A razão prática – que o positivismo chama de discricionariedade – não poderia ser controlada pelos mecanismos teóricos da ciência do direito. A solução, portanto, era simples: deixemos de lado a razão prática (discricionariedade) e façamos apenas epistemologia (ou, quando esta não dá conta, deixe-se ao alvedrio do juiz – eis o ovo da serpente gestado desde a modernidade).

---

<sup>14</sup> Além da presente obra de Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo, há importantes discussões acerca da caracterização do neoconstitucionalismo brasileiro. Vejam-se as contundentes críticas que Dimitri Dimoulis faz às três características defendidas por Luis Roberto Barroso (reconhecimento da força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e nova interpretação constitucional). Para Dimitri, o elemento peculiar – para ele, o único – do que se vem denominando de neoconstitucionalismo estaria “na crença de que a moral desempenha um papel fundamental na definição e na interpretação do direito”. (Cf. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213-225). Outro trabalho de fôlego é feito por Daniel Sarmento (O neoconstitucionalismo no Brasil. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo. Wolfgang (Coord). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2008, p. 9-49), em que faz uma defesa do neoconstitucionalismo, entendendo este como uma teoria voltada para os princípios e para o uso da ponderação, além da firme atuação da justiça constitucional para a defesa dos valores e da conectividade do direito com a moralidade crítica. Em Sarmento, nota-se nitidamente que o neoconstitucionalismo está umbilicalmente ligado à defesa do poder discricionário dos juízes e do uso da ponderação.



Este ponto é fundamental para que fique bem claro para onde as teorias do direito pós-positivistas (ou não positivistas, o que dá no mesmo) pretendem apontar sua artilharia: o enfrentamento do problema interpretativo, que é o elemento fundamental de toda experiência jurídica. Isto significa que, de algum modo, todas as teorias do direito que se projetam nesta dimensão *pós-positivista* procuram responder a este ponto; procuram enfrentar o problema das vaguezas e ambiguidades dos textos jurídicos; procuram, enfim, enfrentar problemas próprios da chamada razão prática – que havia sido expulsa do território jurídico-epistemológico pelo positivismo.

É nesse sentido que se torna importante consignar que essa expulsão da razão prática em favor de uma plenipotenciária razão teórica é algo comum, que atravessa ambos os positivismos (tanto o primitivo-legalista; quanto o normativismo-discricionário). Com efeito, aquilo que se iniciou com a codificação e a crença na pura lógica formal para conformação dos sentidos jurídicos chegou ao paroxismo com as construções normativistas (cujo maior exemplo é Kelsen) que chegaram ao ponto de, inclusive, separar os níveis de cientificidade do mundo jurídico. Na verdade, é necessário ter presente que Kelsen era, antes de tudo, um crítico das tendências sociológicas que começaram a surgir no final do século XIX no âmbito da ciência jurídica (Movimento do Direito Livre e Jurisprudência dos Interesses). Entendia o mestre de Viena que o método lógico formal da jurisprudência dos conceitos era o que melhor poderia contribuir para a formação de uma ciência jurídica rigorosa. Porém, Kelsen sabia que os resultados alcançados pelos conceitualistas eram insuficientes, daí seu modelo de ciência ter incorporado os elementos do neopositivismo lógico. De todo modo, é importante ter presente que todo positivismo, em maior ou menor medida, acaba por efetuar essa exclusão da razão prática de sua esfera de atuação, o que, ao fim e ao cabo, irá gerar um problema no nível da interpretação jurídica.

Daí o epíteto *pós-positivismo*, que se refere à emergência de um novo modelo de teoria do direito, no interior da qual o problema da razão prática recebe uma espécie de “dignidade epistemológica”.

Daí a minha convicção no sentido de somente pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo,



tanto na sua forma primitiva, exegético-conceitual, quanto na sua forma normativista, semântico-discricionária. A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática. Implica, também, assumir uma tese de descontinuidade com relação ao conceito de princípio. Ou seja, no pós-positivismo, os princípios não podem mais serem tratados no sentido dos velhos princípios gerais do direito, nem como cláusulas de abertura.

## 5 O PROBLEMA DA “PONDERAÇÃO” E O OVO DA SERPENTE DO ATIVISMO-DECISIONISMO: À GUIA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, cabe referir que, se o pós-positivismo tem sido considerado como o principal elemento diferenciador/caracterizador do neoconstitucionalismo, estou convicto de que a ponderação acabou por se transformar no grande problema e, por assim dizer, em um obstáculo ao próprio neoconstitucionalismo (compreendido como superador do positivismo que traz a discricionariedade como um de seus elementos estruturais).

O que quero dizer é que o neoconstitucionalismo não pode(ria) e não deve(ria) depender de juízos de ponderação, mormente se percebermos que “ponderação” e “discricionariedade” são faces de uma mesma moeda. Afinal, no modo como a ponderação vem sendo convocada (e “aplicada”) em *terrae brasilis*, tudo está a indicar que não passa daquilo que Philipp Heck chamava, na Jurisprudência dos Interesses, de *Abwägung*, que quer dizer “sopesamento”, “balanceamento” ou “ponderação”. Com a diferença de que, na *Interessenjurisprudenz*, não havia a construção da “regra da ponderação”. Na medida em que, nas práticas dos tribunais (assim como na doutrina) de *terrae brasilis* as “colisões de princípios” são “solucionadas” a partir de uma ponderação “direta”, confrontando um princípio (ou valor ou interesse) com outro, está-se, na verdade, muito mais próximo da velha Jurisprudência dos Interesses, com fortes pitadas da *Wertungsjurisprudenz* (jurisprudência dos valores). E, assim, o neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, que à diferença do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais



Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente.

Neste contexto, não surpreende que, embora citada e recitada *ad nauseam* pela doutrina e pelos tribunais, não seja possível encontrar uma decisão sequer aplicando a regra da ponderação. Há milhares de decisões (e exemplos doutrinários) fazendo menção à ponderação, que, ao fim e ao cabo, é transformada em álibi teórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos.

Penso que a falta de concretização das Constituições programáticas demandou uma reformulação na teoria dos princípios, representada pelo abandono do chamado critério fraco de diferenciação (que considera princípio e regra com a mesma estrutura lógica hipotético-condicional e com diferentes densidades semânticas) para a adoção do critério forte de distinção, onde os princípios assumiam estrutura lógica diferente daquela que identificava a regra. Isso colocou os princípios sob o manto metodológico da ponderação (enquanto que a regra se mantinha na subsunção – *sic!*), permitiu novas possibilidades para os princípios e não demorou muito para que estivéssemos falando em aplicação direta mediante ponderação controlada pela proporcionalidade (*sic*). Mas o fato é que esse giro não conferiu ao princípio suficiência ôntica-semântica, além de ter mantido intacto o erro originário: o mundo prático foi jogado para “dentro” do sistema e, a partir dessa operação, pensado como tal (como sistema). Ou seja, o mundo prático que é concreto ou, na falta de uma melhor palavra, pragmático, paradoxalmente é retratado ao modo da abstratidade própria da ideia de sistema. A percepção originária de que os princípios não possuíam densidade semântica conteve, bem ou mal, o avanço da “panprincipiologia”, mas o equívoco no diagnóstico da crise fez com que os princípios elevassem o grau de discricionariedade, decisionismo e arbitrariedade.

Isso tem acarretado, no âmbito da teoria constitucional (ou dogmática constitucional), proposições no sentido de que, além da ponderação de princípios, deva existir também uma ponderação entre regras (por certo, essa não é a posição



de Écio Oto, Pozzolo e Prieto Sanchís e tampouco de Alexy). Interessante notar que, se aceitarmos essa tese – hoje muito difundida em *terrae brasilis*<sup>15</sup> –, a distinção oferecida por Alexy não se sustenta. Com efeito, se a ponderação é um dos fatores centrais que marcam a distinção entre regras e princípios de Alexy, e se a ponderação é o procedimento do qual o resultado será uma regra posteriormente subsumida ao caso concreto, o que temos como resultado da “ponderação de regras”? Uma “regra” da regra? Uma regra para aplicação da regra?

Em termos práticos (e no interior do pensamento alexiano), a distinção entre regras e princípios perde a função, uma vez que não há mais a distinção subsunção-ponderação. Isso faz com que a ponderação se transforme em um procedimento generalizado de aplicação do direito. Desse modo, em todo e qualquer processo aplicativo, haveria a necessidade de uma “parada” para que se efetuasse a ponderação. Tal empresa – estender a ponderação para a aplicação de regras – se mostra destituída de sentido prático, visto que da regra irá resultar outra regra, essa sim aplicável ao caso.

De todo modo, o problema principal da ponderação é a sua filiação ao esquema sujeito-objeto e a sua dependência da discricionariedade, *ratio* final. Desse modo, se a discricionariedade é o elemento que sustenta o positivismo jurídico nos “casos difíceis” e nas vaguezas e ambiguidades da linguagem dos textos jurídicos, não parece que a ponderação seja “o” mecanismo que livre (ou arranque) o direito dos braços do positivismo. Pode até arrancá-lo dos braços do positivismo primitivo; mas o atira nos braços de outra forma de positivismo – axiologista, normativista ou pragmaticista. Veja-se: a teoria da argumentação – de onde surgiu a ponderação – não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo, a discricionariedade, circunstância que é reconhecida pelo próprio Alexy (2008, p. 611), *verbis*:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância.

<sup>15</sup> Por todos, vale mencionar Humberto Ávila (2009), Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos (O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, 2003), que sustentam a possibilidade de ponderação de regras.



Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário.

Esse é o problema. O sopesamento. Quem escolhe os princípios a serem sopesados?

Numa palavra: dizer que a ponderação é um elemento caracterizador do neoconstitucionalismo está correto. Mas é exatamente por isso que, nos moldes em que situo o Constitucionalismo Contemporâneo, não há espaço para a ponderação.

Desse modo, afastei-me do neoconstitucionalismo porque ele aposta em elementos não democráticos, como a ponderação e a discricionariedade judicial. Ou seja, a grande pergunta não é respondida pelas teses neoconstitucionalistas: quem controla aquele que controla ou diz por último o que a lei (ou a Constituição) é? A pergunta que acrescento é anterior: no caso da ponderação, *quem escolhe os princípios a serem ponderados?* E quais os pesos a serem conferidos a cada um dos princípios para a construção da regra de ponderação? Mais ainda: a subsunção – admitida para os casos fáceis – tem lugar no plano de um paradigma filosófico que ultrapassou o esquema sujeito-objeto? E por que a regra de direito fundamental adscripta (resultado da ponderação) se transforma em uma subsunção de segundo grau ou uma “meta-subsunção”?

Na perspectiva do *Constitucionalismo Contemporâneo* que defendo em *Verdade e Consenso* – portanto, para além das diferentes formas de positivismo –, a juridicidade não se dá nem subsuntivamente, nem dedutivamente. Ela se dá na *applicatio*, em que interpretar e aplicar *não* são atos possíveis de cisão. Isso implica afirmar – e superar – a distinção entre casos fáceis e casos difíceis. É sabido que, para as teorias da argumentação, os casos fáceis são solucionados pela via da subsunção, circunstância que, no limite, dispensa a mediação interpretativa. Afinal, subsunção pressupõe esgotamento prévio das possibilidades de sentido de um texto e um automático acoplamento do fato (aqui se pressupõe também a cisão entre questão de fato e questão de direito). Como já referido, tal perspectiva implica um mergulho no esquema sujeito-objeto, portanto, aquém do giro linguístico-ontológico. A questão, entretanto, assume contornos mais complexos quando as teorias da argumentação, a partir dessa distinção estrutural *easy-hard cases*, sustentam que os



princípios (somente) são chamados à colação para a resolução dos assim denominados casos difíceis. Mas, pergunto: um caso pode ser fácil ou difícil antes de “acontecer juridicamente”? Veja-se que, aparentemente, a distinção *easy-hard cases* não acarretaria maiores problemas no plano hermenêutico-aplicativo, não fosse o seguinte ponto: o de que é pela ponderação que se resolverão os *hard cases*. Dito de outro modo, a admissão da cisão estrutural *easy-hard cases* passa a ser condição de possibilidade do ingresso da ponderação no plano da interpretação jurídica. Tudo isso para dizer que não podemos mais aceitar que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda se postule que a luz para determinação do direito *in concreto* provenha do protagonista da sentença<sup>16</sup>. Isso quer dizer que, para além da cisão estrutural entre casos simples e casos difíceis, não pode haver decisão judicial que não seja *fundamentada e justificada* em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito. Desse modo, tem-se por superada a discricionariedade (que, no mais das vezes, descamba na arbitrariedade interpretativa) a partir do dever fundamental de resposta correta que recai sobre o juiz no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito. O modo como fazer isso procuro delinear em *Verdade e Consenso* (Saraiva, 2011), para onde remeto o leitor.

## REFERÊNCIAS

AGULLÓ, A. “Una reflexión en torno a la prohibición de confiscatoriedad del Sistema Tributario”. Publicado em **Civitas**: Revista Española de Derecho Financiero, n. 36, octubre-diciembre 1982, Madrid.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Luis Virgilio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

---

<sup>16</sup> Do mesmo modo, a ideia de imparcialidade pura do juiz ou o uso de estratégias argumentativas para isentar a responsabilidade do julgador no momento decisório podem levar à introdução de argumentos de política na decisão jurídica. Nesse sentido são precisas as afirmações de Dworkin (2006, p. 57): “A política constitucional tem sido atrapalhada e corrompida pela ideia falsa de que os juízes (se não fossem tão sedentos de poder) poderiam usar estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras. Os juízes que fazem eco a essa ideia falsa procuram ocultar até de si próprios a inevitável influência de suas próprias convicções, e o que resulta daí é uma suntuosa mendacidade. Os motivos reais das decisões ficam ocultos tanto de uma legítima inspeção pública quanto de um utilíssimo debate público. Já a leitura moral prega uma coisa diferente. Ela explica porque a fidelidade à Constituição e ao direito exige que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases destes juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundados em princípios, que permitam ao público participar da discussão”.



- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.
- CASTANHEIRA NEVES, António. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. **Digesta**, Coimbra, Coimbra Editora, v. III, 2008.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **Direito de Liberdade: Leitura Moral da Constituição Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. Iuspositivismo crítico y democracia constitucional. **Isonomia**, n. 16, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, (Neo)Constitucionalismo e Hermenêutica: diálogos com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. Madrid: Trotta, 2003.
- HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 251, maio/agosto de 2009, p. 139-175.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- OTO, Écio e POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. 3. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.
- SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo. Wolfgang (Coord). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. In: \_\_\_\_\_ (Orgs.). **The global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.



# SOCIALIZAÇÃO DE OBRAS: UMA SÁIDA PARA O CONFLITO ENTRE DIREITOS AUTORAIS E DIRETO À INFORMAÇÃO E CULTURA<sup>1</sup>

## SOCIALIZATION OF ARTISTIC WORKS: AN ALTERNATIVE TO THE CONFLICT OF THE RIGHT TO INFORMATION AND CULTURE

*Laura Costa Miranda<sup>2</sup>*  
*Jordanny Barbosa Silva<sup>3</sup>*  
*Milena Barbosa de Melo<sup>4</sup>*

### Resumo

A nossa Constituição Federal estabelece direitos e garantias fundamentais que são inerentes a toda pessoa humana. É comum ocorrer em nosso ordenamento jurídico o conflito entre esses direitos. Isso ocorre porque nenhum direito pode ser considerado absoluto, até mesmo o direito a vida. O fato é que quando ocorre esse conflito, os direitos envolvidos devem ser analisados, preponderando aquele que possa refletir de forma benéfica o maior número de pessoas possível. Nos dias de hoje é muito comum a prática de cópia de livros e reproduções de *CD's* e *DVD's*, essa situação faz com que dois direitos entrem em conflito: os Direitos Autorais – que assistem aos autores das obras – e o Direito à Informação e Cultura, que abrange toda a população. Diante deste impasse, o objetivo do trabalho é encontrar uma solução para o conflito entre esses direitos. Para isso foi realizada uma pesquisa bibliográfica, com análise de artigos e legislações pertinentes. Ao final concluímos que a socialização das obras é uma das saídas encontradas por muitos autores.

**Palavras-chave:** Propriedade Intelectual. Direito a Informação. Direito a cultura. Conflito de Direitos Fundamentais.

### Abstract

Our Federal Constitution provides fundamental rights and guarantees that are inherent in every human being. It is common in our legal system a conflict between these rights. It is because no law can be considered absolute, even the right to life. The fact is that when this conflict occurs, the rights involved are to be analyzed, prevailing one that can reflect so beneficial as many people as possible. Nowadays it is very common the practice of copying books and reproductions of *CD's* and *DVD's*, this situation causes two rights in conflict: the Copyright - attending

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 02/07/2012. Pareceres emitidos em: 26/08/2012 e 29/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito. E-mail: <laura\_costa\_@hotmail.com>.

<sup>3</sup> Bacharel em Direito.

<sup>4</sup> Professora na Universidade Estadual da Paraíba.



to the authors of the works - and the Right to Information and culture, which covers the entire population. Faced with this impasse, the objective is to find a solution to the conflict between these rights. For this we conducted a literature search, with articles and analysis of relevant laws. At the end we conclude that socialization works is one of the outputs found by many authors.

**Key-Words:** Intellectual Property. Information Right. Right to Culture. Conflict of Fundamental Rights.

## INTRODUÇÃO

Um princípio, por sua própria condição, não pode ser considerado absoluto, já que não traz uma solução definitiva para casos concretos, mas apenas diretrizes que podem ser utilizadas em determinadas situações. Desta forma, é bastante comum conflitos aparentes entre diversos princípios.

Os direitos e garantias fundamentais estão previstos na nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º assegurando a todos os cidadãos direitos imprescindíveis para um mínimo de vida digna, devendo o Estado assegurar esses direitos; para tanto deve agir ou abster-se de agir em casos concretos.

O artigo 5º, XXVII, da CF diz que “Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo”.

Estão incluídos neste rol músicas e livros. Sabemos que a prática de reprodução ilegal de obras em nossa sociedade, hoje, é muito grande, e essa conduta desvaloriza o trabalho e a criação do autor, pois este deixa de ser retribuído financeiramente por suas obras.

Por outro lado, verificamos que essa prática ocorre porque o valor final dessas obras não corresponde à renda mensal da maioria dos brasileiros, que não se permitem comprar obras originais sem prejudicar o essencial para sua sobrevivência.

Sob esse contexto o presente trabalho foi elaborado, a fim de compreender a relação entre direito autoral *versus* direito à informação, verificando se há possibilidade de haver um equilíbrio entre ambos.



## 1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Miguel Reale (2009) afirma que o direito corresponde à exigência essencial de uma convivência organizada, pois nenhuma sociedade poderia sobreviver sem um mínimo de ordem e solidariedade.

Todo ser humano, pela sua própria condição existencial, possui direitos e garantias fundamentais, ou seja, fundamentais à pessoa humana.

Tais direitos e garantias, previstos expressamente (porém não exaustivamente) na Constituição Federal de 1988, constituem gênero dos quais são espécies: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade e os direitos políticos.

Os direitos e garantias fundamentais são classificados, pela doutrina mais moderna em “dimensões”.

Inicialmente, com os lemas advindos da Revolução Francesa – Liberdade, Igualdade e Fraternidade – foram estabelecidos os direitos de primeira, segunda e terceira dimensões e, posteriormente, surgiram a quarta e quinta dimensões.

Como não constitui objeto principal deste trabalho, será feita apenas uma breve explanação do que vem a ser cada uma dessas gerações.

Representam a primeira dimensão os direitos individuais e políticos. Em suma, são os direitos oponíveis ao Estado, traduzindo-se como atributos do indivíduo, possuindo como traço característico a sua subjetividade.

São direitos de resistência, de cunho negativo, que traduzem as liberdades públicas, devendo o estado manter-se inerte, não interferindo na esfera de direitos do indivíduo.

São os direitos relacionados à vida, à liberdade e à propriedade, constituindo o valor da Liberdade.

Os direitos da segunda dimensão surgiram no final do século XIX, com a Revolução Industrial Europeia e as péssimas condições de trabalho.



Assim, no século XX são fixados os direitos sociais, que incluem os direitos culturais e econômicos. São exemplos da segunda dimensão o direito à saúde, educação, assistência social e moradia, dentre outros.

Nessa esfera de direitos o Estado tem o dever de fazer, de cunho positivo, devendo desenvolver ações afirmativas com o intuito de diminuir as desigualdades e garantir o mínimo existencial (condições mínimas para uma existência com dignidade), respeitando o que hoje se denomina “reserva do possível”, onde o Estado tem a obrigação de garantir à população os direitos constitucionais respeitando o limite dos recursos que dispõe. Representam o valor da Igualdade.

A terceira dimensão de direitos é marcada pelas profundas mudanças na comunidade internacional, vindouras do crescente desenvolvimento científico e tecnológico.

Com essas alterações surgem preocupações mundiais, especialmente relacionadas ao meio ambiente e à proteção dos consumidores.

São os chamados direitos metaindividuais, pois o ser humano – como elemento de uma coletividade – passa a ter direitos de solidariedade, com forte teor de humanismo. São exemplos da 3ª geração o direito ao meio ambiente, ao desenvolvimento e direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade. Essa terceira dimensão representa o valor da Fraternidade.

Com relação à quarta dimensão de direitos, Norberto Bobbio (2004, p. 89) afirma:

(...) já se apresentaram novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.

Os direitos de 4ª dimensão traduzem os avanços no campo da engenharia genética, da bioética, gerando forte controvérsia entre doutrinadores e entre a própria sociedade na discussão de alguns temas, como o uso de células-tronco, mudança de sexo, etc.

Finalmente temos, recentemente, a quinta dimensão de direitos fundamentais, proposta por Bonavides, que representa o direito à paz.



O doutrinador ressalta a importância que deve ser atribuída a esse direito ao tratá-lo em dimensão autônoma, defendendo que a paz é “supremo direito da humanidade”.

O Direito Autoral (ou Direito do Autor) por ser um direito individual, faz parte do Direito Privado, e é garantido pela Constituição Federal, em seu art. 5º, que trata dos direitos fundamentais.

Diante do que foi exposto anteriormente, pode-se dizer que o direito autoral está incluso no rol dos direitos de Primeira Dimensão, pois constitui um direito da pessoa autora, decorrente de sua obra, de sua produção, o qual ela pode opor aos demais indivíduos e ao Estado.

Por outro lado, a sociedade deve ter garantido seu acesso à informação, cultura e tecnologia. Esse direito social – como o nome já apresenta – se encontra inserido na Segunda Dimensão de Direitos, onde o Poder Público deve ter uma postura positiva, garantindo o acesso dos indivíduos sociais ao direito posto.

Daí surge o conflito entre o direito autoral, como um direito individual (primeira dimensão) e o direito à informação, como direito coletivo (segunda dimensão).

### **1.1 Um breve histórico da criação da proteção intelectual internacional**

Durante muito tempo, em âmbito internacional, a ausência de normas internacionais destinadas à proteção da propriedade intelectual foi um grande problema existente entre autores e artistas, pois estes se recusavam a expor publicamente seus trabalhos, especialmente em eventos internacionais.

Nesse contexto, alguns países realizaram um acordo internacional capaz de proteger as obras desses autores, inclusive além das fronteiras de seu país de origem.

Assim, surge a Convenção da União de Paris, que entrou em vigor no ano de 1884, ocasião onde o Brasil também se torna signatário.

A Convenção estabelece como princípios intrínsecos: Princípio do Tratamento Nacional e o Princípio do Benefício da Prioridade Unionista.



Sendo assim, a Convenção da União de Paris foi por muito tempo o único instrumento legislativo que cuidava da propriedade intelectual, sendo considerado um marco na história do que posteriormente veio a ser chamado de Direitos Autorais.

Ao longo dos anos, com desenvolvimento econômico e social das nações, se fez necessário realizar mudanças no texto da Convenção da União de Paris. Essas mudanças resultaram na criação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual, em 1970, organização internacional com a finalidade de harmonizar o sistema de proteção à propriedade intelectual, a nível mundial.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual é uma agência especializada da Organização das Nações Unidas e tem sua sede em Genebra, na Suíça.

A OMPI tem como objetivos essenciais o estabelecimento de medidas que motivem a proteção da Propriedade Intelectual em todo o mundo; a criação de mecanismos de cooperação entre os países; a constituição de normas efetivas que promovam as atividades intelectuais; a colaboração com países em desenvolvimento quanto à tecnologia referente à propriedade intelectual e, por fim, o incentivo a negociação de novos tratados internacionais bem como a modernização das legislações pátrias.

## **1.2 O direito autoral como direito fundamental do autor**

Partindo agora para o aspecto nacional, temos que o Direito, visto como um complexo de normas estruturadas com o fim de tornar possível a vida em sociedade, com respeito aos direitos individuais e coletivos, classifica-se em: Direito Privado e Direito Público.

O Direito do Autor – por ser individual – faz parte do ramo do Direito Privado.

Esse direito constitui e rege o vínculo que existe entre o autor e a sua obra, e esse vínculo necessita de proteção contra o uso impróprio. Daí surge a noção de “Propriedade Intelectual”.



O regime jurídico brasileiro de proteção aos direitos do autor se compõe tanto de diplomas nacionais, como internacionais.

No campo internacional temos a Convenção de Berna e o Acordo TRIPS (conhecido em português por ADPIC, isto é, “Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio”) da OMC (Organização Mundial do Comércio).

No Brasil, a proteção da propriedade intelectual surgiu com a Constituição Republicana e até os dias atuais existe em nossas Constituições. A Carta Constitucional de 1988 garante explicitamente os direitos de propriedade intelectual no seu art. 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX.

Diz o art. 5º, XXVII: “Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

Dez anos após, foi promulgada a Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, a chamada “Lei do Direito Autoral”, que juntamente com a Constituição Federal, formam uma legislação que garante ao titular dos direitos autorais a utilização subjetiva da obra, lhe permitindo dispor da mesma da forma que achar conveniente.

Estudiosos dividem o direito autoral em dois aspectos: o moral e o patrimonial. O moral cuida da garantia que tem o autor de ter seu nome impresso na divulgação da obra; direito de modificá-la e inclusive de impedir a sua circulação. Já o aspecto patrimonial tem ligação com as relações jurídicas e financeiras do uso da obra.

Os direitos morais do autor são considerados pela legislação pátria como direitos humanos fundamentais. E não somente nossa legislação interna, mas, por exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem, da ONU, também assim os considera, no artigo 27:

1. Todo o indivíduo tem o direito de tomar livremente parte na vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e nos benefícios que dele resultam;
2. Todo o indivíduo tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda produção científica, literária ou artística de que é autor (ONU, 1948).



Podemos sintetizar o conceito de direitos morais do autor como sendo o direito de ter seu nome sempre vinculado à obra; o direito de garantir a integridade da obra em oposição a modificações indesejadas; o direito ao inédito, entre outras disposições constantes da legislação.

Os direitos morais envolvem o respeito à personalidade do autor bem como à proteção da obra.

Pode-se afirmar que os direitos de cunho moral possuem tais características: a imprescritibilidade (podem ser exigidos na via judicial a qualquer tempo); a perpetuidade (não se extinguem) e a impenhorabilidade (não admitem constrição judicial).

Já o aspecto patrimonial dos direitos autorais engloba, além dos proventos pecuniários retirados da obra, também os direitos de dispor publicamente da mesma (de acordo com normas de ordem pública) e impedir que terceiros utilizem a obra sem anterior e expreso consentimento do titular.

Importante salientar que quanto aos direitos patrimoniais, estes possuem temporalidade: setenta anos após a morte do autor é o atual prazo concedido aos sucessores para a exploração exclusiva da obra.

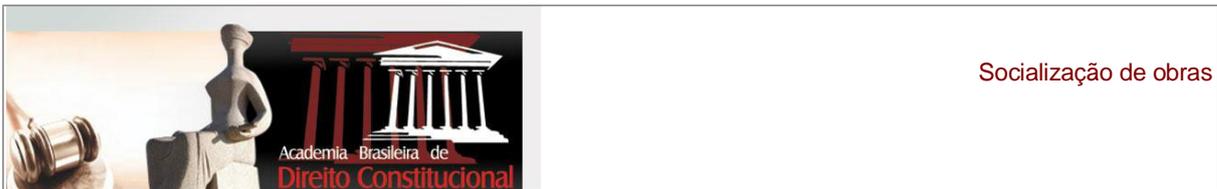
### **1.3 Direito à informação e cultura**

O Direito à Cultura também está assegurado na Constituição Federal de 1988, porém diferente do Direito Autoral, constitui um direito coletivo da sociedade, cabendo ao Estado assegurá-lo. Desta forma, podemos dizer que é um direito de Segunda dimensão.

A Cultura reflete o modo de pensar e agir de uma sociedade, e esse reflexo resulta na identidade cultural desta. Vejamos o que diz o art. 215 da CF:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.



§2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, comprovamos que a Cultura é dever do Estado, que fica obrigado a garantir seu acesso a toda a população.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem corrobora essa visão ao afirmar “Todo Indivíduo tem direito à liberdade de opinião e expressão que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteira, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.

Ao nosso ver, o Direito à Cultura é gênero no qual está inserido o Direito à Informação; aquele, portanto, é mais abrangente, sendo um verdadeiro princípio constitucional dotado de forte imperatividade e importância para o desenvolvimento intelectual de uma sociedade.

O Direito à Informação está previsto na Constituição Federal principalmente em seu art. 5º, XIV, que estabelece: “é assegurado a todos acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Insta ressaltar que o Direito à informação é dividido em ativo e passivo, o primeiro configura direito de informar, enquanto que o segundo estabelece o direito de ser informado.

No caso em tela, nos referimos ao direito de ser informado, como aspecto da liberdade de pensamento e sua manifestação, em gênero individual e coletivo, baseando-se em dados sobre atualidades, política, literatura, ciência, artes, entre outros.

#### **1.4 O conflito existente entre o direito autoral e o direito à informação**

Uma vez visto o conceito e a legislação pertinente aos Direitos Autorais e ao Direito à Informação, importante se faz ressaltar a existência do conflito entre ambos os direitos.



De um lado temos o direito do autor, como uma garantia individual, e de outro o direito de acesso à informação, abrangendo a coletividade.

Tal problema se dá especialmente porque nos dias de hoje é bastante comum a prática de cópias ilegais de obras intelectuais de todos os gêneros, sem a devida autorização do autor, prática esta que acontece principalmente no meio virtual, pois no Brasil ainda não há legislação específica que proteja e regule a circulação dessas obras na Internet.

Um dos motivos para que essa conduta ocorra está no fato das obras, muitas vezes possuírem um valor fora da realidade econômica da maioria da população, que opta por práticas ilegais, pois não podem privar-se de produtos que atendem as suas necessidades básicas para adquirir um CD ou um livro, por exemplo.

Tais práticas ilícitas ferem tanto os direitos morais quanto os patrimoniais do autor, na medida em que muitas vezes o deixa sem ter seu nome acompanhando sua criação e privando-o de receber os valores pecuniários correspondentes. O autor Eboli (2005) explica com muita sabedoria

...asseverando que, a assim como é justo e legítimo que um agricultor seja remunerado pelo uso dos bens que produz para alimentar o nosso corpo, é igualmente justo e legítimo que um criador intelectual seja remunerado pelo uso dos bens que produz para alimentar nosso espírito.

A proteção dada pela lei do Direito Autoral não existe para dificultar o acesso ou a circulação do conhecimento; porém, a absoluta liberdade ao direito à informação desvaloriza o trabalho, pois quando o criador deixa de ser recompensado economicamente pelo seu trabalho, ele fica desestimulado, deixando muitas vezes de produzir. Vejamos o que diz Henrique Gandelman (2001, p. 183) sobre o assunto

(...) se os titulares de direitos autorais não forem remunerados devidamente, se seus direitos não forem integralmente respeitados, corremos o risco eminente de que não se criem e produzam novas obras no futuro próximo. Isso significaria um empobrecimento cultural de toda a humanidade.



Pode-se afirmar que a retribuição pecuniária – direito patrimonial do autor – é uma forma de incentivo à produção cada vez maior e este incentivo está diretamente ligado à qualidade da obra.

Visto que não há, em nosso país, direitos ilimitados e absolutos, é necessário que seja estabelecido um ponto de equilíbrio entre o direito de acesso a informação e os direitos autorais.

A socialização das obras tem sido uma saída encontrada pelos artistas para evitar maiores danos com a reprodução ilegal de suas obras. Nesse procedimento os autores disponibilizam suas obras na internet, para que todos possam ter acesso, facilitando desta forma o acesso à informação e cultura previsto na Constituição Federal.

A partir dessa conduta o trabalho do autor é disseminado mais rapidamente, o que faz com que ele fique conhecido também. O retorno e o incentivo econômico se dão através de shows, vendas de produtos, participações em palestras e eventos. Desta forma, muitas vezes as pessoas conhecem a obra ou o autor e posteriormente compram o produto original.

Através desse processo ambos ganham: a população, que possui acesso às obras, aos trabalhos e à cultura de um modo geral; e os autores, que são incentivados a produzir cada vez mais e melhor.

## CONCLUSÃO

Como vimos, há direitos fundamentais positivados na lei, bem como há os que não se encontram inseridos expressamente na Constituição Federal de 1988, mas decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição, ou aqueles provenientes de tratados e convenções internacionais que o Brasil adotou.

Porém, não existe direito absoluto, devendo-se fazer um juízo de ponderação, utilizando-se da proporcionalidade em hipótese de conflito.

No caso em tela, o conflito é entre os Direitos Autorais e o Direito a informação e cultura.



Essa discussão ganha força principalmente porque envolve interesses econômicos e éticos defendidos por ambas as partes. Porém, devemos admitir que não é admissível que uma minoria que detém poder econômico possa se sobressair em relação à população e aos próprios autores/artistas. O preço final desses produtos deve se adequar à realidade do país.

Alguns autores já encontraram uma solução para esse conflito.

Já existem no Brasil artistas independentes que colocam suas músicas na internet para que todos possam ter acesso, apoiando a produção independente. O autor passa a obter lucro de suas obras através de shows, comercialização de produtos, participação em eventos e palestras, etc.

Essa prática faz com que todos tenham acesso à informação e às produções intelectuais/artísticas. Posteriormente as pessoas podem se solidarizar com o artista e obter produtos originais, além de participar de eventos os quais o autor esteja envolvido.

A socialização de obras faz com que o autor seja, de forma indireta, recompensado financeiramente por sua obra, incentivando a produção.

Assim, sociedade e autor são beneficiados, amenizando o conflito entre os Direitos Autorais e o acesso à informação e cultura.

## REFERÊNCIAS

- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do Autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. 2. ed. São Paulo: Campus, 2004.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 set. 2012.
- BRASIL. **Lei 9.610, de 19 de fevereiro 1998**. Dispõe sobre Direitos Autorais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 set. 2012.
- EBOLI, João Carlos de Camargo. **O Interesse Intelectual Coletivo e sua Harmonização com a Propriedade Intelectual**. Disponível em: <[http://www.socinpro.org.br/legislacao/artigos\\_juridicos/8.pdf](http://www.socinpro.org.br/legislacao/artigos_juridicos/8.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2012.
- GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet**: direitos autorais na era digital. 4. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Proclamada pela Assembleia Geral da ONU a 10 de Dezembro de 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 10 out. 2012.



PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**: liberdade de informação. privacidade e responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.



# A CONSTELAÇÃO PÓS-NACIONAL DE HABERMAS E A ATUAL CRISE EUROPEIA<sup>1</sup>

## HABERMAS'S POST-NATIONAL CONSTELLATION AND THE CURRENT EUROPEAN CRISIS

*Hamanda Rafaela Leite Ferreira<sup>2</sup>*

### Resumo

O artigo apresentado faz uma análise acerca das considerações realizadas por Jürgen Habermas em sua obra "A Constelação Pós-Nacional: Ensaios Políticos" e atual quadro da crise europeia. Segundo o autor, o Estado-Nação, frente à globalização econômica, é impelido a constituir uniões políticas com outros Estados, fenômeno ao qual o autor se refere como constelação pós-nacional e, neste contexto, o exemplo da União Europeia é importante para testar as condições de uma política democrática para além do Estado nacional por meio de um *global governance*. Embasando-se em tais posicionamentos, o grande questionamento que se coloca diante das proposições de Habermas é a como lidar com atual crise vivenciada pela União Europeia e com a sensação de que a Europa como ilustração da racionalidade, do diálogo democrático e de uma comunidade constitucional que se estende para além das fronteiras de um único país, por meio da solidariedade entre os cidadãos, parece não se sustentar.

**Palavra-Chave:** Constelação. Pós-Nacional. Habermas. Crise. Europeia.

### Abstract

The article presented is a review about the considerations made by Jurgen Habermas in his book "The Post-National Constellation: Political Essays" and current framework of the European crisis. According to the author, the nation-state, compared to economic globalization, is impelled to form political unions with other states, a phenomenon to which the author refers to as post-national constellation and, in this context, the example of the European Union is important to test conditions of democratic politics beyond the nation state through a global governance. Basing themselves in such positions, the big question that arises before the propositions of Habermas is how to deal with the fact that the current crisis experienced by the European Union and with the feeling that Europe as an illustration of rationality, democratic dialogue and community constitutional that extends beyond the borders of a single country, through solidarity among citizens, does not seem sustainable.

**Keywords:** Constellation. Post-National. Habermas. European. Crisis.

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 19/07/2012. Pareceres emitidos em: 26/08/2012 e 29/08/2012. Aceito para publicação em: 20/09/2012.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Possui duas especializações na área de Direito Público (Processo Civil e Tributário). Mestranda em Direito pela Linha de Pesquisa 2 da UNB. Advogada da União, atualmente Chefe de Divisão da Procuradoria- Regional da União da 1ª Região. Ex-Procuradora do Estado da Paraíba. E-mail: <hamandarafaela@hotmail.com>.



## INTRODUÇÃO

O dançar histórico do tempo na segunda metade do século XX, principalmente nas décadas de 1980 e de 1990, com as mudanças em escala mundial, mostraram o quanto questões como a globalização, imigração, aumento das desigualdades sociais e econômicas dentro dos países europeus, crise do Estado Nacional e a predominância da lógica de mercado sobre o Estado de Bem-Estar Social são desafios para os europeus. Isso está gerando o grave problema do déficit democrático da União Europeia.

As transferências de competências de níveis nacionais para internacionais podem abrir perigosos vazios de legitimidade. Uma forma para se contrapor à hegemonia do mercado, no processo de integração da União Europeia, seria o de encontrar formas adequadas para construir o processo democrático além das fronteiras dos Estados Nacionais.

Neste sentido, Habermas propõe em seu livro “A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Político”, a produção de uma cultura política comum diante de uma diversidade de culturas dentro da população, através de um modelo da transformação da União Europeia em um Estado federativo como modelo a ser seguido.

Nesta proposta, a União Europeia não só deveria ser capaz de negociar uma política integrada de múltiplos planos, como seus cidadãos deveriam aprender a reconhecer as pessoas que moram em outros Estados pertencentes à organização, como membros da mesma comunidade política.

Entretanto, diante do quadro da crise econômica e financeira da União Europeia e dada a dimensão dos problemas que estão sendo visualizados atualmente, deve-se questionar a relação entre os custos e a utilidade real do projeto europeu idealizado por Habermas, ou seja, sobre o seu significado histórico e sobre o modo através do qual ele está sendo desenvolvido.



## 1 A CONSTELAÇÃO PÓS-NACIONAL DE HABERMAS

A partir dos anos 80 pôde ser observado um gradual desmantelamento do Estado nacional frente às transformações econômicas que ampliavam e complexificavam as redes de dependências humanas. A desterritorialização da produção e do consumo, a mudança estrutural do trabalho, a emergência de instituições econômicas supranacionais, a aceleração da movimentação de capitais no mercado financeiro, somados a outros fatores, refletem uma mudança na lógica instrumental de produção dos sistemas de mercadorias sob o rótulo do que se convencionou chamar “globalização”.

Neste contexto, em sua obra *Constelação Pós Nacional: Ensaio Político*, Habermas passou a questionar como se pode utilizar das funções dos mercados autorregulados sem arcar com os problemas sociais e com as divisões díspares que são incompatíveis com as condições de integração das sociedades compostas de modo liberal e democrático.

Habermas define globalização como uma modificação estrutural do sistema econômico mundial e afirma que os problemas econômicos das sociedades de bem-estar social surgem com a globalização, a qual limita a atuação dos Estados nacionais de tal forma que ele já não dá mais conta de enfrentar as consequências sociais e políticas que dela advêm. Neste sentido:

No âmbito de uma economia globalizada, os Estados nacionais só podem melhorar a capacidade competitiva internacional das suas ‘posições’ trilhando o caminho de uma autolimitação da capacidade de realização estatal; isto justifica políticas de ‘desconstrução’ que danificam a coesão social e que põem à prova a estabilidade democrática da sociedade. (HABERMAS, 2001, p. 67-68)

Segundo o autor, já não funcionam mais medidas protecionistas ou programas estatais de emprego, dado, entre outras coisas, o endividamento dos orçamentos públicos. A globalização destrói aquele Estado social que tinha conseguido manter os custos sociais dentro de um limite aceitável. Outra consequência da globalização que o autor coloca em evidência é que ela esmorece a força de integração das formas de vida nacionais tradicionais; a base comparativamente homogênea da solidariedade civil está abalada, já que o fluxo



migratório acaba por constituir Estados multiculturais. “Para um Estado nacional que se encontra limitado na sua capacidade de ação e inseguro no que toca à sua identidade coletiva, torna-se ainda mais difícil cumprir com a necessidade de legitimação.”<sup>3</sup> (HABERMAS, 2001, p. 102)

A solução, contudo, segundo Habermas, não é fechar-se “contra a ‘maré’ invasora que vem de fora. Sob as condições cambiantes da constelação pós-nacional, o Estado nacional não pode recuperar a sua força anterior com base em uma política de fechamento. (HABERMAS, 2001, p. 103)

Sugere-se, então, uma estratégia baseada na criação de uma política transnacional de melhoria e conservação das redes globais. Para Habermas, a maneira de continuar preenchendo as funções sociais do Estado, que já não têm sido mais alcançadas, é passar de um Estado nacional para organismos políticos que assumam de algum modo essa economia transnacionalizada. Essas fusões políticas são condição necessária para uma recuperação da política frente à economia globalizada: “Só poderemos enfrentar de modo razoável os desafios da globalização se conseguirmos desenvolver na sociedade novas formas de autocondução democrática dentro da constelação pós-nacional”. (HABERMAS, 2001, p. 112)

E, segundo o autor, o exemplo da União Europeia é importante para testar as condições de uma política democrática para além do Estado nacional. Conforme Habermas, a União Europeia (UE) seria o modelo de “Estado” que se firmará. O Estado nacional está perdendo sua força e a tendência é que haja uniões políticas de Estados. (HABERMAS, 2001, p. 127)

É o que o estudioso chama de constelação pós-nacional. A constelação pós-nacional tem de enfrentar, sobretudo dois desafios. O primeiro refere-se a como

---

<sup>3</sup> Segue o autor afirmando que não são apenas os países clássicos de imigração, como os EUA, e os antigos países colonialistas, como a Inglaterra e a França, que são tocados por essa corrente. Apesar das rígidas regulamentações da imigração (e, no nosso caso, inconstitucionais) que trancavam o forte da Europa, todas as nações europeias encontram-se entrementes a caminho da sociedade multicultural. É evidente que essa pluralização das formas de vida não se dá sem atritos. Por um lado, o Estado constitucional democrático está normativamente mais bem armado do que outras ordens políticas para problemas de integração desse gênero; por outro lado, esses problemas são de fato um desafio para os Estados nacionais de cunho clássico. (HABERMAS, 2011, p. 93)



fazer surgir uma consciência da obrigatoriedade da solidariedade cosmopolita nas sociedades civis e nas esferas públicas políticas desses blocos que estão se desenvolvendo. Habermas pergunta-se: sob que condições pode-se fazer com que os Estados e as administrações supranacionais se compreendam como membros de uma comunidade que são obrigados a levar em conta reciprocamente os interesses uns dos outros e a defender os interesses universais? A esse respeito, ele preleciona: “É necessário uma consciência de pertença conjunta que tornará possível para os ‘confederados associados livremente’ identificarem-se reciprocamente como cidadãos”. (HABERMAS, 2001, p. 139-27)

Ele mesmo responde que a mudança de consciência deve começar com os cidadãos dos Estados nacionais em termos de política interna, para a partir daí surgir uma autocompreensão dos atores capazes de atuar globalmente de que eles são membros de uma comunidade internacional e que, destarte, se encontram submetidos a uma cooperação incontornável e ao respeito recíproco dos interesses.

Tal fato seria uma mudança de perspectiva – das relações internacionais para uma política interna mundial – e não pode ser esperado da parte das elites governantes se a população mesma não realizar de modo convicto tal mudança de consciência a partir dos seus próprios interesses. A mudança de consciência deve partir da população, através principalmente dos movimentos sociais e das organizações não governamentais (ONGs). Propugna ele também um papel importante aos partidos políticos que ainda não abandonaram totalmente a sociedade civil: No que diz respeito à União Europeia, assevera Habermas que os partidos políticos devem ter coragem e força para antecipar, no âmbito nacional (onde podem atuar agora), a esfera de ação europeia, com o objetivo de criar uma Europa social que dê prioridade ao lado cosmopolita da balança. (HABERMAS, 2001, p. 142)

O segundo desafio a ser enfrentado pelas uniões políticas de Estados é o de como estabelecer um procedimento democrático – que sempre foi feito no âmbito do Estado-nação – para além das fronteiras nacionais. Habermas expõe:

Porque a ideia de que uma sociedade pode agir sobre si de modo democrático só foi implementada de modo fidedigno até agora no âmbito nacional, a constelação pós-nacional desperta aquele alarmismo infrutífero



da desorientação iluminista que observamos nas nossas arenas políticas.  
(HABERMAS, 2001, p.78)

Há que se encontrar formas adequadas para o processo democrático para além do Estado nacional. Pergunta o autor: “Onde poderíamos encontrar uma resposta política ao desafio da constelação pós-nacional?”. Em outras palavras: como se pode pensar em uma legitimação democrática de decisões para além do esquema de organização estatal? (HABERMAS, 2001, p. 79)

O procedimento democrático deve retirar sua legitimidade não somente – e nem sequer em primeiro plano – da participação e da expressão da vontade (no sentido da democracia representativa), mas sim do acesso universal a um processo deliberativo cuja natureza fundamente a expectativa de resultados racionalmente aceitáveis.

Há que se compreender a democracia com base na teoria do discurso, tendo em conta que isso modifica as exigências teóricas das condições de legitimação da política democrática. “Os pesos deslocam-se da personificação concreta da vontade soberana nas pessoas e nas eleições, corporações e votos, para as exigências de procedimento dos processos comunicativos e decisórios.” (HABERMAS, 2001, p. 138-140) Por exemplo, a participação de ONGs nos conselhos do sistema de negociação internacional aumentaria a legitimação do procedimento. É igualmente interessante a proposta de equipar a organização mundial com o direito de exigir a qualquer hora, em questões importantes, a opinião dos seus Estados-membros.

Contudo, tal união não pode constituir-se num Estado mundial, pois se tem que levar em conta as peculiaridades dos Estados outrora soberanos. E diz ainda que os endereçados de tal projeto seriam os movimentos sociais e as ONGs, isto é, membros ativos de uma sociedade civil que vai além das fronteiras nacionais. Apesar disso, Habermas admite que transferências de competências de âmbitos nacionais para internacionais abrem certos vazios de legitimação. As ONGs, embora atuem em instâncias internacionais, carecem de uma legitimação que satisfaça as exigências dos procedimentos institucionalizados do Estado nacional. (HABERMAS, 2001, p. 91)

Remetendo-se à União Europeia, pode-se extrair que a ideia é considerar que esta instituição, de um modo geral, pode vir a compensar as perdas de



competências dos Estados nacionais europeus. Apenas através de negociações que visem equacionar interesses distintos, podem ser institucionalizadas juridicamente as formas de comunicação necessárias para a formação de uma vontade política racional neste cenário pós-nacional. (LIMA NETO, 2003, p. 284)

Em Habermas, isso comparece na posição cosmopolita que enfatiza um novo fechamento político da sociedade global economicamente sem barreiras. Daí a atenção voltar-se, sobretudo, para a construção de instituições supranacionais. Porém, a efetivação da solidariedade cosmopolita não deve ser confundida com a questão de uma nova identidade supranacional. Esta não é uma questão ético-política, mas jurídico-moral. O cosmopolitismo não pode criar consistência normativa a partir de uma autocompreensão ético-política, pois, obviamente, não haveria o contraste necessário, posto que outras tradições e valores não existiriam; sendo, então, apenas uma auto compreensão jurídico-moral. (LIMA NETO, 2003, pp. 284-285)

Enquanto a solidariedade civil advém do sentimento de pertença para com uma identidade coletiva nacional, a solidariedade cosmopolita deve apoiar-se no universalismo moral e nos direitos humanos. Segundo Habermas, as inovações institucionais devem, para o bem da democracia, encontrar ressonância e apoio nas orientações de valor, de modo a refletirem o “*status*” político dos cosmopolitas enquanto cidadãos do mundo. (LIMA NETO, 2003, p. 285)

Percebe-se, deste modo, que a posição intelectual de Jürgen Habermas é a de um pensador cujo trabalho consiste em usar conceitos da filosofia, das ciências políticas e da história e aplicá-los sobre fatos históricos candentes, com as experiências biográficas efêmeras e com as mudanças que o tempo presente esteja enfrentando. Foi o que tentou fazer para compreender os desafios e o problema do déficit democrático da União Europeia, ao longo do século XXI.

## **2 A ATUAL CRISE EUROPEIA: AINDA É POSSÍVEL PENSAR EM UM MODELO DE “GLOBAL GOVERNANCE”?**

Interpretando Jürgen Habermas, pode-se dizer que a União Europeia seria um novo ente político e jurídico, como resposta para a crise do Estado Nacional



Europeu. Ir além dos Estados Nacionais através do aprofundamento da Comunidade e União Europeia, seria a solução para manter o equilíbrio econômico e financeiro, através do Euro, além de manter e aumentar as conquistas democráticas, sociais e políticas.

Deste modo, fica explícito na obra a preocupação do autor em propor o enfrentamento dos desafios da globalização através do desenvolvimento de novas formas de autocondução democrática dentro da constelação pós-nacional. Esta preocupação parece ser sintetizada no que chama de *global governance*, que não é propriamente um Estado universal, mas uma política interna mundial calcada na moral e no universalismo. Para tanto, faz-se necessário que as inovações das elites políticas encontrem eco nas orientações valorativas anteriormente reformadas das suas populações. (LIMA NETO, 2003, p. 286)

Embasando-se em tais posicionamentos, o grande questionamento que se coloca diante das proposições de Habermas é a atual crise da União Europeia <sup>4</sup> e a sensação de que a Europa como ilustração da racionalidade, do diálogo democrático e de uma comunidade constitucional que se estende para além das fronteiras de um único país por meio da solidariedade entre os cidadãos, não existiu e parece que nunca existirá de fato.

Ao contrário, em verdade, o que se observa atualmente é que os fundamentos reais da União Europeia são baseados na unificação do mercado para a maximização do lucro, nas políticas comuns para a agricultura como mecanismo

---

<sup>4</sup> Sobre a atual crise, Walter Laqueur afirma que a origem de muitos dos problemas da região está na resistência dos membros da União Europeia em rumar para a integração completa, para a criação dos Estados Unidos da Europa, ou seja, uma configuração política semelhante ao sistema federativo americano. Para poder fazer frente aos desafios externos será imperativo adotar uma política de defesa comum, da mesma forma que para resolver os problemas estruturais será preciso centralizar as decisões sobre as questões econômicas. Para seguirem esse caminho, contudo, os países europeus teriam de fazer concessões radicais de soberania. Mas não existem muitas opções ao alcance. Ou a União Europeia se desintegra de vez, liberando os países para tomar seu próprio rumo, ou tenta atravessar as turbulências atuais do jeito que dá, sem mexer muito na atual configuração institucional do bloco. Essa segunda opção é a mais provável, porque a história mostra que as instituições, uma vez instaladas, tendem a se manter por inércia. O mais preocupante, contudo, é que mesmo um continente europeu unido pode não reunir a fortaleza necessária para sustentar de modo consistente uma posição relevante nos assuntos mundiais. Talvez optar por uma postura modesta seja o mais fácil e menos arriscado para a Europa. As ambições dos países europeus, antes acostumados a ser fortes e influentes, terão de ser reduzidas. (LAQUEUR, 2012, p. 15-19)



de concentração ainda maior dos subsídios e dos ganhos, na unificação alfandegária e monetária como máquina de guerra comercial e financeira e não em uma chamada “solidariedade cosmopolita”.

Neste contexto, o próprio Habermas, em recente publicação pelo *Der Spiegel* sob o título “A Missão de um Filósofo para Salvar a Europa” relata, em uma palestra no Goethe Institute de Paris, que:

Em algum momento depois de 2008, eu entendi que o processo de expansão, integração e democratização não avança automaticamente por suas próprias forças, que ele é reversível, que pela primeira vez na história da União Europeia estamos experimentando um desmantelamento real da democracia. Eu não pensava que era possível. Chegamos a uma encruzilhada.(...) Se o projecto europeu falhar então há a questão de quanto tempo vai ser necessário demorar para chegar ao status quo novamente Lembremo-nos da revolução alemã de 1848: quando falhou, levamos 100 anos para recuperar o mesmo nível de democracia como antes. (HABERMAS, 2011, Parte 2)

O que o pensador alemão tem detectado é que todo o protagonismo de ação contra a crise europeia parte de mercados, destacando como estes mesmos mercados foram os principais responsáveis pelas quedas dos governantes da Itália e da Grécia. Habermas propõe o conceito de “*embebbed capitalism*” (que pode ser traduzido para algo como “capitalismo incorporado”), isto é, um mecanismo em que a economia de mercado seria controlada pela política, uma articulação entre democracia, esfera pública e capitalismo. (HABERMAS, 2011, Parte 2).

Em outras palavras, Habermas acredita que é possível emergir uma racionalidade comunicativa dentro de uma ambiência de esfera pública no sentido clássico capaz de controlar os avanços da economia de mercado<sup>5</sup>. Por isto, a sua ira se dirige às elites políticas e aos meios de comunicação de massa por estes se dobrarem aos mercados. As chamadas elites políticas e a própria mídia estão

---

<sup>5</sup> Habermas sustenta a existência de uma esfera pública política aberta a todos os cidadãos. O princípio da soberania popular exige uma estruturação discursiva das arenas públicas nas quais circulações comunicativas, engrenadas anonimamente, se soltam do nível concreto das simples interações. [...] Uma formação informal da opinião [...] não é sobrecarregada pela institucionalização de uma deliberação entre pessoas presentes que buscam uma tomada de decisão. Tais arenas precisam ser protegidas por direitos fundamentais, levando em conta o espaço que devem proporcionar ao fluxo livre de opiniões, pretensões de validade e tomadas de posição; não podem, todavia, ser organizadas como corporações. (HABERMAS, 1997, p. 214)



intimamente articuladas com os mercados transnacionalizados. Bastaria verificar quem são os analistas econômicos que publicam comentários na mídia, a ação de vários proprietários de indústrias da mídia como players em grandes negócios do mercado mundial e também a presença direta de representantes destes mercados nos governos, em especial nas áreas econômicas. (HABERMAS, 2011, Parte 2).

O que Habermas disse, e foi ampliado por outros intelectuais e jornalistas do Velho Mundo, é que governantes, empresários, políticos e sindicatos simplesmente estão chegando à conclusão de que **ninguém tem respostas para três perguntas** que estão na origem da crise que abala a Europa, mas pode contaminar também o resto do mundo, especialmente o Oriente Médio. Os dilemas são: como acabar com o desemprego, com a desigualdade e com o autoritarismo. (HABERMAS, 2011, Parte 2).

Neste contexto, a agonia provocada pela falta de respostas agrava o que alguns já chamam de início da **quebra da ordem mundial** provocada pelo agravamento de dois conflitos diferentes, mas que convergem no enfraquecimento do poder central na Europa. No Velho Mundo o sistema financeiro entrou em rota de colisão com o sistema político porque os banqueiros não admitem perder dinheiro e os governantes não sabem como dar respostas ao desemprego crescente e ao aumento da desigualdade socioeconômica.

Os europeus perderam a confiança nos políticos porque estes se mostraram incapazes de resistir à pressão dos banqueiros na administração da crise financeira e acabaram optando pelo modelo clássico do **arrocho, desemprego e recessão**.

Nestas condições não fica difícil perceber que uma grande quebra de paradigmas está em curso na Europa e seguramente terá repercussões no resto do mundo. A **quebra de paradigmas** se manifesta primeiro na acelerada perda de confiabilidade dos governos europeus em geral porque eles tem sido simplesmente incapazes de dar respostas para o desemprego e desigualdade.

Exatamente no momento em que um decisivo passo rumo a uma verdadeira integração política da **Europa** seria a única perspectiva de uma saída positiva da crise, a política se esconde, prisioneira da perspectiva do século XIX. Chegou o momento de se perguntar qual é o significado histórico do projeto europeu e se as ideias preconizadas por Habermas estavam equivocadas.



Como dito, Habermas considera que os Estados não têm direitos, pois somente o povo têm direitos, e então dá o passo final e coloca os povos da Europa e os cidadãos da Europa na sua posição, a que lhes é própria - são estes os atores históricos reais a seus olhos, não os Estados, não os governos. São os cidadãos que, segundo a forma atual como a política é conduzida, assim foram reduzidos a espectadores. A sua visão é a seguinte:

Os cidadãos de cada país, que até agora tiveram de aceitar a forma como as responsabilidades têm sido transferidas para além das fronteiras soberanas, podem, como cidadãos europeus, impor a sua influência democrática e a esta sujeitar os governos que estão a agir dentro de uma zona constitucionalmente cinzenta. (HABERMAS, 2011, Parte 2)

Este é o ponto principal de Habermas: uma fórmula sobre o que está errado com a construção atual. Contudo, nesta análise da crise europeia, Habermas não oferece nenhuma saída, nenhuma resposta concreta à questão de qual o caminho que a democracia e o capitalismo devem tomar, apenas ressalta que os cidadãos europeus devem se impor.

Neste contexto, percebe-se que as suas referências teóricas de Habermas não respondem os dilemas contemporâneos. Tudo o que ele oferece é a visão que a "comunidade global" terá que resolver o problema. No meio da crise, ele ainda vê o exemplo do elaborado conceito da União Europeia de uma cooperação constitucional entre os cidadãos e os Estados "como a melhor maneira de construir a comunidade global de cidadãos." Entretanto, ele não diz que medidas deve-se tomar para sair de uma muito má situação para uma melhor e mais desejável situação.

E qual o porquê esta paralisia dos cidadãos? Isto parece ser uma perspectiva que remonta ao século XIX que impõe a resposta conhecida do *demos*: a não existência de um povo europeu, motivo pelo qual uma união política digna desse nome seria um castelo de areia<sup>6</sup>. A fragmentação política constante, no mundo e na

<sup>6</sup> Segundo Laqueur, uma saída seria o surgimento de um nacionalismo europeu forte, mas esse sentimento é incipiente. Uma pesquisa de opinião mostrou que apenas metade dos europeus se sentem "europeus". O nacionalismo pressupõe que um cidadão esteja disposto a se sacrificar por aqueles com quem compartilha da mesma identidade. Quanto maior o vínculo emocional, maior a propensão à solidariedade. O fato de os alemães não gostarem da ideia de pagar para salvar da falência outros cidadãos que abusaram dos benefícios sociais, como os gregos, mostra que a solidariedade europeia é mera ficção. Prevalece a lealdade do indivíduo ao país em que ele



Europa, está em contradição com o crescimento sistêmico de uma sociedade mundial multicultural e bloqueia todos os progressos na civilização jurídica constitucional das relações de poder, estatais e sociais.

Em outras palavras, o capitalismo teria perdido o seu caminho e se há um papel possível na esfera da cidadania, este parece não se basear na busca de uma pretensa razão esclarecedora de solidariedade cosmopolita, como sugere Habermas.

Ao contrário, parece que, como diz Milton Santos, “a humanidade desterritorializada é apenas um mito”, pois hoje, sob influência do dinheiro global, o conteúdo do território escapa a toda regulação interna, objeto que ele é de uma permanente instabilidade, da qual os diversos agentes apenas constituem testemunhas passivas” (SANTOS, 2000, p.101). Os espaços globais só existem como espaços da globalização. O que existe é a fragmentação do território e não junção de interesses moralmente comuns.

Em consequência, percebe-se que se até mesmo dentro da própria Europa, onde se conjugam vários ideais e problemas comuns, não se consegue desenvolver a consciência de pertença conjunta, já que não se partilha de um sentimento de mesma identidade, parece, então, ainda mais difícil pensar na ideia de um “global governance” como parâmetro mundial a ser seguido<sup>7</sup>.

A promessa de construção de um mundo “pós-nacional” até agora apenas renova disparidades e cria novas desigualdades, o que é devido à violência dos seus processos fundadores, todos praticamente indiferentes às realidades locais. A aplicação brutal de princípios gerais a situações tão diversas é criadora de desordem.

---

nasceu. Várias tentativas foram feitas para fortalecer o sentimento da herança cultural comum, incluindo a criação de uma bandeira e de um hino europeu. Tudo em vão. A solidariedade e o sentimento nacional europeus podem se desenvolver a longo prazo, se impulsionados pela pura necessidade ou pela pressão econômica e política. Por essa razão, repito, só mesmo uma crise que ameace para valer sua existência fará a Europa se mexer. (LAQUEUR, 2012, p. 15-19)

<sup>7</sup> Na visão exarada pelo filósofo Jean-Marc Ferry, em vez de suprimir a mediação política dos Estados nacionais no seu seio, tanto a União Europeia como outros organismos internacionais, deveriam buscar proteger a coerência dentro destes Estados, desde que estejam em conformidade com o princípio de um Estado de Direito Democrático, realizando a vontade coletiva e os direitos individuais. (FERRY, 2011, Parte 7)



Segundo as condições preexistentes nos países ou como resultado da forma como estes se dispuseram a participar do novo período histórico, os territórios e as populações conhecem uma variedade de impactos, características de sua situação atual. Há, desse modo, países mais ou menos sensíveis ou mais ou menos infensos aos resultados do processo de abertura, de forma que a construção de uma aldeia global homogeneizadora, como presença obrigatória em todos os continentes parece não ser solução adequada.

Pensar a solidariedade cosmopolita entre países atingidos por fortes diferenças sociais e econômicas é por demais complicado, pois como já afirmou o próprio Habermas, não há uma consciência de um conjunto de Estados comprometidos com o cosmopolitismo, principalmente nas sociedades civis e nas esferas públicas políticas que ainda estão se desenvolvendo e fortificando internamente.

Pensar a solidariedade cosmopolita em nações onde sequer foi estabelecida uma solidariedade cívica é difícil, ainda que seja de extrema necessidade. O que se vê é que, diferentemente do que preconiza Habermas, não tem sido possível formar uma solidariedade cosmopolita apoiada no universalismo e nos direitos humanos (moral-jurídico) sem que antes haja, ao menos, a formação de uma solidariedade civil (ético-política) advinda do sentimento de uma identidade coletiva.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se ao longo deste artigo que Jürgen Habermas considera que Estado Nação, frente à globalização econômica, é impelido a constituir uniões políticas com outros Estados, fenômeno ao qual o autor se refere como constelação pós-nacional. Habermas vê na União Europeia a primeira experiência deste tipo e aplaude o fato de o bloco não se limitar a acordos econômicos, os quais por si sós não resolveriam os problemas que os Estados hoje enfrentam: manter os custos sociais dentro de um limite aceitável e cumprir com sua necessidade de legitimação.

Contudo, como se viu, para a integração europeia, seus Estados membros ainda estão muito longe de construírem um projeto político e democrático comuns. A



formação de uma agenda comum que discuta quais serão os objetivos do projeto de integração europeu, no âmbito da União Europeia, juntamente com a formação de uma identidade política dos cidadãos europeus, sobre bases democráticas e históricas parece uma realidade distante.

O que se percebe é que futuro da democracia encontra-se ameaçado quando o Estado Nacional perde funções e espaços de ação, ameaçando os direitos, a capacidade de influência e de autodeterminação coletiva dos seus cidadãos e não se consegue, em contrapartida, criar um espaço político comum.

Em realidade, observa-se é que faltam as competências necessárias para a harmonização das economias e realidades nacionais, que registam enormes diferenças nas suas capacidades de concorrência. O grande impasse que se coloca hoje é como resolver esta questão. Já é hora de repensar tanto modelo de paradigma europeu existente como o modo através do qual ele vem se desenvolvendo.

Assim, parece realmente mais produtivo que, enquanto participantes no e do processo político, os países e seus cidadãos não sejam obrigados a transferirem a sua soberania para órgãos supranacionais, mas sim, e sobretudo, estimulados a vigiar para que sejam salvaguardadas e fortalecidas as conquistas democráticas internas.

## REFERÊNCIAS

- DIEZ, Georg (2011). "Habermas, the Last European-A Philosopher's Mission to Save the EU". **Der Spiegel**. Traduzido do alemão por Paul Cohen, Traduzido do inglês por Júlio Marques Mota. Disponível em: <<http://aviagemdosargonautas.blogs.sapo.pt/818506.html>>. Acesso em: 10 jan. 2012.
- FERRY, Jean-Marc (2011). "Note sur le texte de Jürgen Habermas: Europa in Schreckstarre". **Le Monde**. Seleção e Tradução de Júlio Marques Mota. Disponível em <<http://aviagemdosargonautas.blogs.sapo.pt/tag/jean-marc+ferry>>. Acesso em: 10 jan. 2012.
- GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos Econômicos: solução de controvérsias. Uma Análise Comparativa a Partir da União Européia**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Político**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.



LAQUEUR, Walter (2012). "O futuro modesto da Europa". **Revista Veja**. Edição 2, 254/ano 45/ n. 5. São Paulo: Abril, p. 15-19.

LIMA NETO, Fernando Cardoso (2003). "A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Político". **Caderno CRH**, Salvador, n. 38, p. 281-286.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. São Paulo: Record, 2000.



# O SEGUNDO MOVIMENTO *LAW AND ECONOMICS*<sup>1</sup>, A EFICIÊNCIA E O CONSENSO DO MODELO NEOCLÁSSICO ORDENALISTA SUBJETIVISTA A PARTIR DE RICHARD POSNER: RUPTURA OU (RE)APROXIMAÇÃO AO (ESTADO DE) DIREITO CONTEMPORÂNEO<sup>2</sup>

THE SECOND MOVEMENT OF LAW AND ECONOMICS, EFFICIENCY AND CONSENSUS OF THE ORIENTING NEOCLASSICAL SUBJECTIVE MODEL OF RICHARD POSNER: RUPTURE OR (RE)APPROXIMATION TO CONTEMPORARY RULE OF LAW STATE

Alfredo Copetti Neto<sup>3</sup>  
José Luis Bolzan de Moraes<sup>4</sup>

## Resumo

Aborda-se, neste ensaio, os fundamentos teóricos do segundo movimento *Law and Economics*, sobretudo se pensado a partir das obras de Richard Posner. Enaltece-se, assim, o modelo ideológico e político assumido e observa-se criticamente o desenvolver teórico do aspecto eficientista (Pareto e Kaldor-Hicks) aplicado ao direito. Por fim, ressalta-se o descompasso do segundo movimento *Law and Economics* em relação ao modelo contemporâneo de estado de direito.

<sup>1</sup> Tem-se defendido que existiu uma primeira corrente *Law and Economics*, ideologicamente progressista, que se desenvolveu entre o final do Século XIX e o início do Século XX, cuja origem está na *German e English Historical School of Economics*, no Insitucionalismo e no pragmatismo americanos. Já, o segundo movimento unicamente caracterizou a forte opção político-ideológica proveniente da *Universidade de Chicago* a partir da metade do século XX – *lócus* inicial da aplicação da *microeconomia neoclássica subjetivista* no direito –, na medida em que avocou para si um conceito restrito de ciência, a partir do individualismo metodológico, e um conceito matematizado e purificado de economia, como ciência de meios, focada na escassez e no subjetivismo marginalista a partir de L. Robbins. Nesse sentido ocorreu a expansão da crítica ordenalista neoclássica subjetivista à era progressista, a reestruturação da preferência pelo comando do mercado – como mecanismo fidedigno à alocação de recursos ao posto do estado –, o que desencadeou o segundo movimento *Law and Economics*.

<sup>2</sup> Artigo recebido em: 10/10/2012. Pareceres emitidos em: 03/12/2012 e 06/12/2012. Aceito para publicação em: 20/12/2012.

<sup>3</sup> Doutor em Teoria do Direito e da Democracia pela Università degli Studi di Roma Tre (título revalidado PPG-D/UFPR). Mestre em Direito Público pela Unisinos. Cumpre estágio Pós-Doutoral com bolsa PDJ/CNPQ no PPG-D Unisinos. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Unijuí. Advogado OAB-RS. Mail: alfredocopetti@yahoo.com.

<sup>4</sup> Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-RJ. Doutor em Direito do Estado (UFSC/Université de Montpellier I). Professor do PPGD/Unisinos (Mestrado e Doutorado). Consultor da Capes, CNPQ, Fapergs, Fapesq e UFRN. Pesquisador CNPQ. Coordenador do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição (CNPq). Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Mail: bolzan@hotmail.com.



**Palavras-chave:** Segundo movimento *Law and Economics*. Eficiência econômica. Estado de direito contemporâneo.

### Abstract

It addresses, in this essay, the theoretical foundations of the second movement Law and Economics, especially if considered from the works of Richard Posner. Commends itself therefore the ideological and political model assumed and observed critically the development of the efficientist theoretical aspect applied to the right. Finally, we emphasize the mismatch of the second movement Law and Economics in relation to the contemporary model of rule of law.

**Keywords:** second movement Law and Economics - economic efficiency – contemporary rule of law.

## 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O desinteresse, e, até mesmo, a rejeição às premissas redistributivas da *American Progressive Era* (HOVENKAMP, 2009, Vol. 42, p. 993), fundada sob a acusação lógico-positivista referente à impossibilidade de verificação/falsificação de qualquer comparação interpessoal da utilidade, fez com que a *maistream economics* se voltasse a um papel teórico preocupado estritamente com o entendimento da manifestação externa – como, por exemplo, as transações voluntárias do mercado – das escolhas individuais subjetivas em relação a bens escassos.

Essa reviravolta se consolidou pelo golpe de misericórdia dado à cisão, não somente entre o pensamento jurídico e a teoria econômica, mas, sobretudo, da teoria econômica em relação às demais ciências sociais, como referiu *Joseph Schumpeter*, pelo **individualismo metodológico** (SCHUMPETER, 1908-9, vol. 23, p. 213-32).

*Schumpeter* apontou à nítida separação entre os progressistas e os neoclássicos, haja vista que estes últimos passaram a considerar irrelevante à ciência econômica qualquer pesquisa que fosse direcionada à inter-relação das preferências humanas, à adaptação e à sobrevivência. Para a orientação neoclássica, posta em direção da organização industrial<sup>5</sup>, o importante era

<sup>5</sup> Importante salientar nesse contexto o ensaio paradigmático de Coase (1937).



reconhecer que todas as coisas demandadas, produzidas e pagas assumiam um determinado modelo, unicamente, porque fruto da vontade individual (SCHUMPETER, 1908-9, vol. 23, p. 216).

Era necessário, nesses termos, promover o *status* científico<sup>6</sup>, e o *status* científico viria justamente promovido pela revolução positivista. Tais implicações refletiriam de modo drástico na relação entre direito e economia, ou, melhor dizendo, na desqualificação do primeiro movimento *Law and Economics* como movimento científico propriamente dito.

Assumi importante destaque nesse contexto a psicologia racionalista como ciência positiva. Consubstanciada na ideia de *behaviorismo*, esta colocou a cientificidade das respostas externas como autêntico aparato voltado a edificar generalizações sociais a fim de, precisamente, compreender o comportamento de grandes grupos (WATSON, 1925).

Todavia, enquanto a psicologia se valeu do behaviorismo à compreensão de manifestações externas, a economia neoclássica ordenalista buscou na psicologia behaviorista o fortalecimento à sua compreensão do paradigma positivista, contudo, contrariamente à própria ciência da psicologia, reconheceu o behaviorismo não como um método capaz de trazer respostas externas, objetivas, em grande escala, mas sim, como valoração individual subjetiva em condições de escassez, o que, por resultado, fez revigorar a ideologia política conservadora, e, em alguma medida, o individualismo por esta defendido, anteriormente ameaçado pelas premissas redistributivas da *American Progressive Era*.

---

<sup>6</sup> Necessário ressaltar o papel fundamental que teve a *Escola Austríaca de Economia* encabeçada, primordialmente, por *Carl Menger* a esse propósito. Na luta metodológica – mas, de algum modo, também política – contra os historicistas alemães e, posteriormente, contra os institucionalistas americanos, os austríacos, defensores da tradição subjetivista e dinâmica da análise dos processos de mercado, uniram-se aos teóricos do paradigma neoclássico – ordenalista – do equilíbrio a fim de manter a envergadura do *status* científico da teoria econômica. Contudo, tal estratégia teve um elevado custo, na medida em que o triunfo do próprio *status* científico da economia, depois de 1930, foi reconhecido como o triunfo da economia neoclássica – ordenalista –, em que o equilíbrio assumiu papel primordial, deslegitimando, ou, desconhecendo, o método científico da ação humana proposto pelos austríacos. Ver, para tanto: Huerta de Soto, ((n.d), p. 123 e ss.).



## 2 OS FUNDAMENTOS DO SEGUNDO MOVIMENTO *LAW AND ECONOMICS*: A TEORIA DA EFICIÊNCIA (PARETO)

Por volta de 1930 a economia, tendo em vista os investimentos neoclássicos ordenalistas – influenciados e fortalecidos pelo **behaviorismo subjetivista** (HOVENKAMP, p. 1.031 e ss.) –, despiu-se de sua antiga definição, radicada a partir do pensamento clássico, como **ciência da riqueza**, e, em algum grau, posteriormente, da sua distribuição, para se tornar a **ciência da escassez** (COOTER, 1984, p. 507 e ss).

O abismo criado entre essas duas concepções se mostra de fundamental importância para a compreensão de todo o mecanismo que afastou a economia do direito durante o período da *Progressive Era* e que, mais adiante, no início da década de 1960, serviu para alavancar os fundamentos da implementação do discurso econômico na ciência jurídica, submetendo esta àquele.

Dito de outro modo, a observação da economia como ciência preocupada em explicar como as pessoas buscavam acumular riqueza, isto é, acumular bens, simultaneamente, com valor de uso e com valor de troca, percebida como **categoria objetiva**, fazia com que os estudos econômicos, inclusive aqueles dos primeiros marginalistas, fossem voltados à questões como: redistribuição, custo e demanda, relação utilidade/valor, definição do valor social de determinadas *commodities* à implementação de políticas públicas, etc.; contudo, a crítica posta em voga pela economia positivista encabeçada por *Lionel Robbins* (ROBBINS, 1932, p. 16), na busca de um outro nível de cientificidade, tratou de redefinir a economia como medida humana individual à resposta da escassez, encobrindo, com isso, qualquer compreensão objetiva da riqueza.

A economia, nesses termos, passou a ser nada além do que uma reflexão subjetiva da escolha individual no âmbito do mercado, uma **preferência revelada**, como colocou *Paul Samuelson* (1948, p. 242 e ss.)<sup>7</sup>. O fortalecimento ou a

<sup>7</sup> Importante distinguir a concepção de *Samuelson* de *preferência revelada* daquela defendida por *Rothbard* de *preferência demonstrada*. A primeira, fundada na compreensão metodológica



diminuição do bem-estar geral, bem como manifestações externas de dor/prazer não eram – mais – evidências científicas, pela impossibilidade de verificação empírica, que permitiriam identificar mudanças ocorridas no próprio bem-estar.

Se a vontade individual de pagar era a única fonte determinante do valor de um bem, a compreensão de bem-estar teria de se desvincular de todo o arcabouço característico das ciências sociais e seguir os mesmos passos traçados pelo novo conceito de valor, isto é, teria de ser unicamente dependente da valoração individual agregada.

Nesse contexto, **economia do bem-estar e mercado competitivo** estariam entrelaçados mutuamente, na medida em que: a) a competição perfeita maximizaria a totalidade do bem-estar social; b) qualquer intervenção estatal, não justificada por uma falha no mercado, reduziria o bem-estar, ou, na melhor das hipóteses, traria consequências indeterminadas; c) mal distribuição da riqueza não poderia ser caracterizada como falha do mercado.

O impacto ideológico do ordenalismo promovido por *Robbins*, de assepsia metodológico-científica, foi levado às últimas consequências por *Milton Friedman* (1970, p. 1-43) e pelos positivistas da Escola de Chicago, sob o pressuposto da erradicação da moral e da ética na economia, cujo resultado possibilitou que se reestruturasse, restritivamente, a teoria econômica do bem-estar sob as vestes articuladas pela teoria – trilogica – da **superioridade eficiente**, em busca da **otimização**, produtora e produto do **equilíbrio** de Vilfredo Pareto (2006, p. 107 e s.).

A **teoria da eficiência de Pareto**, como foi conhecida, mitigou a corrente progressista da política estatal do bem-estar, na medida em que adotou a ideia falaciosa de incrementação do bem-estar geral pelo paradoxo criado na percepção individual subjetiva de melhora, cujo intuito seria evitar qualquer comparação

---

neoclássica – a escala de preferências de cada pessoa permanece inalterada no tempo –; a segunda, com base na *praxiologia* da *Escola Austríaca* – a preferência de cada pessoa é voltada somente ao momento em que age. Ver, para tanto: Rothbard (2001, p. 15 e ss.).



interpessoal da utilidade<sup>8</sup>. Resultado disso foi que se tornou insustentável, impossível, segundo esse critério, reconhecer a expansão do bem-estar geral pela transferência involuntária de riqueza; mas, de forma inversa, cada vez mais ampla a compreensão de que o fortalecimento do bem-estar aconteceria, naturalmente, pelas trocas de mercado.

Entretanto, com uma apreciação mais acurada, faz-se indispensável afirmar que nenhuma compreensão de melhoramento da utilidade total seria possível sem que se reconhecesse, necessariamente, alguns *standards* objetivos mínimos à comparação interpessoal da utilidade (PARETO, 2006, p. 95 e segs.). Dito de outro modo, os critérios de Pareto eram ineficientes, isto é, postos consciente ou inconscientemente, eram incapazes de, perante o seu próprio fundamento científico, trazer repostas satisfatórias a respeito do aumento da utilidade total da sociedade; independente disso, cumpriram de forma suficiente, talvez aquilo que se pode chamar de seu verdadeiro fim: ordenar as preferências individuais conexas à concepção de livre-mercado, sob as vestes do *liberismo* econômico<sup>9</sup>.

Para tanto, o critério **Pareto-superior** marca a relação de dois estados de coisas e determina que a melhora de um estado em relação ao outro é eficiente na medida em que, e somente na medida em que, ao menos uma pessoa reconheça a melhora no seu bem-estar – subjetivo – e nenhuma outra pessoa verifique qualquer diminuição no seu bem-estar – também subjetivo.

Nesse mesmo sentido, o critério *Pareto-ótimo* vem assinalado quando, para qualquer alocação de recursos, ou seja, para qualquer melhora no bem-estar individual de uma pessoa, seja necessário a diminuição no bem-estar de outra.

Ambas as concepções de eficiência criadas por *Pareto* estão interligadas, na medida em que existe a distribuição **Pareto-ótimo** quando inexiste a possibilidade

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, pressupõe-se utilidade total a capacidade de agregar, individualmente, funções de utilidade. Para o dimensionamento da questão ver a coletânea de ensaios de Coleman (2005, p. 67-133).

<sup>9</sup> Ver Bobbio (2006, p. 98-99).



de aplicação do critério **Pareto-superior**, todavia, isso não quer dizer que, como coloca Coleman (2005, p. 129), não se atinja o estado de **Pareto-ótimo** por outros critérios que não o de **Pareto-superior**, como, por exemplo, **Kaldor-Hicks** e até mesmo **não-Pareto-superior**.

De todo modo, não tardaram argumentos para expor os limites da teoria da eficiência construída por Pareto, seja à sua relação com o utilitarismo como base normativa, seja ao mecanismo formal de compreensão da eficiência propriamente dita.

Não obstante tudo isso, se enaltece a seguir três críticas à teoria da eficiência de Pareto, ou seja, a primeira, coloca-se à intersecção da base normativa – utilitarista ordenalista – com o mecanismo formal de compreensão da teoria; a segunda, quanto ao próprio mecanismo formal de compreensão da teoria; e, a terceira, no seu aspecto ideológico, como seguem: **a) a crítica da impossibilidade:** pela impossibilidade real de informação e, ainda, pela incoerência da unanimidade em um específico estado de coisas – sem falar no caráter paradoxal e contraditório em que se coloca o requisito fundamental da teoria, a percepção individual subjetiva e incomparável de bem-estar, com a necessidade de uma percepção unânime ao alcance de uma determinada situação –, que vem fortalecida pela existência comprometedora de uma pluralidade de situações do mundo real; **b) a crítica do respeito/negação/suplantação do direito individual ao veto:** pelo caráter obrigatório de atingir o consenso e a unanimidade, isto é, em uma dada situação, mesmo esta sendo eficiente, não existe nenhuma possibilidade real de coerção à aceitação de todos sem que tal coerção à aceitação não negue o direito individual ao veto. Noutras palavras: ou o direito individual ao veto, se respeitado, impossibilita e descaracteriza a eficiência; ou, a eficiência se sobrepõe ao direito individual ao veto; ou, ainda, como auge disso tudo, a eficiência se enraíza numa **falácia normativa** à vista de suplantar o direito individual pelo consenso<sup>10</sup>; **c) a crítica da manutenção**

<sup>10</sup> Aqui é interessante se valer da metáfora colocada por Polinsky (2003, p. 1-2). Um acidente marítimo deixou um físico, um químico e um economista presos em uma ilha deserta, sem alimento. Depois de alguns dias eles encontraram uma lata de feijão. Os três se reuniram e cada



**do status quo e da supressão da justiça distributiva:** em se tratando, teoricamente, de situação **ótima de Pareto** – isto é, uma dada situação se assume como **ótima de Pareto** quando não se pode, em hipótese alguma, melhorar as condições – subjetivas – de um indivíduo sem, com isso, piorar as condições de outro – o *status quo* deve permanecer inalterado, mesmo que se suprima a justiça distributiva, na medida em que é tanto **ótima de Pareto** uma sociedade **A** que acumula todos os recursos a **X** e nenhum a **Y**, como uma sociedade **B** que divide os recursos à metade para **X** e **Y** (CALSAMIGLIA, 1987, n. 4, p. 273).

### 3 AS DENÚNCIAS DE *JULES COLEMAN* À EFICIÊNCIA DE PARETO: PROBLEMAS ELEMENTARES AO SEGUNDO MOVIMENTO *LAW AND ECONOMICS*

*Jules Coleman* (2005, p. 96 e ss.) vai ao ponto fulcral da discussão e indica o problema da proposta de eficiência desenvolvida por Pareto na vinculação dessa ao ordenalismo subjetivo da utilidade, na medida em que o utilitarismo ordenalista assumiu – foi colocado – como o fundamento normativo da eficiência.

Sob dois aspectos, um consequencialista e outro não, *Coleman* levanta alguns questionamentos inerentes ao utilitarismo aplicado para o – ou delineado pelo – pensamento econômico. Sem questionar o caráter consequencialista, ele interpõe: quais preferências devem prevalecer, isto é, quais são os limites das preferências? Como o ordenalismo pode se dedicar à promoção da utilidade total da sociedade sem recorrer à distribuição, e, ainda, acrescenta-se, sem valorizar as

---

um deus a sua opinião a respeito da melhor forma de abrir a lata. O físico propôs o seguinte método: *i've calculated that the terminal velocity of a one-pound object – the weight of the can – thrown to a height of twenty feet is 183 per second. If we place a rock under the can the impact should just burst the seams without spilling the beans.* O químico deu sua resposta, contrariando o físico: *that's risky since we can't be sure we will throw it to the correct height. I've got a better idea. Let's start a fire and heat the can on the coals for one minute, thirty-seven seconds. I've calculated that this should just burst the seams...* O economista reagiu e achou a ideia de ambos complicada, dizendo: *both of your methods may work, but they are too complicated. My approach is much simpler: Assume a can opener.* Polinsky refere que a história contém uma *verdade* e uma *mentira*: a verdade é que os economistas trabalham com *assunções*; a mentira é que as *assunções* sejam ridículas. Infortunadamente, ele acrescenta, pensando bem, a mentira nem sempre é uma mentira.



questões próprias de um custo marginal crescente e de um benefício marginal decrescente<sup>11</sup>? Como quantificar o aumento da utilidade total sem a concepção da comparação interpessoal? Todas essas questões ficam à mercê – somente – de respostas ideológicas e se fragilizam ainda mais quando são aceitas as críticas que dizem respeito ao caráter consequencialista do utilitarismo<sup>12</sup>, desenvolvido, é preciso que se coloque, à concepção da eficiência econômica *paretiana*, isto é, de uma razão moral geral para perseguir suas provisões.

Nesse ponto é importante fazer um adendo, na medida em que as interrogações consequencialistas da doutrina utilitarista, colocadas à discussão anglo-saxônica, dizem respeito às violações de princípios morais para o aumento da utilidade total, como também à obrigação de um determinado indivíduo em agir em benefício de outros, rompendo com a liberdade individual. Defende-se aqui, se o caso assim necessitar, uma nomenclatura diferenciada, com, talvez, resultados mais nítidos, quer-se dizer: a não violação de princípios constitucionais voltados à proteção de direitos fundamentais, em benefício do aumento da utilidade total; bem como a não obrigação de um indivíduo agir à vantagem de outros, na medida em que exista a garantia – por aqueles princípios constitucionais – de sua não obrigatoriedade.

Mais: em virtude do caráter assumido pelo direito, sobretudo nas últimas décadas do século XX e nessa primeira década do século XXI, isto é, em virtude do papel transformador à sociedade que o direito avoca, entende-se como inconcebível conduzir a eficiência econômica nos moldes *paretianos*, tendo como base normativa a ordenação de preferências individuais de utilidade – ou bem-estar – não comparáveis entre si, haja vista que de nada auxilia à implementação de garantias de direitos e/ou políticas públicas determinadas constitucionalmente.

---

<sup>11</sup> Ver a ideia de preferências sociais não lineares de *Nash* e *Rawls*. Um bom exemplo é dado no texto de: Parisi. Disponível em: <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/Authors.html>>. Acesso em: jul. 2009.

<sup>12</sup> Essa crítica consequencialista somente pode ser levada em consideração na medida em que se admite a intrínseca relação entre eficiência e utilitarismo, como fez *Richard Posner* ao tratar do assunto. Posner (1979, n. 8, p. 103-140).



Como intervêm Calabresi e Bobbit (2006, p. 89 e seg), existe um equívoco na compreensão e na confiança em relação ao critério *paretiano* desenvolvido pela economia do bem-estar neoclássica subjetivista: este, expresso nos moldes do próprio **teorema de Coase** (1960) – dada a assunção de que os envolvidos nas negociações tenham: **conhecimento substancial dos fatos, racionalidade perfeita, ausência de custos de transação e ausência de efeito na renda** – revela, justamente, o seu falimento como guia para escolhas políticas, porque, à parte o **custo de criação/manutenção do mercado** – que é excluído do teorema –, uma hipótese **X** não ligada ao mercado não tem como ser julgada sob os critérios *paretianos*, pois emersos da economia do bem-estar neoclássica, ou seja, de uma teoria estritamente desenvolvida e vinculada ao mecanismo do mercado, que, por sua vez, emprega uma validade axiomática diversa entre expressões de preferências externas àquelas internas ao mercado.

Contudo, isso não impõe que a teoria formulada por Pareto não seja válida, de forma estrita, à ciência economia, e nada impede, da mesma forma – e sobretudo – que a teoria formulada por Pareto seja observada por um outro critério normativo, na medida em que, e, contrariamente àquilo que pensou Richard Posner (1979, n. 8, p. 105 e ss.), embora a eficiência de Pareto tenha sido construída vinculada ao utilitarismo ordenalista, pensado nos moldes da economia subjetivista, essa vinculação é passível de ruptura, e outro critério normativo, tranquilamente, pode ser elaborado/reconhecido/aplicado, ao ranqueamento paretiano de estados sociais. Porém, é imprescindível referir – e deixar claro – que a discussão acerca do caráter moral do utilitarismo vem à tona, somente, numa percepção externa à ciência econômica e não assume nenhuma relação intrínseca com a ordenação de preferências individuais não comparáveis entre si, tal qual propôs a economia subjetivista.

Noutras palavras, se a proposta de eficiência de *Pareto* veio para barrar a comparação do bem-estar individual, e, por isso, talvez, teve essa compreensão utilitarista, que, mais uma vez se afirma, lhe é própria – mas não necessária –



enquanto ordenalismo subjetivista na economia, ela também, em virtude dessa mesma compreensão, foi eficaz em barrar qualquer possibilidade de verificação do bem-estar geral da sociedade e, assim, mostrou-se inócua para o sistema jurídico-político à promoção de políticas sociais redistributivas tal qual delineadas pelo **Estado de Direito Contemporâneo**<sup>13</sup>.

Entretanto, aplicável, exemplificativamente, ao interesse pessoal determinado pelo *liberismo* econômico, bastando, para tanto, assumir como premissa que o mercado é um *locus* eficiente e que as trocas racionais ali efetivadas, nas arestas do **teorema de Coase** – como resultado do interesse de indivíduos bem informados e com custo zero de transação –, são unanimemente consentidas, e resultantes, por isso, da expressão da liberdade individual, prova, por consequência, de uma moralidade autônoma.

Com efeito, tratando com maior cuidado esse último argumento, por óbvio, é possível afirmar, argumentativamente, que nem o mercado é eficiente, visto que nem todas as transações têm custo zero, e, de forma recursiva, nem os indivíduos que ali agem são sempre bem informados, visto que nem todos os resultados são eficientes.

Supor, desse modo, que as ações individuais no mercado não, necessariamente, são eficientes – nos moldes *paretianos* –, repercute, além disso, de forma indireta, no fortalecimento do argumento que impossibilita a assunção da eficiência como condicionante do papel da esfera pública.

Isso porque a busca pela eficiência pode descaracterizar o livre-mercado e, desse modo, causar aporias: ou se assume que o livre-mercado não é eficiente, e se privilegia a compreensão *liberista* que propõe a não intervenção da esfera pública no mercado; ou se privilegia a eficiência, em detrimento à compreensão *liberista*, e se assume a necessidade de intervenção da esfera pública.

<sup>13</sup> O *Contemporâneo* aqui empregado com “c” maiúsculo refere-se ao conteúdo social assumido pelo estado no decorrer do século XX, sobretudo a partir da sua segunda metade. Ver, para tanto: Bolzan de Moraes (2002, p. 34).



Admitindo-se o acima colocado, por um lado, ocorre a perda de sentido do argumento que reconhece a eficiência como expoente da liberdade individual – ao menos àquela compreensão *liberista* – e prova de uma moralidade autônoma; por outro, paradoxalmente, a eficiência pode voltar a ser um argumento vinculado ao utilitarismo à busca da promoção do bem-estar geral, mas para ser levado a sério esse vínculo, justamente o que eficiência *paretiana* veio conter, torna a aparecer, ou seja, os *standards* de comparação interindividuais, sem os quais nada pode justificar a intervenção estatal à promoção do bem-estar, pois o seu escopo pretende o resgate da maximização da utilidade total, a não ser que, em última análise, a eficiência seja sua própria justificação – a justificação da intervenção da esfera pública *sobre*<sup>14</sup> o mercado – já que em economia, ao menos em respeito ao que dela pensa o **segundo movimento da *Law and Economics***, a eficiência é preferível à ineficiência<sup>15</sup>.

#### 4 (SEM) LIMITES E (SEM) VÍNCULOS JURÍDICOS: A REFORMULAÇÃO INTERNA DO SEGUNDO MOVIMENTO *LAW AND ECONOMICS*

De todo modo, a eficiência econômica tem de encontrar no sistema jurídico, não o mecanismo apto para se promover/proteger, como o fim de, com isso, gerir o próprio sistema jurídico, mas sim o seu limite e vínculo, enquanto esse é o instrumento voltado, sobretudo, à garantia de direitos fundamentais, que, consoante os ditames constitucionais, submete, tanto o exercício do poder econômico – eficiente ou não eficiente –, como o exercício do poder político eleito democraticamente.

---

<sup>14</sup> A intervenção da esfera pública *sobre* o mercado – diferente da intervenção *no* mercado – tende a consolidar a política neoliberal, isto é, visa a *que as regras do jogo econômico sejam asseguradas e o “livre mercado” possa atuar*. Ver, nesse sentido, Scaff (2001, p. 6). Também, ver: Grau (2007, p.146-9).

<sup>15</sup> Coleman (2005, p. 127), sustenta que esse pensamento proveniente do segundo movimento da análise econômica do direito acaba por se caracterizar como um erro fundamental, na medida em que *in economic theory, not every efficient distribution is preferable to every nonefficient one*.



Assim, a distribuição de recursos se dá conforme estipulado pelo sistema jurídico à garantia dos direitos fundamentais, isto é, nem o direito tem como fim a busca da eficiência econômica, tampouco a ela está submetido/vinculado para o alcance de seus fins.

Não obstante tudo isso, a análise econômica voltada ao direito, incapaz de resolver o problema do caráter científico da comparação interpessoal, nos moldes do **positivismo lógico** por ela entendido e aplicado, ou seja, nos critérios de verificabilidade e falseabilidade empírica de cada assertiva delineada, fechou-se em si mesma e trouxe a resposta numa síntese muito, se pode colocar, contraditória, haja vista que, sem se afastar do **discurso subjetivista de Robbins**, mas reconhecendo a necessidade do sistema jurídico de trabalhar com medidas objetivas em relação ao bem-estar, sobretudo em situações colocadas ao lado de fora das práticas negociais do mercado, a Análise Econômica do Direito fundamentou-se, ou, jamais deixou de fundamentar-se, a despeito de sua **normatividade intrínseca**, numa teoria subjetiva e incomparável da escolha, e objetiva quanto a sua unidade de medida: **a teoria microeconômica do preço**<sup>16</sup>.

Dito de outro modo, paradoxalmente, pela não aceitação científico-teórica proveniente da *mainstream economics* em relação à comparação interpessoal do bem-estar, mas pelo reconhecimento dessa própria necessidade, em se tratado, mais do que da sua aplicação ao direito, do intuito de adentrar nos fundamentos

---

<sup>16</sup> A crença na *teoria do preço* como mecanismo fundamental à estabilidade social veio, sobretudo, por meio dos monetaristas, em especial *Milton Friedman*, cujo pensamento potencializou a guinada conservadora já existente na *Chicago University*. Tal visão conservadora foi desenvolvida sob a ótica de *Frank Knight* e levada a cabo por *Aaron Director*, criador, em 1958, do *Journal of Law and Economics* e responsável pelo início da implementação dos princípios econômicos neoliberais às disciplinas jurídicas da própria universidade. Ver, para uma compreensão histórica, Duxbury (1997, p. 330 e ss.). Também, Mackaay (2000, p. 75 e ss.). Quanto ao pensamento de *Friedman* ver: FRIEDMAN, 1982, p. 15 e segs. A aplicação da *teoria do preço* para as disciplinas jurídicas não diretamente voltadas ao mercado tem como ponto inicial o trabalho de *Gary Becker*. Foi ele quem deu a grande virada no *segundo movimento Law and Economics*, estendendo a análise econômica, por exemplo, ao crime, à discriminação racial, ao casamento e ao divórcio, *that is applicable to all human behavior, be it behavior involving money prices or imputed shadow prices, repeated or infrequent decisions, large or minor decisions, emotional or mechanical ends* ver: Becker (1976, p. 8). Sobre a importância de Becker para a análise econômica do direito ver: Posner (1979, n. 22, p. 211-215).



subjacentes ao pensamento jurídico e possibilitar: por um lado, profundas reformulações e releituras<sup>17</sup>; por outro, por meio dessas reformulações e releituras, a adequação e a submissão daqueles fundamentos aos critérios desenvolvidos pela ciência econômica, foi que *Posner* – o nome mais nítido e expressivo do segundo movimento da Análise Econômica do Direito, mas, também, o nome mais conturbado em se tratando da posição teórica do próprio movimento – buscou salvar a eficiência das críticas postas ao utilitarismo como base filosófica normativa, especialmente no que se refere ao seu aspecto de incomparabilidade do bem-estar individual, pela substituição desse pela maximização da riqueza<sup>18</sup>.

Na verdade, o que *Posner* propôs foi, não somente a substituição da – impossível – comparação interpessoal do bem-estar pela – possível – comparação da riqueza, mas a substituição da eficiência, em bases paretianas, pela maximização da riqueza, cuja base à eficiência se transformou no **princípio de compensação potencial** – dos prejudicados: a conhecida **eficiência de Kaldor-Hicks** (POSNER, 1981, p. 49 e ss).

Nos anos finais da década de 1930, *Nicholas Kaldor* e *John R. Hicks* revigoraram a proposta de *Pareto* à manutenção – sofisticação – de sua cientificidade e aplicabilidade, tendo em vista as inúmeras críticas recebidas, sobretudo em relação à possibilidade de comparação interpessoal da utilidade.

Todavia, contrariamente à teoria edificada por *Pareto*, na qual se verificou a necessidade de reconhecer a comparação interpessoal de preferências à

---

<sup>17</sup> *Minda* esclarece que a economia, diante das crises das escolas jurídicas – no contexto americano: *Legal Process* e *Right Bases* –, foi a disciplina que conseguiu, a um preço altíssimo, porém, trazer respostas aos problemas legais. Ver: *Minda* (2001, p. 141 e ss.).

<sup>18</sup> A substituição do princípio da utilidade pelo princípio da maximização da riqueza começa a ser elaborada por *Posner* na edição de 1972 do seu livro teórico inicial *Economics Analysis of Law*. (POSNER, 2007). Formam a mudança, ainda, os textos: *Posner* (1979, n. 22, p. 103-40). Também vem delineado em: *Posner* (1981, p. 13 e ss., 60 e ss.). *Posner* (1990, p. 391 e ss.). O princípio da maximização da riqueza é reconduzido por *Posner* e atinge uma denotação não mais *ética*, mas *pragmática* em: *Posner* (2004, p. 102 e ss.). Quanto aos critérios do pragmatismo promovido por *Posner* ver as críticas de: *Dworkin* (2007, p. 75-8 e 105-11). Um apanhado geral sobre os argumentos e críticas a *Posner* se encontra em: *Reyerson*, Disponível em: <<http://linguafranca.mirror.theinfo.org/0005/posner.html#1>>. Acesso em: out. 2012. Também em: *Cole* (2007, n. 59, p. 1.735-1.752).



possibilidade de identificar qualquer grau de aumento na utilidade total de uma determinada circunstância, o critério de *Kaldor-Hicks* (KALDOR, 1939, p. 706), na medida em que definiu que os **vencedores** de uma apontada situação deveriam ter lucrado mais do que os **perdedores** teriam perdido, ao ponto de poder compensá-los pelas suas perdas e, ainda assim, permanecer em um estado melhor do que se encontravam anteriormente<sup>19</sup>, pressupôs, de imediato, uma comparação interpessoal de preferências, mas mesmo essa comparação interpessoal de preferências, sob a base proposta pelo critério *Kaldor-Hicks* de eficiência, não teve condições **científicas** de indicar o crescimento da utilidade total de um determinado contexto, tendo em vista a sua submissão ao **paradoxo de Scitovsky** (SCITOVSKY, 1941, n. 9, p. 77-88), isto é, ao fato de dois estados contextuais diversos serem reconhecidos como Kaldor-Hicks eficientes um ao outro<sup>20</sup>.

Desse modo, como recorrer à comparação pessoal de bem-estar em critérios paretianos queria dizer recorrer a *Standards*, única forma de permitir a avaliação da utilidade total de um determinado contexto, mas, conseqüentemente e sobretudo, queria dizer abrir precedente à justificação de políticas públicas (re)distributivas, contrariando, desse modo, a própria concepção ideológica da teoria de Pareto, ou seja, justamente àquilo que a eficiência de Pareto buscou evitar; e, como a comparação pessoal de utilidade/bem-estar promovida pela eficiência de *Kaldor-Hicks* trazia inconsistência aos critérios de preferências assumidas, por conta do já citado *paradoxo de Scitovsky*, era necessário objetivar não as características que traziam o conceito de eficiência em si, seja aquele de *Pareto* ou de *Kaldor-Hicks*, mas a base normativa à comparação dos critérios de preferências: surge, dessa relação, o **sistema de maximização da riqueza** como **critério standard** objetivo para formar a base normativa da eficiência.

<sup>19</sup> Ou, ainda, numa *versão frágil* da eficiência de Kaldor-Hicks, os vencedores, após a compensação, encontram-se, ao menos, na situação originária de alocação de recursos. Ver: Chiassoni (1992, p. 242).

<sup>20</sup> Ver o exemplo do paradoxo de Scitovsky em: Coleman (2005, p. 127).



Foi dessa forma que o segundo movimento da *Law and Economics*, capitaneado por *Richard Posner*, conseguiu defender sua ideologia política, mantendo-se fiel ao liberismo econômico, sem precisar argumentar a favor da incomparabilidade de escolhas individuais<sup>21</sup>, na medida em que a riqueza, como **valor social genuíno**<sup>22</sup>, pôde ser comparável interindividualmente, isto é, como caracterização de um estado de coisas que possibilitou o seu ranqueamento pelos critérios de *Pareto* ou de *Kaldor–Hicks*.

Todavia, embora teoricamente resolvido – na perspectiva da análise econômica – o problema da comparação de preferências<sup>23</sup> por meio da implementação da maximização da riqueza como critério normativo da eficiência, assumi-la como função basilar do direito, seria – além da impossibilidade de se encontrar qualquer legitimação/justificação interna à sua aplicação – determinar muito mais do que a unificação da ciência econômica à ciência jurídica; seria acabar com a autonomia do direito, determinando a submissão deste àquela.

E não importa, como quis evidenciar *Posner* no seu **giro pragmático**<sup>24</sup>, que o sistema de maximização da riqueza tenha passado de uma justificação ética – como um conceito ético – para outra pragmática, focada na **melhor decisão** em direção das necessidades presentes e futuras da sociedade; a maximização da riqueza se mostra incompleta e antijurídica, pois, paradoxalmente, na medida em que visasse a reconhecer direitos básicos, fundamentais a todos os seres humanos,

<sup>21</sup> Anderson (1993, p. 44 e ss.), esclarece, e aí se compreende, ainda mais, a concepção de Posner, que qualquer política de maximização de um determinado valor requer a sua comensurabilidade.

<sup>22</sup> Esse é o argumento de Posner para justificar a busca da maximização da riqueza pelo poder público. Da mesma forma que foge da crítica interna à análise econômica do direito, desvinculando a riqueza de termos estritamente monetários, na medida em que somente trocas envolvendo preço seriam capazes de maximizar a riqueza. De todo modo, o preço vincula-se à demanda e a demanda, em parte, é o resultado do exercício de direitos fundamentais, que, por sua vez, não são gerados pela maximização da riqueza. Ver a crítica em: Coleman (2005, p. 108 e ss.). A defesa da maximização da riqueza está em: Posner (2004, p. 98-100).

<sup>23</sup> As preferências, de toda forma, contam, somente se vistas como negócios no mercado

<sup>24</sup> A concepção de Posner para voltar-se a uma ideia pragmática teve como fomento evitar a crítica existente de que o segundo movimento da análise econômica do direito viria a ser um novo langdellismo. Ver: Minda (1978, n. 39, p. 439). Ver, também a crítica em: Rosa; Linhares (2009, p.166 e ss.).



como requer o modelo de estado constitucional do segundo pós-guerra, acabaria por se afastar do seu fim e prejudicar o pleno funcionamento do seu próprio sistema, voltado à eficiência econômica.

Isso porque o direito tem um mero valor instrumental à análise econômica, e esta, na busca da maximização da riqueza – utilizada como característica desejável de um estado de coisas e assumida como fim da sociedade para a sua nivelção pelo uso da eficiência – somente tende a respeitar direitos, isto é, implementa mecanismos à sua efetivação/garantia, na medida em que essa efetivação/garantia seja necessária/requerida pela eficiência econômica à maximização da riqueza.

Indo além: tampouco a análise econômica visa a criar/expandir direitos, pelo simples fato de que para as propostas teóricas do segundo movimento *Law ad Economics* a imagem do próprio direito não existe fora da busca, incessante, da maximização da riqueza, o que acarreta: a) a falha em levar em conta qualquer outra preferência pessoal que não seja a riqueza; b) a falha em tratar todas as pessoas como iguais, na medida em que deixa de lado uma base inicial de distribuição de direitos<sup>25</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se, como visto, a eficiência não está vinculada endogenamente ao utilitarismo, nem se estabelece como sinônimo moral da liberdade, tampouco pode ser enquadrada, ainda mais se compreendida pelo princípio normativo da maximização da riqueza, em uma concepção consensual do contratualismo, seja pelo seu lado abstrato, seja pelo seu lado concreto – que se vincula à liberdade. Ou seja, sob o aspecto abstrato do consenso contratualista, a busca da eficiência não pode ter uma força ontológica assegurada, sobretudo quando não está assegurada a ideia mesma de autonomia/liberdade individual, na sua mais ampla

<sup>25</sup> Como coloca Coleman (2005, p. 108 e ss.).



compreensão<sup>26</sup>; sob o aspecto concreto, justamente quando assegurada a autonomia/liberdade individual, é antitética a compreensão da eficiência como razão moral abstrata do direito.

Em outras palavras, o consenso dado concretamente a uma determinada situação, que cause uma alocação de recursos ótima de Pareto, ou que aceite uma compensação, produzindo um resultado *Kaldor–Hicks* eficiente, não é sinônimo de uma aceitação abstrata da eficiência como critério normativo à ação da esfera pública/privada, seja no aspecto primordialmente político no caso da primeira, seja no aspecto iminentemente jurisdicional, em relação à segunda<sup>27</sup>.

Tal perspectiva acarreta a ideia que uma política pública eficiente, ou uma transação negocial privada eficiente, não são por si só válidas ou de acordo com o sistema jurídico. Estas somente serão – validas ou de acordo com o sistema jurídico – se substancialmente assim reconhecidas no próprio sistema, independentemente da concepção de eficiência econômica: qualquer arranjo institucional depende de uma teoria do direito e se essa teoria do direito é fundada no reconhecimento e na garantia de direitos fundamentais, como o são os contemporâneos estados de direito, nem o sistema jurisdicional tem o dever de perseguir a eficiência na resolução de casos concretos, tampouco as políticas sociais determinadas pelas demais funções do poder público têm de ser eficiente em âmbito econômico.

Se, na melhor das hipóteses, para determinar qual parte tem razão em um litígio de responsabilidade é necessário, também, um argumento econômico à delimitação da compensação por danos causados, tal necessidade não implica no enalço, de forma alguma, da eficiência econômica como critério normativo do direito<sup>28</sup>, já que para uma implementação desse nível, como sustenta Coleman

<sup>26</sup> Quanto à ideia de liberdade ver Ferrajoli (2007, p. 303 e ss.).

<sup>27</sup> Segundo Kornhauser (2006). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/index.html#return-20>>. Acesso em: out. 2012. Uma das grandes discussões em relação à análise econômica do direito contemporânea tem a ver com o conceito de direito por esta desenvolvido e, sobretudo, pelo ontológico caráter normativo que o direito assume.

<sup>28</sup> É importante ressaltar, nessa perspectiva, os trabalhos de Guido Calabresi, um dos precursores do segundo movimento *Law and Economics*, cujos fundamentos, em algum grau, se afastam do



(2005, p. 130 e ss.), mostra-se imprescindível o rearranjo da concepção de **competência institucional**, como também da própria ideia de **decisão judicial**.

Porém, na medida em que se toma o caminho de tal implementação, ou seja, na medida em que se redireciona – em virtude da eficiência econômica – a competência das instituições, bem como da própria determinação dessa às decisões judiciais, o que entra em jogo é, sobretudo, a ideia de democracia e de direitos fundamentais que as fundamenta, desenvolvidas, ambas, à base do estado constitucional do segundo pós-guerra.

Nesses termos, a eficiência não é suficiente, nem necessária à validade interna do direito – a não ser que vá contra as próprias bases do estado constitucional de direito – o que não presume que deixe de ser, talvez, uma filosofia política, externa ao sistema jurídico, cujo argumento ainda está à busca de uma intrínseca justificação político-teórica que seja capaz de não romper com os fundamentos do estado constitucional: da garantia dos direitos fundamentais e da ideia jurídica de democracia constitucional.

## REFERÊNCIAS

- ANDERSON, Elizabeth. **Value in Ethics and Economics**. USA: Harvard University Press, 1993.
- BECKER, Gary S. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democrazia**. Milano: Simonelli Editore, 2006.
- BOLZAN de MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. In: **The Yale Law Journal**. Vol. 70. N° 4, 1961.
- CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Scelte tragiche**. Giufrè Editore: Milano, 2006.
- CALABRESI, Guido. About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin. In: **Hofstra Law Review**. N° 8, 1980.

---

núcleo duro neoclássico promovido pela Escola de Chicago. Nessa perspectiva está a relação proposta por Calabresi entre justiça e eficiência, o que, por sua vez, não deixou de sofrer críticas contundentes, sobretudo por parte de Ronald Dworkin. Ver: CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. In: *The Yale Law Journal*. Vol. 70. N. 4, 1961. Sobre a polêmica com Dworkin ver: Dworkin (1980, n. 8, p. 563-564). E a resposta de Calabresi: (1980, n. 8, p. 553-554).



- CALSAMIGLIA, Albert. Eficiencia y Derecho. In: **Doxa**, N°4, 1987.
- CHIASSONI, Pierluigi. **Law and Economics**: l'analisi economica del diritto negli Stati Uniti. Torino: Giappichelli Editore, 1992.
- COASE, Ronald. The Problem of Social Costs. In: **Journal of Law and Economics**, October, 1960.
- COASE, Ronald. The Nature of the Firm. **Economica**,(n.s.) , N°. 4., 1937.
- COLE, David. The Poverty of Posner's Pragmatism: Balancing Away Liberty After 9/11. In: **Stanford Law Review**. N° 59. 2007.
- COLEMAN, Jules. **Markets, Morals, and the Law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2005.
- COOTER, Robert; RAPPOPORT, Peter. Were the Ordinalists Wrong About Welfare Economics? In: **Journal Economics Literature**. N° 22, 1984.
- DWORKIN, Ronald. Why Efficiency? In: **Hofstra Law Review**. N° 8, 1980.
- DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, Principia iuris. **Teoria del diritto e della democrazia**. 2. Teoria della democrazia. Roma-Bari: Laterza, 2007.
- FRIEDMAN, Milton. The methodology of Positive Economics. In: **Essays in Positive Economics**. Chicago: University of Chicago Press, 1970.
- HICKS, John. The Foundations of welfare Economics. In: **The Economic Journal**, December, 1939.
- HOVENKAMP, Herbert. The First Great Law & Economics Movement. In: Stanford Law R HICKS, John. The Foundations of welfare Economics. In: **The Economic Journal**, December, 1939. Review. Vol. 42, 2009.
- HUERTA DE SOTO, Jesús. **Escola Austríaca. Mercado e criatividade empresarial**. Lisboa: O Espírito das Leis Editora, (n.d).
- KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparison of Utility, In: **The Economic Journal**, September, 1939.
- KORNHAUSER, Lewis. **The Economic Analysis of Law**, 2006. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-econanalysis/index.html#return-20>.
- MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn and DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of Law and Economics**, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.
- MINDA, Gary. **Teorie posmoderne Del diritto**. Bologna: Mulino, 2001.
- MINDA, Gary. The lawyer–Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law. In: **Ohio State Law Journal**. N° 39, 1978.
- PARISI, Francesco. **Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto**. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/Authors.html>. Acesso em julho de 2009.
- PARETO, Wilfredo. **Manuale di economia política**. Milano: EGEA, 2006.
- POLINSKY, Mitchell A. An Introduction to Law and Economics. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.
- POSNER, Richard. A. Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. In: **The Journal of Legal Studies**. N° 8, 1979
- POSNER, Richard A. Gary Becker's Contributions to Law and Economics. In: **Journal of Legal Studies**. N° 22, 1979.
- POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. 2. ed. México: Fondo de cultura econômica, 2007.
- POSNER, Richard. **The Economic of Justices**. Topeka: Topeka Bindery, 1981.
- POSNER, Richard. **The Problems of Jurisprudence**. USA: Harvard University Press, 1990.
- POSNER, Richard. **Frontiers of legal theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.



REYERSON, James. The **Outrageous Pragmatism of Judge Richard Posner**. Disponível em: <http://linguafranca.mirror.theinfo.org/0005/posner.html#1>. Acesso em outubro de 2012.

ROBBINS, Lionel C. **An Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. London: Macmillan, 1932.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

ROTHBARD, Murray N. Man. **Economy and State. A Treatise on Economic Principles with Power and Market Government and the Economy**. 2. ed. Auburn. Alabama. Ludwig Von Mises Institute, 2001.

SAMUELSON, Paul A. Consumption Theory in Terms of Revealed Preference. In: **Econômica**. Nº 15, 1948.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2001.

SCITOVSKY, Tibor. A Note on Welfare Propositions in Economics. In: **Review of Economics Studies**. Nº 9. 1941.

SCHUMPETER, Joseph. On the Concept of the Social Value. In: **Quarterly Journal of Economics**. Volume 23, 1908-9.

WATSON, John B. **Behaviorism**. New York: People's Institute Publishing Company, 1925.



# DO LIBERALISMO AO INTERVENCIONISMO: O ESTADO COMO PROTAGONISTA DA (DES)REGULAÇÃO ECONÔMICA<sup>1</sup>

FROM LIBERALISM TO INTERVENTIONISM: THE STATE AS PROTAGONIST OF ECONOMIC  
(DE)REGULATION

*Ana Righi Cenci<sup>2</sup>*

*Gabriel de Lima Bedin<sup>3</sup>*

*Ricardo Santi Fischer<sup>4</sup>*

## Resumo

O presente artigo analisa algumas imbricações existentes entre a esfera econômica e o Estado. Nesse sentido, inicialmente discorre sobre o surgimento do liberalismo, sobretudo quanto aos seus contornos políticos e econômicos – os quais revelam uma ideologia preponderantemente individualista e defensora do Estado mínimo – enfatizando também os reflexos deste paradigma para a constituição da democracia. Na esteira das crises do modelo liberal, aborda os aspectos econômicos inerentes ao Estado intervencionista, destacando as experiências de Weimar em 1919, na Alemanha e do New Deal, em 1929, nos Estados Unidos – as quais demonstraram a necessidade de regulação da economia, sobretudo para a garantia e proteção dos direitos sociais. Por fim, analisa a função econômica do Estado na contemporaneidade, considerando o contexto paradoxal de emergência do pensamento neoliberal e de expansão dos direitos sociais e garantias constitucionais, bem como a necessidade de regulação/regulamentação do mercado e as consequências da desnacionalização econômica.

**Palavras-chave:** Liberalismo. Estado mínimo. Intervenção econômica. Direitos sociais. Neoliberalismo.

## Abstract

This paper analyses some imbrications between the economic sphere and the State. It discourses about the origins of the liberalism, especially as its political

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 12/07/2012. Pareceres emitidos em: 26/08/2011 e 29/08/2011. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito e Sociologia pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Advogada. Mestranda em Direitos Humanos pela mesma Universidade. anarc1@gmail.com.

<sup>3</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Advogado. Mestrando em Direitos Humanos pela mesma Universidade. gbedin@msn.com

<sup>4</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Assessor de Juiz. Mestrando em Direitos Humanos pela mesma Universidade. ricardofischer@tj.rs.gov.br.



and economic contours, revealing an ideology mainly individualist and apologist of a minimum State, emphasizing also the reflexes of this paradigm to constitution of the democracy. On the hand of liberal model crises, it approaches the economic aspects inherent to interventional State, detaching Weimar (1919) and New Deal (1929) experiences, which demonstrate the need of economic regulation, mostly to guarantee and protect social rights. Finally, it analyses the economic function of State contemporaneously, considering the paradoxical context of neoliberal thought emergency and the expansion of social rights and constitutional guarantees, as well the need of market regulation and the consequences of economic denationalization.

**Keywords:** Liberalism. Minimum State. Economic intervention. Social rights. Neoliberalism.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto geral analisar a relação historicamente construída entre o Estado de direito e a esfera econômica. Tal relação depende, evidentemente, das funções que cada ideologia atribui ao Estado, na condição de administrador do interesse comum da coletividade e, em decorrência disso, o *poder* que confere ao ente estatal para interferir na economia.

A relação entre Estado e mercado/economia é balizada por duas compreensões antagônicas desse fenômeno, quais sejam, o liberalismo e o intervencionismo. Daí advieram, respectivamente, os Estados liberal e social. O primeiro teve como princípio a intervenção mínima na esfera econômica, deixando aos atores puramente econômicos a atuação no mercado – apostando na existência de uma “mão invisível” reguladora da economia, tal como se esta fosse capaz de se “autorregulamentar” –, ao passo que o segundo entende ser imprescindível a intervenção do Estado com o intuito primordial de assegurar a prática dos direitos sociais.

Tais divergências históricas refletem, até a contemporaneidade, nas formas com que o Estado – e a esfera pública, de modo geral – tem se relacionado com o mercado e, conseqüentemente, no modo como o mercado financeiro tem influído nos processos de conquistas e perdas de direitos.

Com o intuito de contribuir para essa análise, ainda que de forma breve, o presente trabalho aborda, num primeiro momento, características gerais do liberalismo, pontuando seus vieses político e econômico. Na sequência, trata do declínio dessa ideologia e, sobretudo, do modelo de Estado liberal, e da emergência



do estado intervencionista, garantidor dos direitos sociais. Finalmente, analisa o neoliberalismo, reformulação hodierna do modelo liberal, e os impactos do “livre mercado” pregado por essa ideologia sobre o Estado (hoje democrático) de direito.

## 1 O SURGIMENTO DO LIBERALISMO: ASPECTOS POLÍTICOS E ECONÔMICOS

O liberalismo, apesar de comumente analisado a partir do viés econômico, exclusivamente, é uma ideologia global, ampla: abrange os âmbitos político, cultural e econômico. Surge durante o Renascimento – momento histórico em que se constrói uma nova concepção de *homem* – e pode ser conceituado como um dos paradigmas sustentadores da modernidade. O surgimento do liberalismo está fundamentalmente vinculado à necessidade de contrapor o absolutismo e a sociedade estamental existentes até o século XVII na Europa. A concepção de liberalismo foi inaugurada por John Locke, na obra “*Second Treatise of Government*” (“Segundo tratado sobre governo civil”), publicado em 1690, em que ficam nítidas as ideias de que o governo é um “mal necessário”, constituído por indivíduos que se reuniram para compor uma sociedade, cuja finalidade é manter a *ordem* e proteger a *propriedade individual* (correspondente à vida, à liberdade e às posses dos sujeitos).

Matteucci (1998, p. 687) conceitua o liberalismo, genericamente, como

um fenômeno histórico que se manifesta na Idade Moderna e que tem seu baricentro na Europa (ou na área atlântica), embora tenha exercido notável influência nos países que sentiram mais fortemente esta hegemonia cultural (Austrália, América Latina e, em parte, a Índia e o Japão). Com efeito, na era da descolonização, o Liberalismo é a menos exportável entre as ideologias nascidas na Europa, como a democracia, o nacionalismo, o socialismo, o catolicismo social, que tiveram um enorme sucesso nos países de terceiro mundo.

O liberalismo não pode, contudo, ser compreendido como uma ideologia homogênea, uma vez que sua conceituação varia significativamente dependendo do momento histórico em que é analisado, bem como em razão do tipo de interpretação que se faz (temporal ou estrutural, por exemplo). Outhwaite e Bottomore (1996, p. 421), defendendo a ausência de univocidade no significado histórico do termo, afirmam que



no século XIX, por exemplo, o liberalismo incorporou ideias como o livre comércio, a democracia e a autodeterminação nacional. Perto do final deste século, no entanto, surgiu um “novo liberalismo”, enfatizando que o estado devia ser responsável por suprir as necessidades materiais dos pobres, de forma que estes pudessem exercer de maneira mais efetiva a liberdade de que deveriam desfrutar. Essa mediação rumo ao socialismo era evidentemente incompatível com o estado mínimo que muitos dos primeiros liberais haviam concebido como a única garantia de liberdade.

Embora não seja consensual a ideia de que o liberalismo é a ideologia própria da burguesia moderna, tal concepção é amplamente aceita, sobretudo pela explicação quanto à separação entre *política* e *moral* que a teoria liberal produziu – a qual veio ao encontro das necessidades práticas da classe burguesa que se consolidava no início da modernidade. Este entendimento pode ser exemplificado com a afirmação de Macpherson (1991) sobre a ideia de ascensão e queda da justiça econômica. Afirma o autor (1991, p. 25) que

os economistas clássicos dos séculos XVIII e XIX estavam realmente interessados em averiguar o que determinava a distribuição do produto anual de uma nação entre proprietários de terras, empresários, capitalistas e trabalhadores, mas não chegaram a discutir a distribuição em termos de justiça por acreditarem que tudo quanto o mercado livremente competitivo fazia, ou era capaz de fazer, era sempre o melhor possível. Em fins do século XIX, quando a economia política transformou-se na moderna ciência econômica, os teóricos perderam o interesse até mesmo no mercado como determinante da distribuição de renda entre as classes.

A principal característica do liberalismo é a defesa do Estado mínimo, ou seja, a ideia de que o Estado deve intervir o mínimo possível, deixando à “mão invisível do mercado” a regulamentação das relações econômicas. Daí advém o lema “*laissez faire laissez passer le monde va de lui même*” (“deixei fazer, deixei passar, que o mundo caminha por si mesmo”). Para Adam Smith, um dos principais representantes do liberalismo econômico, o soberano (Estado) possui apenas três deveres: a defesa da sociedade contra os inimigos externos, a proteção dos indivíduos contra as ofensas mútuas e a realização de obras públicas que não possam ser realizadas pela iniciativa privada – os quais representam limitações à atuação do ente estatal e que, por isso, devem ser compreendidos como critérios de fiscalização do exercício do poder pela autoridade estatal (BOBBIO, 1992).

Há que se partir da concepção de que o Estado é um limitador importante da liberdade individual e que esta é, por sua vez, o valor fundamental da teoria liberal –



o bem supremo a ser preservado pelas associações humanas. Destaca-se, assim, outro elemento essencial do liberalismo: o individualismo. Sem dúvidas, a principal característica da modernidade foi a emergência do *indivíduo* como sujeito central (substituindo-se, assim, as teorias organicistas até então preponderantes), inclusive – ou principalmente – com relação à constituição do Estado. Sem a mudança na concepção do poder do Estado (que passou a ser visto do ponto de vista do indivíduo, e não do soberano), não seria possível o surgimento do liberalismo.

René Passet (2002, p. 220) afirma que, no campo econômico, Adam Smith e Hayek

frisavam que ninguém conhece melhor as aspirações de cada indivíduo do que ele mesmo. O pecado dos autores liberais não é afirmar esta evidência, mas reconhecer exclusivamente este nível de realidade e reduzir toda sociedade unicamente a sua dimensão.

Desse mesmo contexto histórico advêm outros elementos caracterizadores da modernidade, dentre os quais se destaca a *democracia* – fator para com o qual o liberalismo guarda uma série de relações. A relação entre *liberalismo* e *democracia* oscilou, historicamente, entre antagonismo e complementaridade (especialmente do ponto de vista político). No entanto, apesar de estarem potencialmente relacionados, tais termos não são interdependentes, podendo estar absolutamente desconexos. Para Norberto Bobbio (1992), a concepção mais comum de “liberalismo” corresponde a uma ideia de Estado na qual este possui poderes e funções limitadas e se contrapõe tanto ao estado absoluto como ao estado social. Logo, um Estado liberal não é necessariamente democrático, assim como um governo democrático não necessariamente dará vida a um Estado liberal.

Bobbio (1992) enfatiza importantes características do Estado liberal, a exemplo da afirmação de que seu pressuposto filosófico (do ponto de vista de contraponto ao estado absolutista) corresponde à doutrina dos direitos do homem como sendo direitos naturais (inatos, direitos com relação aos quais o Estado pode apenas se abster e garantir a proteção) – ou seja, o Estado e os outros sujeitos não podem interferir no gozo dos direitos naturais do indivíduo. O Estado liberal não é uma concessão, mas o resultado de um acordo de vontades. Nasce de “uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei” ou de “rupturas



revolucionárias”, justificando-se como o resultado de um acordo entre indivíduos que pretendem estabelecer uma convivência pacífica e duradoura. (a doutrina percorre o caminho inverso: considera o homem *inicialmente* livre e, após o “contrato social”, “preso”).

Apesar da contrariedade já havida entre *democracia* e *liberalismo*, Bobbio (1992, p. 44) entende que a relação atual entre ambos é, necessariamente, de complementaridade:

Hoje apenas os Estados nascidos das revoluções liberais são democráticos e apenas os Estados democráticos protegem os direitos do homem: todos os Estados autoritários do mundo são ao mesmo tempo antiliberais e antidemocráticos.

Para o jurista italiano, a história da humanidade deve ser compreendida a partir do dualismo: “organicismo” X “individualismo”. Nesse sentido, a democracia e o liberalismo possuem em comum o fato de se basearem no indivíduo, apesar de o “indivíduo” democrático não ser o mesmo que o liberal. Isso não significa uma contradição, mas justamente o fato de que a combinação entre liberalismo e democracia, mais do que possível, é necessária.

O Estado Moderno atua, segundo Matteucci (1998, p. 698) em três níveis: jurídico, político e sociológico, exercendo, respectivamente, funções de soberania, de concentração do poder e de administração. Do ponto de vista jurídico e político, a relação do Liberalismo político com o sistema democrático é extremamente forte. Matteucci exemplifica que, ao passo em que o liberalismo almeja a autolimitação do Estado, com o intuito de garantir os direitos públicos e subjetivos dos cidadãos, a democracia legitima este Estado (liberal), através do sufrágio universal. Nesse sentido, o autor pondera que o liberalismo teve uma contribuição significativa na elaboração de procedimentos jurídicos e estruturas institucionais.

Do **ponto de vista jurídico**, o Liberalismo por estar **intimamente ligado ao constitucionalismo**, sempre se manteve fiel ao princípio (medieval) da limitação do poder político mediante o direito, de tal forma que **somente as leis são soberanas**, justamente aquelas lei limitadoras do poder do Governo. Do **ponto de vista político**, o Liberalismo sempre se apresentou como **defensor das autonomias e das liberdades da sociedade civil**, em contraposição, como valor positivo, ao poder central, que opera de maneira minuciosa, uniforme e sistemática. (MATTEUCCI, 1998, p. 698, grifo nosso).



A oposição do liberalismo ocorre, portanto, frente ao Estado administrativo, aspecto do exercício do poder capaz de conduzir ao Estado absolutista. Por isso, Matteucci (1998) entende como equivocada a ideia de que o liberalismo aceitou o Estado burocrático sedimentado no século XIX, dado que foi justamente o pensamento liberal (de Tocqueville a Weber) que compreendeu o Estado administrativo como grande ameaça à política e à liberdade individual.

Finalmente, é elementar destacar que liberalismo, por não ser uma doutrina homogênea, comporta entendimentos distintos – e mesmo divergentes – a exemplo da cisão detectada por Macpherson (1991) entre *liberalismo possessivo* e *liberalismo desenvolvimentista*. O autor britânico entende que o liberalismo do século XVII inaugura uma concepção de indivíduo *racional* e *atômico*, fundamentado em alguns valores centrais – tais como a “vida”, a “liberdade” e a “propriedade” –, vinculados, genericamente, à liberdade da natureza humana (ideia de direitos naturais). Em sua trajetória histórica, no entanto, o incorporou outros elementos à teoria, sobretudo no século XIX, período em que foi superado o paradigma dos direitos naturais e concebida a ideia de “trocas compensatórias” (*trade-off*) – entendida pelo autor como o elemento central do liberalismo recente.

O indivíduo do liberalismo, além de racional e atomizado, passou a ser, na doutrina do século XIX, calculador de custos e benefícios da maximização material: “houve uma troca compensatória dos direitos humanos pelo crescimento econômico” e o fortalecimento do aspecto econômico caracterizador do liberalismo, de que os principais representantes são Hume e Adam Smith. Macpherson enfatiza que no século XX, o capitalismo puro tornou-se absolutamente incompatível com a dignidade humana, situação da qual adveio a necessidade de organização do *Welfare State* e, principalmente, do viés previdenciário característico desse Estado: o Estado liberal previdenciário é compreendido, assim, como uma “espécie de reversão do modelo da troca compensatória: uma troca marginal dos imperativos da expansão capitalista por um nível tolerável de direitos humanos”. Há que se considerar, no entanto, a hipótese do Estado previdenciário ter consistido apenas numa troca compensatória, com o propósito de “salvar” o sistema capitalista do colapso de 1929. (MACPHERSON, 1991, p. 69)



As experiências de intervenção do Estado no contexto econômico após a crise do estado liberal em seu sentido “puro” atribuíram à administração pública novas funções, exigindo a superação do paradigma do absentismo estatal e determinando a proposição de políticas públicas vinculadas à esfera econômica.

## 2 O ESTADO INTERVENTOR: AS EXPERIÊNCIAS DE WEIMAR E O NEW DEAL

O papel intervencionista do Estado decorre das diversas inconsistências que se apresentam no modelo liberal, assentadas, sobretudo, a) na Revolução Industrial, com implicações na proletarianização; b) na Primeira Guerra Mundial, que rompe com a tradição do liberalismo econômico; c) na necessidade de intervenção na economia em decorrência da crise de 1929, conciliando a iniciativa privada e a ação governamental; d) na Segunda Guerra Mundial, que impôs a necessidade de um Estado controlador de recursos sociais; e) nas crises cíclicas da economia; f) na insubsistência do ideal da livre força do mercado; g) na alteração paradigmática entre da liberdade negativa para a liberdade positiva ou liberdades sociais. (STRECK, 2010, p. 70-71)

Streck (2010, p. 73-74) elenca, como fatores que contribuem para a transição do estado liberal para o estado social, a) a formação de monopólios, afetando a concepção liberal de organização e desenvolvimento da economia; b) a desestruturação dos fatores econômicos e a acentuação das diferenças sociais em decorrência das crises; c) motivos externos à produção, como o esgotamento de recursos naturais; d) a crescente preocupação com o bem-estar social assentada em teorias socialistas; e) a alteração da concepção quanto à venda da força de trabalho; f) a Primeira Guerra Mundial, com a destruição do mercado natural e a necessidade de organização da economia pelo Estado. O autor (2010, p. 74) destaca que

em decorrência disso, a concepção da separação entre o econômico e o político não tem como subsistir. Como já dito, a própria existência do Estado e da ordem jurídica significa uma intervenção: o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia.



Nesse sentido, o liberalismo, como já analisado neste artigo, trouxe importantes avanços no âmbito das liberdades. Contudo, foi cenário de uma assombrosa acumulação de capital, diante da exclusiva dominação da economia pelos agentes econômicos privados – devido à opção do Estado liberal em restringir-se à esfera política e dissociar-se da esfera econômica. O Estado liberal, portanto, “garantiu uma liberdade de ação quase ilimitada para as forças econômicas”, produzindo identidade entre os economicamente poderosos e os politicamente influentes. (BERCOVICI, 2004, p. 129)

A Constituição de Weimar<sup>5</sup> é o primeiro texto constitucional que se opõe abertamente à tese liberal da autonomia das forças econômicas, assumindo que a intervenção do Estado na economia deve visar não apenas a sua *racionalização*, mas também a *transformação* do sistema econômico (AVELÃS NUNES, 2011). Referida Constituição, portanto, integrou a economia na esfera política, lançando, deste modo, as bases da passagem do *estado de direito liberal ao estado social*.

Dessa forma, as constituições elaboradas após o final da Primeira Guerra Mundial, dentre as quais se destaca a Constituição de Weimar de 1919, inauguraram o constitucionalismo social, institucionalizando, assim, os direitos econômicos e sociais. As constituições das duas primeiras décadas do século XX têm algumas características comuns: a declaração, ao lado dos tradicionais direitos individuais, dos direitos sociais ou direitos de prestação, ligados ao princípio da igualdade material e cuja concretização depende de prestações diretas ou indiretas do Estado. (BERCOVICI, 2004) Assim, tais textos constitucionais objetivavam estabelecer

uma democracia social, abrangendo dispositivos sobre a ordem econômica e social, família, educação e cultura, bem como instituindo a função social da propriedade. As concepções sociais ou socializantes, assim como a determinação de princípios constitucionais para a intervenção estatal nos domínios social e econômico, são, assim, consideradas fundamentos do novo 'constitucionalismo social'. (BERCOVICI, 2004, p. 25)

<sup>5</sup> A Constituição de Weimar foi uma “solução de compromissos” ou “compromisso constitucional”, com o objetivo de impedir as aspirações revolucionárias de uma parte do operariado alemão, mesmo depois da derrota do movimento Spartakista, em 1918, que desejava instalar na Alemanha um Estado Socialista nos moldes da Revolução Russa de 1917.



Os direitos advindos do constitucionalismo social tornam os indivíduos “credores” do Estado, pois se referem à obrigação de realizar ações concretas para garantir um mínimo de igualdade, bem estar e acesso aos bens materiais produzidos pela sociedade. Caracterizam-se, portanto, por serem direitos garantidos “através” ou “por meio” do Estado e, por isso, é corrente a ideia de que consistem no “reconhecimento jurídico institucional do princípio da igualdade.” (BEDIN, 2004, p. 191)

Com efeito, os direitos sociais ramificam-se entre os direitos do homem trabalhador e do homem consumidor de bens e serviços públicos. Naqueles, têm-se os direitos à liberdade de trabalho, ao salário mínimo, à limitação da jornada de trabalho, ao descanso semanal remunerado, às férias anuais remuneradas, o direito de greve, entre outros. Nestes, têm-se, por exemplo, os direitos à seguridade social, à educação e à habitação. (BEDIN, 2004)

Merece destaque, ademais, que a Constituição de Weimar inaugurou as denominadas “constituições econômicas”, cujo intuito era garantir a intervenção estatal na ordem econômica vigente. Assim, questões elementares de política econômica, que no Estado liberal estavam vinculadas à iniciativa privada, passam à seara de decisão do Estado. Na constituição econômica há um duplo ordenamento: um voltado à “organização de categorias, que serve à representação dos vários setores econômicos no confronto no Estado, e o outro voltado à organização dos mercados, com o objetivo de dominar e controlar o mercado”. (BERCOVICI, 2004, p. 40-41)

Nesses termos, a Constituição de Weimar estabelece três níveis na ordem econômica:

O primeiro nível seria o dos direitos fundamentais sociais e econômicos, como o direito ao trabalho (art. 163), a proteção ao trabalho (art. 157), o direito à assistência social (art. 161) e o direito de sindicalização (art. 159). Outro nível seria o do controle da ordem econômica capitalista por meio da função social da propriedade (art. 153) e da possibilidade de socialização (art. 156). Finalmente, o terceiro nível seria o do mecanismo de colaboração entre trabalhadores por meio dos conselhos (art. 165). (BERCOVICI, 2004, p. 41)



Sem embargo, a Constituição de Weimar retirou do capital privado a gestão de certos setores de produção (a exemplo da produção de energia) que apresentavam utilidade social (AVELÃS NUNES, 2011). Além disso, previu expressamente a possibilidade de nacionalização<sup>6</sup> das “empresas suscetíveis de socialização”, conforme exposto em seu art. 156, §1º, pretendendo “colocar sob a alçada do Estado aqueles bens econômicos de utilidade social e ainda as empresas que laboram em situação de monopólio.” (AVELÃS NUNES, 2011, p. 148) A possibilidade de nacionalização de empresas consiste, contudo, somente em um dos instrumentos que permitiam a intervenção do estado na economia, podendo-se citar, também, por exemplo, o princípio da função social da propriedade, como se observa em seu art. 153, § 1º. Aos proprietários, nesse sentido,

não só é retirado o *direito de abusar* da sua propriedade, mas como cominado-lhes o *dever* de a colocar ao serviço dos interesses da coletividade. Na interpretação mais ‘avançada’, aquela norma constitucional impunha aos proprietários *comandos positivos* quanto ao modo e ao sentido da utilização dos bens de sua propriedade, não se limitando a consagrar um mero *limite negativo* ao direito de propriedade. (AVELÃS NUNES, 20011, p. 149, grifos do autor)

Avelãs Nunes (2011) esclarece, ainda, que não é possível confundir o estado social de Weimar com o estado socialista, pois as decisões atinentes à intervenção estatal na economia e na propriedade privada não tratavam de confisco puro e simples. A Constituição de Weimar previa compensações para os indivíduos que tivessem a empresa nacionalizada, como, por exemplo, a manutenção dos antigos proprietários na administração da empresa após a sua passagem para a titularidade do estado.

Desse modo, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas e sociais em todo o ocidente, porquanto representava a melhor defesa da dignidade humana ao complementar os direitos civis e políticos com os direitos econômicos e sociais. (COMPARATO, 1999) Tratou-se, então, de um instrumento catalisador e legitimador de promoção da justiça social, que atribuiu ao Estado a promoção de políticas econômicas, obrigando-o a fomentar

<sup>6</sup> Ressalte-se que nenhuma empresa fora nacionalizada.



e realizar ações concretas para possibilitar a maior igualdade possível entre os indivíduos – o que só é possível, evidentemente, mediante intervenções econômicas.

Destarte, a Constituição de Weimar possui grande importância histórica, pois inaugurou os direitos econômicos e sociais por meio do constitucionalismo social, bem como em decorrência de ser a precursora das constituições econômicas, preocupadas em alterar o modelo econômico vigente, entregando ao Estado a incumbência de decidir sobre as questões de política econômica.

De outro lado, a experiência norte-americana à época é marcadamente designada por uma visão política progressista, caracterizada, sobretudo, pelo movimento denominado de realismo jurídico, o qual promove diversos apontamentos ao constitucionalismo liberal (“*laissez-faire*”) e à economia, especialmente na década de 1920 a 1930.

De acordo com Fried (1998, p. 6), o principal objetivo dos progressistas, como Robert Lee Hale, era defender que a esfera de proteção econômica “*was constituted by a regime of property and contract rights that were neither spontaneously occurring nor self-defining, but were rather the positive creation of the state*”<sup>7</sup>. A mesma autora entende que a atuação limitada do Estado na esfera econômica decorre de uma visão utilitarista que compreende a desregulação do mercado como fator de maximização do bem-estar geral, já que haveria maiores ganhos individuais. Nesse sentido, os teóricos liberais compreendiam que “*the core liberty to be protected against government interference was liberty of contract, by which they meant liberty in economic affairs*”. (FRIED, 1998, p. 28)<sup>8</sup>

Entretanto, tal concepção não era compartilhada pelos teóricos progressistas, uma vez que para estes o exercício imoderado dos direitos individuais colidiria com a esfera alheia, denotando assim que a melhor forma de garantia de liberdade seria refletida pela intervenção governamental. Nesse sentido,

<sup>7</sup> “era constituída por um regime de propriedade e direitos contratuais que não eram nem espontâneos nem auto-regulados, mas sim uma criação positiva do Estado” (tradução livre)

<sup>8</sup> “o núcleo da liberdade a ser protegida contra a interferência governamental era a liberdade do contrato, o que para eles significava liberdade nos assuntos econômicos (tradução livre).



the progressives reformulated the concept of liberty to offer, at least on a rhetorical level, a cleaner break with the past. In place of the old definition of liberty as freedom from arbitrary, human interference with choice—what T. H. Green termed “negative liberty”—they argued for a “positive” notion of liberty that measured the individual’s power to effect his or her desires. Embracing the socialist premise that the primary source of power was wealth, progressives argued that the state, by promoting greater economic equality through various compulsory redistributive programs, was in fact championing the cause of liberty. (FRIED, 1998, p. 33-34)<sup>9</sup>

Daí que na perspectiva progressista o mercado não é livre, natural ou neutro, mas demanda a intervenção estatal como forma de melhor promover sua regulação. Tanto é que, por exemplo, o preceito de liberdade passa de um viés negativo para um viés positivo, ou seja, de que não é a abstenção que melhor contribui para a regulação da economia, mas sim a contribuição efetiva do Estado para programas sociais distributivos.

Influenciado pela conjuntura teórica delineada, o plano de governo conhecido como *New Deal* consistiu numa estratégia de superação da crise de 1929 e a Grande Depressão, recepcionando a visão estatal intervencionista – o que ocorreu, nesse caso, não para a criação de um Estado social e sim para evitar o colapso da ordem capitalista.

Os Estados Unidos figuravam, em 1913, como a maior economia do mundo, respondendo por grande parte da produção mundial, o que restou acentuado pela Primeira Guerra Mundial (HOBBSAWN, 1995). A década de 1920, sequencialmente, é largamente conhecida como a época de ouro do capitalismo, inaugurando a sociedade de consumo, com a produção e o consumo em massa (para o que contribuiu, por exemplo, o acentuado desenvolvimento da indústria do automóvel). A expansão da produção e do desenvolvimento econômico, no entanto, era limitada e durou apenas enquanto a capacidade de consumo conseguiu superar seus índices – o que não mais foi possível após 1926. (AVELÃS NUNES, 2011)

<sup>9</sup> “Os progressistas reformularam o conceito de liberdade para oferecer, pelo menos a nível retórico, um rompimento com o passado. No lugar da antiga definição de liberdade como libertação da arbitrariedade, conceituada como liberdade negativa, eles argumentavam por uma noção positiva de liberdade que media o poder do indivíduo para efetivar seus desejos. Abarcando a premissa socialista de que a fonte primária de poder era o bem-estar, os progressistas argumentaram que o estado, pela promoção de uma maior igualdade econômica através de programas compulsórios de redistribuição, estaria de fato defendendo a causa de liberdade”. (tradução livre)



Como decorrência, deu-se o *crash* da bolsa de Nova York em 1929 e a instalação da Grande Depressão, tendo como conhecidas consequências, principalmente, a queda da produção industrial e dos preços no mercado, as falências e o acentuado desemprego. Além destes elementos, Hobsbawm (1995) assinala a queda no fluxo internacional de capital porque os empréstimos nesse âmbito caíram mais de 90%, demonstrando a estagnação da economia.

Em 1932, Franklin Roosevelt implantou uma política social que buscou

ir ao encontro das necessidades mais prementes dos trabalhadores, com o objetivo de evitar a tentação revolucionária e de conseguir o apoio popular para as suas políticas. Neste sentido, o governo atribuiu subsídios aos desempregados e aos idosos e pensões aos veteranos de guerra; concedeu apoios aos agricultores, desvalorizou o dólar, baixou as taxas de juros, apoiou a recuperação e a reestruturação de empresas, instituiu o salário mínimo, reconheceu a liberdade de organização sindical e o direito à contratação coletiva e lançou grandes programas de obras públicas para combater o desemprego. (AVELÃS NUNES, 2011)

Nesse sentido, foram promulgados atos e criadas várias agências federais, como por exemplo, o *National Industrial Recovery Act*, em que o estado concedeu às associações profissionais o poder de elaborar leis e fazer aplicar regulamentos determinando limites e formas de concorrência, e a *National Recovery Administration*, entidade a qual foram atribuídos, dentre outros, poderes para obrigar a indústria a reorganizar-se, a qual culminou posteriormente declarada inconstitucional, uma vez que o Supremo Tribunal americano afirmou que a respectiva Constituição não permita o socialismo. (AVELÃS NUNES, 2011)

Por conseguinte, o plano econômico lançado na era Roosevelt, que restou conhecido por *New Deal*, consistiu em uma solução reformista que tinha por objetivo reestruturar o cenário econômico americano, além dos evidentes reflexos em toda a economia mundial, por meio de uma intervenção estatal promotora de medidas de cunho social e regulatórias da economia.

### 3 A FUNÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO NA CONTEMPORANEIDADE

A tensão entre o absenteísmo e o intervencionismo estatal persiste até a contemporaneidade, porquanto a relação entre Estado e economia é permanente,



sobretudo em tempos de aceleração no fluxo de capital e do mercado financeiro. A concepção liberal da economia aparece, agora, sob o desígnio de “neoliberalismo” e o Estado (não mais liberal ou social, e sim *democrático* ou, ainda, *democrático constitucional*<sup>10</sup>) vê-se obrigado a, periodicamente, regular as relações econômicas com o intuito de evitar o colapso do sistema ou, ao menos, de significativas crises financeiras.

### 3.1 O Mercado Desregulado

O surgimento do liberalismo e o seu desenvolvimento revelaram a necessidade de transição um modelo fundado no absenteísmo estatal para um modelo intervencionista. Nesse sentido, as experiências históricas de Weimar na Alemanha e do New Deal americano demonstram como teve início o processo de intervenção regulatória na economia pelo Estado.

Essa transição também contou com outras experiências, tais como a experiência do estado fascista (nacional-socialismo) com sua solução de cooperação entre as classes, a revolução keynesiana refletida no Estado-providência (*Welfare State*) e a Segunda Guerra Mundial, época de nacionalizações e planificação da economia. (AVELÃS NUNES, 2011, 156-175) Não obstante essas experiências denotarem o fortalecimento do papel do Estado na economia, ainda que algumas vezes tenham desaguado em governos totalitários, os fenômenos emergentes de expansão do capitalismo – especialmente nos anos 80 – retomam o velho ideal de mercado, apontando para uma nova conformação refletida no neoliberalismo.

Nesse contexto, a (não) intervenção estatal na economia traduz-se no papel desempenhado pela (des)regulação/ (des)regulamentação. Para Grau (1991), “*desregular* significa não dar ordenação à atividade econômica, ao passo que

---

<sup>10</sup> O Estado de direito, contemporaneamente, é adjetivado pelo termo “democrático”, entendendo-se o *Estado democrático de direito* como um processo de incorporação e superação dialética (haja vista a contradição política) dos Estados liberal e social (BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 213). Para José Joaquim Gomes Canotilho (1999), o Estado de direito em sua versão contemporânea, além de caracterizado como *democrático*, deve ser compreendido necessariamente como *constitucional*.



*desregular* significa deixar de fazê-lo através de preceitos de autoridade, ou seja, jurídicos” (grifo do autor).

As tendências liberais apontam no sentido de que o mercado poderia regular a si mesmo, sem a intervenção do Estado e de mecanismos de controle da economia. Historicamente, contudo, as experiências liberais, com acentuado desenvolvimento do capitalismo, demonstraram as inconsistências desse modelo, levando sempre à necessidade de intervenção do Estado para auxiliar o mercado frente a suas crises.

Mesmo para essa tendência neoliberal interessa a condução do processo econômico pelo Estado, porque isso visa justamente à preservação do mercado. É possível dizer, assim, que o capitalismo não demanda efetivamente a minimização do Estado, mas sim que a atuação estatal esteja a serviço de seus interesses (GRAU, 1991).

A desregulação, portanto, enfraquece o Estado como agente promotor do interesse social, até porque, como lembra Grau (1991),

*a desregulamentação* – ou “desregulação” – importa benefícios para uns e perdas para outros, no caso sendo prejudicados os que são mais protegidos pelas regulações preexistentes, ou seja, os trabalhadores, as pequenas e médias empresas, as minorias, etc.

De outro lado, Ferrajoli (2011, p. 246) afirma que

lo que se ha ocultado por la ideología liberal, hay que añadir, es que la autonomía negocial en la que se basa el mercado es un poder; y que por eso el principio de legalidad, que excluye la existencia de poderes absolutos en el estado de derecho, exige que también Ella, al igual que todos los poderes, esté sujeta a límites y vínculos en tutela de los derechos y de los bienes fundamentales sobre los cuales incide su ejercicio.<sup>11</sup>

Como consequência, o mercado não se submete ao Estado de Direito, já que pensado sempre como uma sociedade natural, com sua legitimidade e eficiência

---

<sup>11</sup> “O que se tem ocultado pela ideologia liberal é que a autonomia que embasa o mercado é um poder e que por isso o princípio da legalidade, que exclui a existência de poderes absolutos no estado de direito, exige que essa autonomia esteja sujeita a limites e vínculos na tutela dos direitos e dos bens fundamentais”. (tradução livre)



fundadas na autonomia individual. Entretanto, não se mostra sustentável a pretendida autorregulação, porquanto o mercado depende da vontade de inúmeros indivíduos que possuem direitos potestativos. (FERRAJOLI, 2011, p. 246)

Para Ferrajoli (2011, p. 246-247),

es a la esfera pública, a sus instituciones de gobierno y sobre todo a específicas instituciones de garantía, funcionalmente encargadas de la tutela de los intereses generales y de los derechos fundamentales de todos, a la que está necesariamente confiada la heterorregulación del mercado, a través de la imposición de límites y vínculos legales a los poderes empresariales.<sup>12</sup>

Entretanto, esses limites e vínculos propostos ao mercado enfrentam importantes dificuldades diante dos interesses da atividade econômica – os quais, ao contrário do que normalmente se prega, não promovem a liberdade, mas sim a desigualdade e a opressão.

Nesse cenário de transferência de poder para a esfera privada, Fried (1998) diz que para o progressista Robert Lee Hale o Estado desregulado jamais foi imparcial no tratamento aos cidadãos, uma vez que, mediante a concessão de benefícios (concessão de terras, formação de corporações, monopólios, etc.), colaborou para a criação de um contexto de desigualdade na distribuição de riqueza e poder, levando à descrença na justiça distributiva do mercado desregulado.

Assim, os poderes desregulados do mercado permitem desconfiar a respeito de seus propósitos, uma vez que as medidas tendentes tanto à promoção da atividade econômica, como à desregulação/desregulamentação, não são capazes de refletir efetivo bem estar para os indivíduos, conduzindo, sim, à concentração dos meios de produção, à expansão do capitalismo e à desigualdade social.

---

<sup>12</sup> “é à esfera pública, a suas instituições de governo e sobretudo a específicas instituições de garantia, funcionalmente encarregadas da tutela dos interesses gerais e dos direitos fundamentais de todos, que é necessariamente confiada a heterorregulação do mercado, através da imposição de limites e vínculos legais aos poderes empresariais”. (tradução livre).



### 3.2 Desnacionalização

O processo de globalização econômica fomenta a criação de relações cada vez mais complexas e profundas de interdependências entre economias nacionais. A globalização econômica, portanto, é caracterizada pela expansão extraordinária dos fluxos internacionais de bens, serviços e capitais, pelo acirramento da concorrência nos mercados internacionais e a maior integração entre os sistemas econômicos nacionais (GONÇALVES, 1999). Desse modo, a globalização econômica, notadamente em razão da elevada integração entre os sistemas econômicos nacionais e do aumento dos fluxos de capitais, provoca perda na capacidade de resistência dos Estados perante fatores econômicos externos, como, por exemplo, mudanças nos fluxos de investimento e do comércio internacional.

Um dos fenômenos pertinentes para a análise da relação do Estado com a economia, hoje, é a *desnacionalização*, ou seja, o processo de ingresso de capital estrangeiro na produção e em serviços até então fundamentalmente nacionais, mediante alienação de patrimônio local – inclusive patrimônio público, ou seja, de propriedade estatal. A capacidade do Estado para resistir a fatores desestabilizadores, nesse cenário, é inversamente proporcional ao aumento dos índices de desnacionalização de sua economia.

Para Gonçalves (1999), o processo de desnacionalização importou, no cenário brasileiro, um enfraquecimento generalizado dos blocos de capital nacional *privado* e *estatal*, em decorrência da concentração de renda/capital, que gradualmente enalteceu a importância dos grupos estrangeiros na economia nacional. O mesmo autor destaca que os processos de desnacionalização ocorrem, sobretudo, através dos seguintes mecanismos: fusões e aquisições de empresas, privatizações, e pela formação de grupos privados nacionais (GONÇALVES, 1999, p. 138).

Ferrajoli (2011) critica de forma contundente os processos de privatização, comuns a inúmeros países (especialmente aos países ditos “subdesenvolvidos”) nas duas últimas décadas. O autor compreende as privatizações como processos de subtração à autonomia privada e à esfera do mercado de funções ou serviços até então reservados à esfera pública, pelo fato de incidirem sobre interesses gerais



e/ou em direitos fundamentais. Daí resulta a transferência significativa de grande poder político e econômico da esfera pública à esfera privada, o que enseja a sujeição, nas mais diversas partes do mundo, da esfera política ao mercado financeiro. Ferrajoli (2011, p. 252) defende que os serviços públicos, por estarem vinculados ao exercício de direitos fundamentais, não podem se sujeitar à “lei do mercado”, devendo estar vinculadas, necessariamente, à satisfação do interesse público. Conseqüentemente, as atividades privadas, por sua vez, passíveis de sujeição à lógica do *laissez faire*, devem ser estritamente as de cunho puramente patrimonial.

Avelãs Nunes (2011) atenta para um elemento importante resultante do processo de desnacionalização, qual seja, a criação de agências reguladoras (entidades reguladoras independentes). O autor conceitua tais organizações como resultado de um preconceito ideológico contra o Estado, que o percebe como incapaz de exercer uma função de protagonismo em termos de economia (o que justifica as *privatizações*), bem como de regular o exercício das atividades delegadas. Nesse sentido, denuncia que a concepção de “economia de mercado regulada” é uma máscara do neoliberalismo, que enseja o esvaziamento do estado social e operacionaliza o ideal de intervenção estatal mínima e separação profunda entre política e economia (substituindo o Estado na função reguladora).

O Estado, nesse contexto, é fragilizado pela condição de refém do investimento externo e da desnacionalização da economia interna, num contexto em que grande parcela da economia produtiva é vinculada ao controle de empresas estrangeiras. O Estado, ademais, não consegue estabelecer sequer as diretrizes econômicas que deseja, pois o investimento externo é norteado pelo lucro das empresas investidoras, e não por estratégias e políticas públicas pensadas pelo Estado, na condição de administrador do interesse público (GONÇALVES, 1999).

Gonçalves (1999, p. 191) destaca também que a superação do contexto recém-delineado exige a criação de uma política regulatória do investimento estrangeiro direto no Brasil, além de uma produção teórica e analítica autônoma sobre o processo de desenvolvimento nacional. Isso porque, conforme destaca o autor, da forma como ocorre, o investimento estrangeiro direto tende apenas a garantir o enfraquecimento das empresas nacionais, sendo um equívoco “tomar e



expansão do IED (investimento estrangeiro direito) como indicador da ‘confiança’ dos investidores internacionais na política governamental”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As experiências históricas decorrentes do liberalismo e, atualmente, da reformulação desse conceito para o neoliberalismo, evidenciam um sistema centrado na expansão do capitalismo, no individualismo e no absenteísmo estatal, fundado numa concepção de mercado natural, neutro e autorregulado, de acordo com a qual o bem estar coletivo adviria, naturalmente, da ampliação das liberdades individuais.

Essa visão liberal, contudo, mostra-se falaciosa, uma vez que os resultados das práticas de mercado resultam em um sistema insubsistente para sua própria manutenção, porque não se revela capaz de promover o bem comum. Pelo contrário, inclusive, o enaltecimento da livre concorrência e da liberdade contratual (princípios basilares do liberalismo) resultou historicamente na acumulação de capital e num contexto de ampla desigualdade social. Ademais, o mercado tampouco é capaz de se autorregular, uma vez que depende da intervenção estatal para contornar suas crises recorrentes.

Nesse sentido, o intervencionismo estatal parece imprescindível para assegurar o exercício dos direitos sociais e, por conseguinte, garantir a satisfação do bem comum, mediante a atuação regulatória do mercado, balizada no interesse público – não necessariamente em oposição, mas complementarmente (e de forma vinculativa) aos interesses privados, e no direito, como sistema de vínculos e limites à economia.

A reflexão sobre esses sistemas revela uma importante questão: que tipo sociedade se almeja construir e que vínculos existem nesta sociedade entre o Estado e a economia? Que valores devem ter sua proteção priorizada pelo Direito? As implicações decorrentes de ambos os contextos – tanto aquele tendente a interesses privados e de ganhos individuais, com sobreposição da economia, como aquele voltado a interesses da coletividade e à promoção do bem-estar social, com predomínio do direito – são muitas. Vislumbra-se, no entanto, após analisar as potencialidade e as fragilidades de cada um destes “tipos” de Estado, que este,



como correspondente à “esfera pública” e como canalizador dos interesses coletivos, não pode abdicar de uma postura protagonista na esfera econômica, sob pena de abdicar, conseqüentemente, de sua função de concretização da igualdade, mediante a materialização dos direitos sociais.

## REFERÊNCIAS

- AVELÃS NUNES, Antonio José. Aventuras e desventuras do Estado Social. **Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico**. Vol. 3. 2011.
- BEDIN, Gilmar Antonio. Direitos humanos e acesso à justiça: aspectos nacionais e internacionais. In: MENEZES, Wagner. **O direito internacional e o direito brasileiro**. Ijuí: Unijuí, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- BRANCO, Paulo G. G.; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. **Cadernos Democráticos**. Gradiva Publicações: Lisboa, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DIEHL, Paula. **Propaganda e persuasão na Alemanha nazista**. São Paulo: Annablume, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011, v. 2.
- FRIED, Barbara H. **The progressive assault on laissez faire: Robert Hale and the first Law and Economics movement**. Disponível em: <<http://jayhanson.us/haleAll.pdf>> Acesso em: 21 jun. 2012.
- GONÇALVES, Reinaldo. **Globalização e desnacionalização**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- HOBBSBAWN, Eric J. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914–1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- MACPHERSON, Crawford Brough. **Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX**. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Trad. Carmen Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira. Brasília: UnB, 1998, v.1.
- MENEZES, Wagner. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. Ijuí: Unijuí, 2002.
- MINOGUE, Kenneth. Liberalismo. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento Social do Século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.
- PASSET, René. **A ilusão neoliberal**. Trad. de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.



# A PROBLEMÁTICA DA INEFETIVIDADE CONSTITUCIONAL NO BRASIL: O ESTADO PATRIMONIALISTA E O ATIVISMO JUDICIAL<sup>1</sup>

THE PROBLEM OF CONSTITUTIONAL INEFFECTIVENESS IN BRAZIL: THE PATRIMONILIST STATE  
AND JUDICIAL ACTIVISM

*Clarissa Tassinari<sup>2</sup>*  
*Danilo Pereira Lima<sup>3</sup>*

## Resumo

O presente artigo objetiva problematizar duas questões que contribuem para a inefetividade da Constituição: sob a perspectiva da teoria política, a manutenção do modelo patrimonialista de Estado; e, sob o enfoque da teoria do direito, a defesa da postura ativista do Judiciário. A promulgação da Constituição de 1988 representou uma verdadeira ruptura institucional com o regime anterior, visando, a partir de uma ampliação do rol de direitos assegurados e da inclusão de mecanismos para sua implementação, à consolidação da democracia constitucional. Neste sentido, a materialização deste projeto encontra entraves toda vez que a atuação estatal é motivada por interesses privados (pelo estamento, como refere Raymundo Faoro) ou, então, quando o texto constitucional é descumprido em detrimento do desejo daquele que julga (ativismo). Assim, a existência de um autêntico Estado Democrático de Direito necessariamente passa pela superação destes dois elementos, considerados como prejudiciais ao constitucionalismo democrático.

**Palavras-chave:** Constituição. Patrimonialismo. Ativismo judicial. Poder Judiciário.

## Abstract

This paper aims to discuss two issues which contribute to the ineffectiveness of the Constitution: from the perspective of political theory, the maintaining the model of patrimonialist state, and, from the standpoint of legal theory, the defense of an activist posture of Judicial Power. The promulgation of the 1988 Constitution represented a real institutional break with the previous regime, aiming, through an expansion of the list of guaranteed rights and inclusion of

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 13/05/2012. Pareceres emitidos em: 26/08/2011 e 29/08/2011. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Público pela UNISINOS/RS – Bolsista CNPq. Bacharel em Direito pela UNISINOS. Membro do Grupo *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (Unisinos). Membro do Grupo Hermenêutica Jurídica (CNPq). Advogada (OAB/RS).

<sup>3</sup> Mestrando em Direito Público pela UNISINOS/RS – Bolsista Capes. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca/SP. Membro do Grupo *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (Unisinos). Membro do Grupo Hermenêutica Jurídica (CNPq).



mechanisms for their implementation, the consolidation of constitutional democracy. In this sense, the materialization of this project lies barriers every time the state action is motivated by private interests (as stated Raymundo Faoro) and then when the constitutional text is breached to the detriment of the desires of the judges (activism). Thus, the existence of a genuine democratic rule of law necessarily involves the overcoming of these two elements, considered harmful to democratic constitutionalism.

**Keywords:** Constitution. Patrimonialism. Judicial activism. Judicial Power.

## INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito deve funcionar como fiador do bem-estar social, pautando sua atuação no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, por meio da incorporação, em seu ordenamento constitucional, de toda a temática de inclusão social. Desse modo, com um ordenamento jurídico constituído nesses parâmetros, impõe-se à atividade estatal um conteúdo de profunda transformação social, pois, de um modelo de Constituição formal, onde o Direito recebia apenas o papel de ordenação do Estado, passou-se ao Direito transformador da sociedade, no sentido de buscar a concretização da democracia. Desse modo, para alcançar a realização desse novo paradigma constitucional, é preciso enfrentar alguns problemas de teoria política e teoria do Direito que, de certo modo, impedem a consolidação de um autêntico Estado Democrático de Direito no contexto brasileiro.

Após um longo período de intervenções militares, golpes de Estado e governos autoritários, a sociedade brasileira construiu uma Constituição democrática, dirigente e compromissória. Entretanto, apesar do surgimento deste novo projeto de Estado, fundado na supremacia constitucional, pouco se conseguiu torná-lo efetivo. Dentre os vários entraves à concretização da Constituição brasileira, é possível identificar a existência de um duplo movimento: por um lado, não se operou uma ruptura com as velhas estruturas, mantendo-se, por exemplo, o velho modelo de Estado patrimonialista e estamental (FAORO, 2001)<sup>4</sup>; por outro, a partir

<sup>4</sup> Para melhor compreender todo esse fenômeno histórico de formação do Estado brasileiro, tem-se como referência a obra *Os donos do poder*. Em 1958, foi publicada a primeira edição de *Os donos do poder*, inspirada na proposta de Max Weber para compreender a formação do patronato político brasileiro, inaugurando uma outra forma de abordagem da formação do Brasil



de uma intensa judicialização, o Judiciário predominantemente passou a desenvolver um “perfil inovador”, fundado em uma postura judicial ativista, desviante dos objetivos constitucionais e democráticos insculpidos a partir do processo constituinte de 1988.

Desse modo, o presente artigo pretende analisar estes dois traços que caracterizam o Estado Contemporâneo, demonstrando como é necessário superá-los para que se efetive uma autêntica democracia constitucional. Isso porque se, sob a perspectiva da teoria política, o estamento, que ocupa toda a estrutura burocrático-administrativa do Estado, vem instrumentalizando a Constituição a partir da proteção de interesses meramente privados, impedindo a construção de um verdadeiro espaço público; sob o enfoque da teoria do direito, o ativismo judicial, concebido como uma postura discricionária do Judiciário, cujas decisões apresentam-se não fundamentadas em argumentos jurídicos, fragiliza a legalidade constitucional, o que traz prejuízos democráticos. Em outras palavras: se o Brasil passa por uma crise de sua legalidade (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2008, p. 80-81)<sup>5</sup> e de sua Constituição, é preciso adentrar nas raízes dos problemas, e isso necessariamente passa por denunciar estes dois elementos prejudiciais ao Estado Democrático de Direito: o patrimonialismo e o ativismo judicial.

---

contemporâneo. Há, neste livro, uma preocupação constante com a compreensão da totalidade da realidade brasileira, levando em consideração aspectos econômicos, políticos, sociais e jurídicos, que sempre estão inter-relacionados. Ao contrário das interpretações marxistas, que entendiam a formação do sistema político apenas como simples manifestação dos interesses da classe dominante (por todas elas, citamos o historiador Caio Prado Jr.), Faoro chamou a atenção para a necessidade de compreender o sistema político a partir dele mesmo.

<sup>5</sup> É necessário fazer um pequeno esclarecimento para elucidar o que se afirma como legalidade no presente trabalho, pois não é algo que afeta simplesmente a legislação, restringindo-se simplesmente ao que é divulgado constantemente pelo pensamento dogmático jurídico como o “império da lei”, mas em concordância com o pensamento de Rafael Tomaz de Oliveira: “(...) legalidade deve ser entendida como o conjunto de operações do Estado que é determinado não apenas pela lei, mas também pela Constituição – uma vez que seria um contrassenso afirmar uma legalidade que não manifestasse a consagração de uma constitucionalidade – e pela efetividade das decisões judiciais, sob o marco de uma legitimidade democrática. Mais do que isso: legalidade implica na formação de um espaço público de tomada de decisões num âmbito estatal específico e na capacidade de tornar efetivas tais decisões”. Portanto, o mesmo autor afirma que, “(...) a legalidade é uma forma de se constituir o espaço público de maneira que se possa dizer que ele esteja tomado por ela; é um fenômeno complexo, para onde confluem as noções de cidadania e democracia; é o momento em que o espaço público é efetivamente público e não colonizado por interesses privados”.



## **1 A CRISE CONSTITUCIONAL A PARTIR DA TEORIA POLÍTICA: UMA ANÁLISE DO ESTAMENTO BUROCRÁTICO COMO OBSTÁCULO PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA**

Recentemente, na construção de um estádio de futebol para certo clube do Estado de São Paulo, o BNDES desembolsou aproximadamente R\$400 milhões em um investimento público de valor extremamente elevado, numa atividade que envolve uma das maiores construtoras desse país, a Odebrecht. Em outro caso, o mesmo banco estava disposto a financiar uma operação de fusão entre duas grandes redes de supermercados, o Pão de Açúcar e o Carrefour, com um aporte de até R\$4,5 bilhões. Em contrapartida, hospitais sofrem pela falta de medicamentos e leitos, bem como presídios apresentam superlotação, expondo seres humanos a condições degradantes. Afinal, quais seriam os critérios para a adoção de prioridades em investimentos com dinheiro público?

De fato, a maior parte dos financiamentos feitos pelo BNDES em atividades realizadas por grandes grupos econômicos exemplifica muito bem essa situação, gerando um tipo peculiar de desenvolvimento capitalista, chamado por Raymundo Faoro de capitalismo politicamente orientado, onde o Estado é transformado no maior patrocinador da iniciativa privada. Diante de tantos problemas sociais que impedem uma parcela considerável da sociedade brasileira de ter acesso aos direitos estabelecidos pela Constituição, nada poderia explicar esta realidade, a não ser a origem patrimonialista e estamental do Estado brasileiro, preocupado apenas com o bem-estar-social de uma pequena parcela da sociedade, transformando a Constituição em um território inóspito, espécie de um latifúndio improdutivo. (STRECK, 2002, p. 31)

A Constituição de 1988 é a carta política mais democrática que a sociedade brasileira construiu durante toda a República, pois constitucionalizou demandas sociais e econômicas que historicamente foram acumuladas. Este novo texto criou uma nova realidade constitucional e, ao mesmo tempo, projetou também uma nova realidade político-social. Apesar disso, muitas destas conquistas democráticas encontraram entrave num imaginário político que ainda se mantém atrelado a um estamento burocrático, preparado apenas para lidar com interesses liberais e individuais.



De acordo com Raymundo Faoro (2001), o Estado brasileiro foi formado por um estamento patrimonialista adequado ao modelo tradicional de dominação política, capaz de se amoldar a todos os momentos de transição e perpetuar um controle político onde o exercício do poder não é uma função pública, mas simplesmente objeto de apropriação de interesses privados. Segundo Faoro, esse estamento burocrático jamais correspondeu àquela burocracia moderna, como um aparelhamento neutro, constituído em carreira administrativa e que sempre deve atuar com padrões bem assentados de racionalidade e legalidade. Colocando-se acima dos demais setores da sociedade brasileira, o estamento burocrático dedica-se unicamente a tomar conta dos cargos oferecidos pela administração pública, sempre se posicionando no melhor lugar para a defesa de interesses privados, já que, para esse “nobre” setor, o público e o privado nunca estão totalmente separados.<sup>6</sup>

Essa situação reforça ainda mais a desigualdade social predominante em *terrae brasilis*, pois, diante dessas condições, o Estado tem servido muito mais para sustentação de privilégios particulares do que para concretizar as conquistas democráticas do Constitucionalismo Contemporâneo<sup>7</sup>, já que, de acordo com Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 160), infelizmente “a democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido”. Por tudo isso, é possível sustentar, com Marcelo Neves, que em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, existem duas categorias de pessoas<sup>8</sup>: os subintegrados, que dependem do Estado, mas

<sup>6</sup> Como afirma Faoro (2001, p. 824): “Sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores”.

<sup>7</sup> A expressão Constitucionalismo Contemporâneo é utilizada no sentido que propõe Lenio Streck, na quarta edição de sua obra *Verdade e Consenso*. Trata-se do (novo) constitucionalismo insurgente do pós-segunda guerra mundial, que constitucionalizou direitos, operando uma verdadeira revolução no direito público e, fundamentalmente, rompeu com o positivismo pós-exegético, que traz como uma de suas principais características a discricionariedade judicial. (STRECK, 2011, p. 35 e ss.).

<sup>8</sup> V. Lima Lopes (2009, p. 289). Durante o Império, a Constituição de 1824 reconhecia duas categorias de cidadãos: os passivos e os ativos. Os primeiros tinham os direitos civis de liberdade, propriedade e segurança de suas vidas e bens reconhecidos pelo Estado, mas não gozavam do direito de votarem e serem votados; já os cidadãos ativos tinham todos esses direitos reconhecidos pelo Estado e, ao mesmo tempo, gozavam plenamente de todos os direitos políticos.



nunca tem acesso as políticas públicas que deveriam ser realizadas por ele, e os sobreintegrados, que dispõe do Estado para a realização de seus projetos privados, mas nunca se subordinam a Constituição. É nesse sentido que o autor afirma:

(...) para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos de liberdade. Os direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. (NEVES, 2008, p. 248-249)

Já com relação aos sobreintegrados, o mesmo autor afirma categoricamente:

(...) em princípio, são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental: usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas dos seus interesses. (NEVES, 2008, p. 250)

A generalização destas duas categorias sociais faz implodir a Constituição como ordem básica para a concretização do Estado Democrático de Direito, pois, tanto a subintegração, como a sobreintegração, implicam uma inclusão insuficiente, com pessoas carentes de cidadania, já que esta pressupõe igualdade de direitos e deveres. Assim, levando em conta esta realidade social, é até “possível” entender a naturalidade com que o pensamento dogmático aceita a criminalização dos delitos menos relevantes, como é o caso do furto e da apropriação indébita, considerados crimes de feição patrimonial não diretamente violentos; ao mesmo tempo, casos de crimes mais graves, como os que envolvem a sonegação fiscal, que têm o condão de prejudicar os interesses difusos e coletivos da sociedade, são deixados a margem do Código Penal, numa situação de clara violação do princípio da isonomia constitucional. Diante desta condição, é muito simples compreender o motivo deste

---

É importante destacar que os escravos não estavam incluídos em nenhuma dessas duas categorias de cidadãos existentes na Constituição do Império. Atualmente, em pleno Estado Democrático de Direito, esse tipo de distinção desapareceu do texto constitucional, já que agora o Brasil possui uma Constituição republicana e democrática. Acontece que o estamento burocrático, que ainda domina o Estado brasileiro, parece não ter se dado conta dessa nova realidade constitucional e, por isso, essa velha discriminação, agora totalmente inconstitucional, insiste em continuar marginalizando uma camada significativa da sociedade brasileira.



tratamento desigual, pois, no primeiro caso, estão envolvidos principalmente os subintegrados, já com relação à segunda situação, sempre estão presentes os sobreintegrados.

Desta forma, nem mesmo a transição de um regime militar, fortemente autoritário, para governos eleitos democraticamente, tornou possível a efetiva e material consolidação do regime democrático no Brasil. A escassez de instituições políticas estáveis e democráticas, o estabelecimento de um Estado patrimonialista e estamental, acompanhado do estilo personalista de alguns governantes, têm dificultado grandemente o estabelecimento de um autêntico Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Guillermo O'Donnell (1991) afirma ser necessária uma segunda transição, muito mais complexa, para a consolidação do regime democrático, pois predomina em países de modernidade tardia uma modalidade peculiar de democracia, profundamente individualista e personalista, denominada pelo autor de democracia delegativa. Segundo ele, “mesmo que a democracia delegativa pertença ao gênero democrático, seria difícil encontrar algo que seja mais estranho, quando não hostil, à construção e ao fortalecimento de instituições políticas democráticas”. (O'DONNELL, 1991, p. 33) Assim, para atender as demandas sociais e econômicas acumuladas ao longo da história, é necessário que o Estado tenha uma maior eficiência em suas ações políticas e jurídicas, o que faz necessário um Estado constitucionalmente forte e eficiente, não no sentido do nível de coerção imposto sobre os indivíduos, mas com instituições consolidadas democraticamente, capazes de concretizar as promessas constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Durante a década de 1990, a intervenção do Estado passou a sofrer grande oposição do pensamento neoliberal. Sob esta perspectiva, o Estado deveria diminuir seu espaço de intervenção nas atividades econômicas, tornando-se uma instituição anacrônica diante das novas relações estabelecidas pela globalização. Com efeito, essa forte tendência favorável à privatização do Estado agravou ainda mais a crise de legalidade e de constitucionalidade que afeta o Estado brasileiro, já que essa posição reforçou a ausência de um verdadeiro espaço público, tornando cada vez mais distante a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição.



Ocorre que este modo de conceber a atuação do Estado desconsidera a trajetória de sua formação. Não se pode esquecer que o surgimento do Estado Moderno foi um acontecimento histórico muito relevante, pois surgiu em oposição a uma estrutura de poder totalmente fragmentada, conveniente às relações sociais, econômicas e políticas estabelecidas no medievo. Como absolutista, centralizou-se e racionalizou-se toda a estrutura de poder nas mãos do Estado, estabelecendo-se um exército nacional permanente, um corpo diplomático profissionalizado e uma estrutura burocrática capaz de cuidar das atividades estatais. (MATTEUCCI, 1998, p. 29-41) Mais tarde, após as revoluções do século XVIII, o Estado surgiu em sua modalidade liberal, com o reconhecimento dos direitos civis e o estabelecimento de limitações constitucionais para o exercício do poder político. (ENTERRÍA, 1995, p. 136-145) Por último, o Estado Contemporâneo, em suas diversas modalidades, ampliou a sua atuação constitucional, no sentido de garantir a máxima aplicabilidade dos direitos humanos fundamentais, pois, segundo Konrad Hesse, o Estado Democrático de Direito foi constituído em colaboração social, superando a velha ideia de contraposição entre Estado e sociedade civil. Assim, a “(...) vida social não é mais possível sem a configuração organizadora, planejadora, responsável pelo Estado. Ao contrário, o Estado democrático constitui-se somente na colaboração social”. (HESSE, 1998, p. 34)

Desse modo, para compreender o novo modelo de Estado (e de Direito) estabelecido pela Constituição Federal, é necessária a construção de possibilidades para sua interpretação. Nesse sentido, constitui um grande equívoco a compreensão do Estado Democrático de Direito a partir dos pré-juízos proporcionados pelo paradigma liberal-individualista, pois essa postura acaba esvaziando as possibilidades de construção desse novo modelo estatal.

Portanto, ao estabelecer o Estado Democrático de Direito, a Constituição brasileira consagrou o princípio da democracia econômica, social e cultural, impondo uma obrigação constitucional aos órgãos de direção político-administrativa, aos legisladores e aos tribunais, de pautarem suas respectivas atividades de acordo com este princípio. Desse modo, para construir um autêntico Estado Democrático de Direito, faz-se necessário superar o paradigma privatista de Estado que persiste no Brasil e que se encontra completamente distante do horizonte de sentido



proporcionado pelas conquistas democráticas. Neste sentido, o atual contexto encontra-se em completa desconformidade com essa modalidade estatal, na medida em que ainda predomina um modelo patrimonialista e estamental, capaz de continuar adiando *ad eternum* a concretização das conquistas democráticas.

## 2 A TEORIA DO DIREITO E A INSURGÊNCIA DE NOVOS PROBLEMAS: O CARÁTER ATIVISTA DO JUDICIÁRIO

Ao longo da história constitucional, as mudanças de modelos estatais foram reconfigurando as relações institucionais entre os três Poderes. Desse modo, durante a formação do Estado Liberal de Direito, havia um contexto de forte preocupação com a limitação do poder estatal, fazendo com que a predominância na atuação institucional ficasse com o Poder Legislativo, organizado nesse período como representante legítimo do povo para coibir o excesso de poder exercido pelas monarquias europeias. Mais tarde, com a formação do Estado Social de Direito, a predominância na atuação institucional foi transferida para o Poder Executivo, como condição necessária para a realização das políticas públicas contidas nesse modelo estatal, marcado por características fortemente intervencionistas na economia. Por último, com o advento da nova Constituição (de 1988), de seu caráter compromissório e, assim, com o surgimento do projeto de Estado Democrático de Direito, questões exclusivamente relegadas ao campo da política tornaram-se jurídicas, na medida em que passaram a ser judicializadas.

Com isso, houve um redimensionamento do papel do Judiciário, fenômeno que ocorreu no mundo todo, especialmente como produto do que ficou conhecido como novo constitucionalismo (ou constitucionalismo do segundo pós-guerra). Este novo modo de compreender o constitucionalismo alterou profundamente o sentido de jurisdição, porque, como afirma Miguel Carbonell na introdução de uma das obras que organizou sobre o tema, englobou mudanças em três aspectos: novas Constituições, nova postura jurisprudencial e nova teoria da constituição<sup>9</sup>. Ocorre que essa maior interferência do Judiciário acabou sendo propagada no Brasil como

<sup>9</sup> Essa abordagem é feita por Miguel Carbonell (2007, p. 9-12), para quem o neoconstitucionalismo inova justamente por agregar esses três níveis distintos de análise (novos textos, postura jurisprudencial e teoria).



ativismo judicial, principalmente a partir da incorporação do que ficou conhecido como teorias neoconstitucionalistas<sup>10</sup>.

De fato, no atual contexto, a atividade jurisdicional passou a ser articulada preponderantemente a partir de duas perspectivas: da judicialização da política e do ativismo judicial. Ocorre que o cenário que se apresenta é marcado pela dificuldade em se estabelecer teoricamente o significado de tais expressões, o que dificulta sua diferenciação. Em meio a tudo isso, a partir da concepção de “uma ampliação do papel político-institucional do STF” (VILHENA, 2008, p. 441-464), fica indexado ao Judiciário uma postura interventiva e ilimitada (portanto, ativista), majoritariamente vinculada à ideia de progresso.

Para esclarecer a problemática sobre o modo de compreender o ativismo, é preciso referir que o primeiro país que vivenciou a tensão entre ativismo judicial e a autocontenção foi os Estados Unidos. Entretanto, à diferença do que ocorre na experiência brasileira, no contexto norte-americano, o ativismo judicial ficou caracterizado tanto por posturas consideradas progressistas quanto por conservadorismos. Ou seja, a Suprema Corte foi considerada ativista quando decidiu que não poderia haver intervenção do Estado no âmbito das relações privadas, em especial, da liberdade contratual, evitando, assim, que a Corte estivesse comprometida com a garantia das políticas de bem-estar (justamente quando declarou inconstitucional a medida do Estado de Nova Iorque de estipular limite máximo de horas para a jornada de trabalho); mas também nos momentos subsequentes, quando passou a invadir o espaço político, a partir do que ficou conhecido como *judge-made law*. (WOLFE, 1994)

Na verdade, segundo Christopher Wolfe (1994), a caracterização de uma postura ativista ou contida vai depender de se saber em que medida a decisão foi

---

<sup>10</sup> Majoritariamente, as teses neoconstitucionalistas trazem como elemento central a ideia de uma mudança na teoria da interpretação, defendendo a discricionariedade judicial, como ruptura à postura absenteísta do juiz como “boca inanimada da lei”, predominante no modelo liberal-individualista. Assim, muitas destas propostas autodenominam-se de pós-positivistas, exatamente porque visavam a romper com a ideia de atividade mecânica exercida pelo juiz positivista. Contudo, ao desenvolverem suas teses, deixaram de considerar que este elemento – a discricionariedade – já estava presente na própria teoria positivista de Hans Kelsen, que, no nível da aplicação do direito, concebe a interpretação como ato de vontade. Sobre o tema, ver: Streck (2011, p. 40 e ss.).



tomada considerando um reforço da vontade de Constituição ou a manifestação das crenças políticas ou preferências do juiz. Por este motivo, para Wolfe, o ativismo é fenômeno prejudicial ao direito norte-americano, afirmando que certamente a tradição jurídica seria melhor se não tivesse que conviver com tais posturas. A discussão sobre ativismo, no fundo, é saber em que medida juízes e tribunais podem considerar suas próprias crenças e preferências como fundamento para decidir casos jurídicos<sup>11</sup>.

Esta é uma questão que também pode ser observada a partir do que desenvolve Antoine Garapon sobre o papel que é contemporaneamente atribuído ao Judiciário. Na obra “O Guardador de Promessas”, Garapon afirma que no atual contexto a atuação jurisdicional é acentuada de tal forma que os juízes passam a ser considerados como “últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada por seus antigos titulares”. Assim, para o autor, à noção de ativismo judicial e de governo de juízes subjaz uma tentativa de redenção, pela qual o juiz torna-se, inclusive, árbitro dos bons costumes. (GARAPON, 1998, p. 20-25)

Em continuidade a este raciocínio, caracteriza o ativismo judicial quando a decisão judicial é tomada a partir de um critério de desejo, de vontade daquele que julga, afirmando: “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”. Ainda, menciona que, neste contexto, o ativismo “revela-se sob duas formas: sob a de um novo clericalismo dos juristas, se a corporação dos juízes for poderosa, ou, pelo contrário, sob a forma de algumas individualidades sustentadas pelos *media*, se a magistratura não tiver grande tradição de independência”. (GARAPON, 1998, p. 54)

Embora os trabalhos de Wolfe e Garapon estejam situados em contextos distintos ao brasileiro, é preciso atentar para os esclarecimentos que fazem sobre a noção de ativismo judicial. Este é o problema que se pretende enfrentar: na medida em que a postura ativista do Judiciário consiste numa decisão fundamentada em um ato de vontade de quem julga, a democracia (e a concretização de direitos) fica

<sup>11</sup> Nas palavras do autor: “Activism and restraint are functions of the extent to which judicial review can be fairly considered an enforcement of the will of the Constitution, without an infusion of the judge’s own political beliefs or preferences”. (WOLFE, 1997, p. 1).



refém de crenças e preferências dos juízes, de seu poder discricionário. Por isso, ativismo judicial e Estado Democrático de Direito não se coadunam.

A reflexão ora proposta direciona-se, ao fim, para a necessidade de questionar os limites da intervenção do Judiciário, para que haja um equilíbrio na relação entre os Poderes, bem como uma atuação constitucionalmente legitimada. Assim, a pergunta por estas limitações também é, fundamentalmente, a indagação por como se decide um caso. Isso significa, aos termos de Lenio Streck (2011),<sup>12</sup> a necessidade de se construir uma teoria da decisão (judicial), o que é feito pelo jurista a partir de imbricação Gadamer-Dworkin.

Lenio Streck (2011) constrói sua teoria afirmando a necessidade (o direito) de se obter respostas corretas (ou constitucionalmente adequadas), a partir da negação da discricionariedade judicial (considerada principal característica do positivismo). Nisso está incluído algo que a prática dos juízes e tribunais parece se esquecer – de que há um dever de fundamentar as decisões ou, nas palavras do autor, de que é imprescindível a existência de “uma fundamentação da fundamentação”, traduzida por uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição”. (STRECK, 2011, p. 619). Veja-se que a proposta de Lenio Streck é algo muito maior do que o mero conferir se a decisão está de acordo com o manancial de leis existentes e com o texto constitucional: por óbvio, pragmaticamente, também passa por isso; entretanto, seu posicionamento vai bem mais além, afirmando a ruptura com a clássica compreensão positivista (exegética) do direito e a importância de pensá-lo como um todo.

Pensar o direito como um todo significa “a obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e aplicá-lo coerentemente” (STRECK, 2011, p. 619). A noção de integridade do direito (*integrity in law*) é retirada da obra de Ronald Dworkin (1986, p. 225), que põe fim à velha discussão sobre se os juízes descobrem ou inventam o direito, demonstrando que, de fato, “they do both and neither”. Isso porque, para o jurista norte-americano, a aplicação do direito está vinculada à prática da comunidade:

<sup>12</sup> Sobre o tema, ver: STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice. [...] Law as integrity, then, begins in the present and pursues the past only so far as and in the way its contemporary focus dictates. (DWORKIN, 1986, p. 225 e 227)

É preciso perceber, portanto, que refletir sobre os limites da atividade jurisdicional exige uma espécie de visão panorâmica do direito. Ou seja, tematizar o ativismo judicial ou qualquer outra questão atualmente considerada relevante não pode ser feito sem que haja uma reconstrução do direito e de tudo o que lhe compõe. Particularmente neste caso, é imprescindível que se tenha presente o quanto o empenho de limitar a atuação do Judiciário está vinculado a uma questão de democracia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo brasileiro passa por um momento quando é necessário uma “parada reflexiva”. Isso porque, ao mesmo tempo em que é possível encontrar institucionalmente a proposta de consolidação de um Estado Democrático Direto, bem como um manancial de mecanismos para concretizá-lo, sua realização encontra-se prejudicada. Sob esta perspectiva, o presente artigo objetivou demonstrar, sob o viés da teoria política e da teoria do direito, que, para superar o problema da inefetividade constitucional no Brasil, é necessário que se opere uma ruptura com alguns elementos, como o modelo patrimonialista de Estado e a postura ativista da jurisdição.

A origem patrimonialista e estamental do Estado brasileiro encontra-se completamente distante do horizonte de sentido proporcionado pelas conquistas democráticas, pois esse modelo estatal, forjado historicamente pela elite brasileira, fez com que instituições públicas fossem instrumentalizadas por interesses meramente privados, ocasionando uma forte crise de legalidade e de constitucionalidade que impede a construção de um verdadeiro espaço público, capaz de tornar efetivas as conquistas democráticas do Constitucionalismo Contemporâneo. Assim, para construir um autêntico Estado Democrático de Direito, é necessária a caracterização de um Estado que tenha maior eficiência em suas



ações políticas e jurídicas, não no sentido de atender apenas as demandas de uma camada privilegiada da sociedade, mas com instituições consolidadas democraticamente, capazes de concretizar as promessas constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Em contrapartida, sob a perspectiva da teoria do Direito, a postura ativista do Judiciário, na medida em que ocasiona um afastamento do argumento jurídico da fundamentação através da primazia da vontade (ou desejo) daquele que julga, acaba criando um ambiente de fragilização constitucional. A maior atuação do Poder Judiciário, em decorrência da crescente judicialização, não deve ocorrer no sentido de um ativismo político-ideológico, mas, ao contrário, deve ser determinado pela busca de uma maior efetividade dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de 1988.

É preciso compreender que essa redefinição do papel exercido pelo Poder Judiciário não elevou a sua posição institucional a uma atuação totalmente arbitrária, livre de qualquer controle democrático. Diante de todas essas mudanças paradigmáticas, é necessário construir as condições imprescindíveis para que o poder dos juízes não se sobreponha ao Direito. Por este motivo, com Lenio Streck (2011, p. 390), “mais do que possibilidade, a *busca de respostas corretas é uma necessidade*”.

Nesse sentido, é no pensamento pós-positivista, com Ronald Dworkin, que essa questão será tratada com maior afinco, levando em consideração a interpenetração entre direito e política e o vínculo existente entre direito e moral. Dessa maneira, a contribuição de Dworkin para a superação do problema da interpretação das normas jurídicas é de fundamental importância, pois, ao defender por meio da integridade do Direito a possibilidade da existência de uma resposta correta para os problemas jurídicos, superou a discricionariedade judicial e passou a fornecer mecanismos mais adequados para a concretização dos princípios que orientam a formação do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, o artigo pretendeu (re)pensar o problema da interpretação, da discricionariedade e da decisão judicial.



Evidentemente, o tema da inefetividade da Constituição não se esgota nestes dois aspectos. Há muito mais o que ser abordado, além da manutenção do patrimonialismo (de que fala Faoro) e da defesa do ativismo judicial. Contudo, como afirmou Bill Godkin, personagem do romance *O senhor embaixador*, de autoria de Erico Verissimo (2009, p. 16),

Isso a que chamamos fato não será uma espécie de iceberg, quero dizer, uma coisa cuja parte visível corresponde apenas a um décimo de seu todo? Porque a parte invisível do fato está submersa nas águas dum torvo oceano de interesses políticos e econômicos, egoísmos e apetites nacionais e individuais, isso para não falar nos outros motivos e mistérios da natureza humana, mais profundos que os do mar.

## REFERÊNCIAS

- CARBONELL, Miguel. Presentación: El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos**: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1995.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.
- GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- LIMA LOPES, José Reinaldo de. **O Direito na História**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos Cebrap**, n. 31, out/1991.P.33
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- VERISSIMO, Erico. **O senhor embaixador**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 16
- VILHENA, Oscar V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4 (2), p. 441-464, jul./dez. 2008.



WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

WOLFE, Christopher. **Judicial activism**: bulwark of freedom or precarious security? New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997.



# DECISÕES INTERNACIONAIS COMO FUNDAMENTO PARA RELEITURA DA IDEIA DE SOBERANIA: O CASO DA GUERRILHA DO ARAGUAIA<sup>1</sup>

INTERNATIONAL DECISIONS AS MOTIVE FOR A NEW READING OF THE IDEA OF SOVEREIGNTY: THE CASE OF THE ARAGUAIA GUERRILLA

*Eliana Franco Neme<sup>2</sup>*

## Resumo

A proteção dos direitos humanos há muito deixou de ser objeto exclusivo dos sistemas normativos nacionais, estabelecido a partir do movimento constitucionalista no final do século XVII na Europa e na América. O final da segunda grande guerra mundial trouxe à tona a realidade da fragilidade da tutela exclusiva por parte dos Estados, o que determinou o surgimento de um novo movimento, o de criação de Cortes Internacionais de Direitos Humanos. O presente artigo apresenta breve análise relacionada à demanda apresentada contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e posteriormente submetida à Corte Interamericana de Direitos Humanos. O objetivo é traçar considerações relacionadas à existência dos direitos da personalidade e sua relação com o desenvolvimento de uma teoria dos direitos humanos e conseqüentemente com um sistema internacional de proteção. E ainda, traçar considerações sobre a necessidade da releitura da ideia de soberania diante das decisões dessas cortes Internacionais.

**Palavras-chaves:** Dignidade. Sistemas Internacionais. Direitos da Personalidade Guerrilha do Araguaia. Cortes Internacionais. Corte Interamericana. Comissão Interamericana.

## Abstract

The protection of human rights has long ceased to be the exclusive object of national regulatory systems, drawn from the constitutionalist movement in the late eighteenth century in Europe and America. The end of the second great world war brought the reality of the fragility of sole guardianship by the States, which led to the emergence of a new movement, the creation of International Courts on Human Rights. The present article presents brief analysis related to the demand presented against Brazil in the Interamerican Commission of Human Rights and later submitted to the Inter-American Court of Human Rights. The objective is consequently to trace remarks related to the existence of the rights of the

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 20/05/2012. Pareceres emitidos em: 26/08/2012 e 29/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Doutora e Mestre em Direito. Professora da Universidade de São Paulo - USP - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, Constituição Federal, Constituição e Brasil, direitos humanos em juízo, direitos humanos nas cortes internacionais, tribunais internacionais e jurisprudência internacional. elianafranconeme@uol.com.br



personality and its relation with the development of a theory of the human rights and with an international system of protection. And to make considerations about the need for reinterpretation of the idea of sovereignty in the face of international decisions of these courts.

**Keywords:** Dignity. International system. International court. American court. American commission.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nós já fomos condenados antes. Já pagamos a conta do caso Ximenes, já passamos vergonha pelo caso Escher, revimos nossos posicionamentos no caso Garibaldi, e ainda no caso Nogueira de Carvalho. A submissão do Brasil ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos vem deixando marcas. Nos últimos dez anos foram 522 denúncias, sendo 108 delas recebidas perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Depois passamos às decisões acima mencionadas, proferidas pela Corte Interamericana.

A situação parece inexorável, mais e mais os cidadãos vêm encontrando os caminhos dos sistemas internacionais, e dia a dia essas decisões trazem consequências históricas para a rede internacional de proteção dos direitos humanos.

O Brasil se vê agora diante da decisão proferida pela Corte Interamericana em uma demanda que traz à tona os demônios ocultos de um país que recentemente aderiu ao movimento democrático e a uma Constituição cidadã. O caso está relacionado à detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, como resultado de operações empreendidas entre 1972 e 1975 pelo Exército brasileiro a fim de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar no Brasil (1964-1985). Do mesmo modo, relaciona-se com a Lei de Anistia (Lei 6.683/79), que foi promulgada pelo governo militar do Brasil, e em virtude da qual o Estado não realizou uma investigação penal com o propósito de julgar e sancionar os responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 pessoas e pela execução extrajudicial de Maria Lucia Petit da Silva, cujos restos mortais foram encontrados e identificados em 14 de maio de 1996.



A violação a direitos protegidos pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos e pela Declaração Americana de Direitos Humanos submete o Brasil a um questionamento mais profundo. Na visão da Comissão, essa é uma nova oportunidade para consolidar a jurisprudência sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais e à obrigação dos Estados de investigar, processar e sancionar graves violações dos direitos humanos.

Na decisão de 24 de Novembro de 2010 o juiz Roberto de Figueiredo Caldas enfatizou:

[...] é prudente lembrar que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade.

E continua:

É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas.

O que se encontra sob os holofotes é a defesa do mínimo essencial a ser garantido pelo Estado. Considerando que nada é capaz de apagar ou modificar o passado, parece que essa demanda é ainda o primeiro dos passos para que este país possa decidir o que pretende ser.

Acontecimentos sociais e políticos da atualidade exigem dos estudiosos do Direito uma análise crítica da repercussão e efeitos produzidos na vida humana e seus reflexos em segmentos do Direito Privado, considerado o ramo regulador das relações negociais, pessoais e familiares e, portanto, em constante atenção pelo respeito ao princípio fundamental da dignidade humana.



Deixando à margem o tema “dignidade da pessoa humana”, porém tendo como esteio todo o significado que ele impregnou no ordenamento jurídico brasileiro, recorda-se as palavras de Rizzatto Nunes (2002): “dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo construído pela razão jurídica”.

Afirmam alguns doutrinadores, dentre eles o citado jurista, que a dignidade nasce com a pessoa e, sendo inerente à sua essência, com o seu respeito, respeita-se, por conseguinte, os direitos fundamentais – vida, liberdade, intimidade, privacidade, honra, dentre outros.

Os direitos fundamentais correspondem a uma visão ética da humanidade. Todo homem, pelo simples fato de o ser, deveria usufruir de todos eles, como bem sintetizou Thomas Jefferson na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América do Norte: “*direito à vida, à liberdade e à felicidade*”, reiterados posteriormente pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

Leciona Jorge Miranda (1996, p. 90):

Os direitos fundamentais podem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar.

A elaboração legal do elenco dos direitos fundamentais sofre alterações em razão de momentos políticos, sociais e econômicos, uma vez que tem a preocupação de tutelar o que é inerente à essência da pessoa. Por exemplo, limitar a atividade estatal no que diz respeito a possíveis arbitrariedades do Poder Público. Outros cuidados com a proteção da pessoa surgem no cenário jurídico, agregando aos direitos fundamentais já reconhecidos outros de nova geração, denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade. (ARAUJO; NUNES, 2008, p. 108)

Os direitos fundamentais, com previsão constitucional, pressupõem relações de poder. Afirma-se que o rol apresentado na Constituição Federal de 1988 não é exaustivo, estando aberto a outros que venham a ter o mesmo status. Assim, todos



aqueles que contiverem características que os identifiquem como essenciais ao respeito da dignidade da pessoa humana serão considerados fundamentais.

De outra banda é obrigatório reconhecer que esses direitos não existem com exclusividade nos ordenamentos Estatais, e mais ainda, não encontram seus instrumentos de proteção apenas no âmbito interno dos países soberanos. Pois se é da sua própria natureza a essencialidade, a condição de estruturante da pessoa humana, seria irrazoável aceitar seu condicionamento a vínculos jurídicos estabelecidos com critério na nacionalidade do indivíduo.

## 1 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS<sup>3</sup>

Não há como falar em direitos da personalidade sem falar sobre a evolução histórica dos sistemas de proteção dos direitos humanos. A origem, a natureza e a evolução desses sistemas são importantes, não apenas em razão do seu objeto por si mesmo, já que todo sistema normativo existe em função do homem, mas também porque o desenvolvimento desses direitos está intimamente relacionado com a história da criação do Estado de Direito, e especialmente porque a história dos direitos do homem é reflexo das limitações do Poder do Estado.

Nesse diapasão vemos que a preocupação do homem com a tutela e a proteção dos seus direitos é contemporânea dos movimentos de codificação dos sistemas normativos, e, na medida em que houve a possibilidade de limitação do poder dos governantes, traduzem com fidelidade a preocupação da sociedade. A concepção de igualdade entre os homens, mola propulsora do sistema, nasce

<sup>3</sup> Ainda é bastante diversificada a nomenclatura utilizada pela doutrina nas considerações sobre os direitos e garantias individuais receberam, e ainda recebem, diversas denominações na doutrina, em declarações de direito e em textos de direito positivo, tais como “*liberdades públicas, direitos humanos, direitos públicos subjetivos, direitos do homem, direitos naturais, direitos fundamentais do homem, direitos do cidadão, direitos da pessoa humana, etc*”. Essas denominações variaram desde o início do reconhecimento formal desses direitos pelos Estados até os dias atuais, sendo que a ampliação do rol dos direitos fundamentais em sua evolução histórica contribuiu para a enorme diversidade terminológica atualmente existente. Nos dias atuais, tanto a doutrina quanto os textos normativos continuam empregando expressões diversas para indicar os direitos e garantias individuais, o que gera grande dificuldade quando se pretende verificar se os doutrinadores e legisladores pretendem se referir à mesma noção ou a noções diferentes. Assim, para o desenvolvimento do texto, e conscientes da dificuldade terminológica que envolve o tema, utilizaremos a designação que o constituinte brasileiro se valeu ao estabelecer os princípios que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais: direitos humanos.



atrelada à existência de uma lei escrita, regra geral e uniforme, igualmente aplicada a todos que vivem em sociedade.

Apresentando o tema, podemos<sup>4</sup> dividir cronologicamente a história dos direitos humanos em três fases<sup>5</sup>: i) A fase inicial que começa na pré-história e vai até o século XVI; ii) A fase intermediária de elaboração da doutrina jus naturalista e a afirmação dos direitos naturais do homem, e iii) a fase da constitucionalização desses direitos, iniciada em 1776.

Na primeira fase, notadamente na Grécia, surgiram duas concepções fundamentais de pensar o homem e a sua natureza no cosmos, fatores determinantes para o relacionamento do homem com o poder, com as divindades e com os outros homens. Pela primeira concepção, a mecanicista,<sup>6</sup> a ação do homem, não era consequência de um evento da natureza, mas sim de uma opção racional voltada para a busca de sua satisfação pessoal e do afastamento da dor. Já na concepção finalista<sup>7</sup> a ação do homem estava predeterminada pela sua simples inserção no cosmos, e, portanto, uma consequência da natureza, a partir desse raciocínio, e inspirando-se em Heráclito, Platão e Aristóteles<sup>8</sup>, os estoicos e outros

<sup>4</sup> Como sabemos a história dos direitos fundamentais do homem jamais poderia ser resumida assim, salvo com esse exclusivo propósito. Existe literatura vasta e abundante voltada apenas à explicação da evolução dos direitos na história da humanidade.

<sup>5</sup> Antes disso, o período axial, compreendido entre os séculos VIII e II A.C., e considerado o eixo histórico da humanidade, coexistiram e se comunicaram entre si alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratuska na Pérsia, Buda na Índia, Lao Tse e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia, Isaías, em Israel, todos eles partilhando dos mesmos ideais sobre o ser humano e sua liberdade e razão, inobstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião, hábitos, idiomas e costumes.

<sup>6</sup> Concepção mecanicista foi defendida pelos sofistas, mas também por Epicuro, e, por esse entendimento, uma vez que há uma variedade enorme de objetos que causam prazer e dor, o comportamento do homem seria justificadamente instável.

<sup>7</sup> A concepção finalista, defendida por Platão e Aristóteles, subordinava o homem ao cosmos. O sentido da sua existência tinha que ser pensado no quadro da ordem que reinava no cosmos. A ação humana orientava-se, de acordo com a sua natureza, para o fim último para cujo cumprimento estava orientada. Não se trata de saber o que leva o homem a agir, mas sim, onde reside a sua perfeição ou plenitude das suas tendências naturais. Inspirando-se em Heráclito, Platão e Aristóteles, os estoicos e outros filósofos desenvolveram a noção de lei natural. Esta lei governava o Cosmos e definia a natureza dos homens e o seu lugar na hierarquia cósmica.

<sup>8</sup> A concepção de Aristóteles sobre natureza humana foi talvez aquela que maior repercussão teve no pensamento ocidental. Cada espécie tem a sua própria natureza à qual correspondem certas capacidades de atuação cujo fim é precisamente realizar-se ou atualizar-se. O homem é por natureza um ser social "um animal político", o mesmo é dizer, por natureza tende a viver em comunidade e a constituir formas de organização mais perfeitas, como o Estado. Identificar estas tendências naturais é descobrir aquilo que o homem é por natureza, assim como definir o comportamento que o mesmo tende a adotar



filósofos, os finalistas desenvolveram uma noção de lei natural que governava o cosmos, que governava o homem.

Assim, são lançadas as bases para o desenvolvimento de uma concepção de direito natural, já que o homem, dotado de racionalidade,<sup>9</sup> é capaz de, deduzindo da ordem que governa o mundo<sup>10</sup> e da sua natureza própria, escolher entre harmonizar suas ações ou não, adequando-se ou repudiando voluntariamente a ordem natural, o direito natural, e conseqüentemente optando entre a felicidade e a infelicidade.

O século XVI traz novidades; surgem novas terras, novos povos, e novos problemas sobre o direito natural. As descobertas territoriais levantam o questionamento sobre a natureza humana, que se evidencia nas demandas necessárias para a dominação do novo continente. Simultaneamente a igualdade é posta em cheque pela Igreja que inicia sistemática perseguição com o processo inquisitório<sup>11</sup>, na França as desigualdades fundamentam-se na distinção da origem dos homens<sup>12</sup>. As concepções de direito natural são profundamente alteradas, já não há mais a antiga ideia de um universo fechado e hierarquizado, não havendo também justificativa para a definição do cosmos como fundamento de todo direito.

<sup>9</sup> Os romanos, na sua fase Imperial, desenvolveram o conceito de uma natureza comum a todos os homens, e que pode ser conhecida por *ratio* (razão), que só é patrimônio dos homens. Esta natureza comum torna-se fundamento das próprias leis.

<sup>10</sup> Sobre a mesma idéia debatem-se os pensadores. Santo Agostinho defende a existência de normas reguladoras da ordem universal, embora só utilize a expressão "lei eterna" para se referir à lei moral natural que se encontra gravada no coração de todos os homens. A lei eterna manda conservar a ordem natural e proíbe perturbá-la. As leis temporais devem fundar-se nas leis eternas respeitando-as. Já São Tomás Aquino (séc.XIII), defende a existência de uma lei universal que regula o comportamento de todos os seres, incluindo o comportamento humano. O homem dado que é livre está submetido também às leis morais, as quais na sua totalidade são denominadas "leis naturais". Seguindo uma concepção aristotélica afirma que o ser humano, como qualquer ser, tem certas tendências enraizadas na sua natureza. O homem distingue-se dos restantes animais pela sua racionalidade, e por ser capaz de reconhecer as suas próprias tendências naturais e de procurar adequar a sua conduta às mesmas. O conteúdo da lei natural deduz-se as três grandes tendências naturais: a) o ser humano tende a conservar a sua existência; b) a procriar; d) a conhecer a verdade e a viver em sociedade.

<sup>11</sup> Os teólogos católicos negam a possibilidade de se "limpar o sangue" dos judeus e muçulmanos, assim como os seus descendentes. Todas as conversões ou cruzamentos seriam inúteis nesta tarefa. A religião judaica ou muçulmana, segundo esta concepção, afeta de tal forma os seres humanos que a seguem, que estes adquirem por esse fato uma outra natureza.

<sup>12</sup> Os nobres na Europa eram originários de raça distinta dos povos. Trata-se de uma teoria congruente, com o a teoria divina do poder.



Se a lei universal decorrente do cosmos já não serve como fundamento para a existência de uma lei que justifique todas as outras, a saída foi a busca de outra solução que atingisse o mesmo objetivo. A teologia e a ética serviram bem ao propósito, isoladamente apresentando o fundamento do direito natural em Deus, ou na própria natureza do homem, ou aplicadas em conjunto, os ideais éticos e teológicos, que acabaram por se fundir nas exigências da própria racionalidade ao se identificar com a razão, que é natural do homem<sup>13/14/15</sup>. O estabelecimento desta nova perspectiva, aliado aos gravíssimos problemas sociais do século XVIII desencadearam a terceira fase do processo de evolução cronológica dos direitos humanos, e a sua efetiva constitucionalização. É impossível dissociar a história dos direitos humanos da história do direito constitucional, apenas a partir da contenção do poder estatal é que esses direitos passaram efetivamente a ser tutelados. Assim, em relação à Magna Carta, de 1215<sup>16</sup>, a Petição de Direitos de 1628<sup>17</sup> e o Habeas Corpus de 1679, entre alguns<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Hugo Grotius (1583), fundador do direito natural moderno, na sua obra *De iure belli ac pacis* (1625), afirma que a base de toda a sociedade humana está na razão e na natureza. O Direito Natural, como o conjunto de regras determinadas pela razão, regula a sociedade, e está conforme à reta razão. A vida, a dignidade humana e a propriedade são um direito natural, e não podem portanto serem negadas a nenhum ser humano.

<sup>14</sup> Thomas Hobbes (1588-1679) desenvolve toda uma teoria política e do Estado, baseado apenas na análise da natureza humana.

<sup>15</sup> John Locke, afirma que o Direito está enraizado numa "lei da natureza", da qual diz "deriva a própria constituição do mundo, em que todas as coisas observam nas suas operações uma lei e um modo de existência adequada à sua natureza" (Locke, Ensaio sobre a Lei Natural). Mais tarde afirmará que a lei da natureza é a lei da razão (Locke, Segundo Tratado do Governo Civil). Idéia que é congruente com o seu conceito de uma natureza humana, assente em três direitos naturais: a vida, a liberdade e os bens que cada um acumula.

As sociedades foram constituídas, segundo Locke, para garantir estes direitos e não para limitá-los ou destruí-los. A tolerância religiosa, por exemplo, fundamenta-se também na liberdade inerente à natureza humana. Cada um é livre de professar a crença que bem entender nem o Estado, nem a Igreja podem interferir neste domínio que só diz respeito a cada um.

<sup>16</sup> A Magna Carta foi firmada em 15 de junho de 1215, em texto redigido em latim, dificultando seu entendimento, não se constituía em uma criação original ou num modelo constitucional, mas continha com 67 cláusulas que, pela primeira vez afrontavam o poder absoluto de um soberano, sendo que ao menos 12 delas beneficiavam diretamente o povo, embora não criasse nenhum direito novo.

<sup>17</sup> Petition of Rights, de 1628, elencava diversas proteções tributárias que garantiam a liberdade do indivíduo em hipótese de inadimplência.

<sup>18</sup> A história apresenta outros documentos anteriores aos textos constitucionais, mas na proposta que apresentamos, para a divisão do tema, tais textos não encontram respaldo cronológico ou ideológico.



No entanto, a efetiva proteção dos direitos humanos surge com o modelo constitucional de Estado, consequência de três acontecimentos que modificaram o sistema social e os valores políticos reinantes até aquele momento na Europa e na América. Esses eventos são: a Revolução Inglesa<sup>19</sup>, A Revolução Americana<sup>20</sup> e a Revolução Francesa<sup>21</sup>, que trouxeram por consequência o modelo de Estado Constitucional em que os direitos humanos passaram a ser reconhecidos como estruturais e fundamentais para a vida do homem, primeiro e último destinatário da existência do Estado.

Esses movimentos são essenciais para o desenvolvimento de uma concepção universal de direitos humanos, pois foi apenas a partir daí, e destacadamente da Revolução Francesa que surgiram os primeiros sinais de um direito comum a todos os homens. Esses três documentos, A Declaração Francesa, A Declaração América e a Declaração Inglesa, são a base da Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

Por esse prisma é de se concluir que a todo tempo, e contemporaneamente ao desenvolvimento da sociedade, os sistemas de proteção de direitos apareceram e foram se agregando uns aos outros, evidenciando a preocupação cada vez mais profunda do homem com a tutela dos seus direitos, preocupação esta quase sempre

---

<sup>19</sup> Revolução Inglesa "Glorious Revolution" ocorreu em 1688. Já em 1689, o Parlamento aprovou e o Rei sancionou o "Bill of Rights" ou "Declaração de Direitos". Essa lei limitou a autoridade do monarca, deu garantias ao Parlamento e assegurou os direitos civis e as liberdades individuais de todos os cidadãos ingleses. Bill of Rights era dotada de 13 artigos que cristalizavam e consolidavam os ideais políticos do povo inglês, expressando significativas restrições ao poder estatal, regulamentando o princípio da legalidade, criando o direito de petição, assim como imunidades parlamentares. Entretanto, restringia vigorosamente a liberdade religiosa. A projeção da Carta deve-se ainda ao fato de apresenta o valor da liberdade pelo simples fato do nascimento e, principalmente, a extinção do direito divino dos reis.

<sup>20</sup> A Revolução Americana deu-se a partir de 1776 e culmina com a Constituição Americana de 1789. A Independência dos Estados Unidos é considerada a primeira revolução americana (a segunda foi a Guerra de Secessão, também nos Estados Unidos). Ela foi um marco na crise do antigo regime porque rompeu a unidade do sistema colonial. Ainda em 1791 são ratificadas as dez primeiras emendas à Constituição americana, que determinam com clareza os limites do Estado e definem os campos aos quais a liberdade deve ser estendida aos cidadãos. Embora as emendas garantam liberdade de culto, de palavra, de imprensa, de reuniões pacíficas e de se dirigir aos ingleses, ainda promovem distinção entre os homens, já que não aboliram a escravatura.

<sup>21</sup> Revolução Francesa deu-se em 1789.



fundada na relação do homem com o poder<sup>22</sup>, com o divino<sup>23</sup>, com a religião<sup>24/25</sup> e com a filosofia<sup>26</sup>.

### 1.1 A Implementação dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: as Cortes Internacionais

Os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, apesar de hoje estarem distribuídos em continentes diferentes, com valores religiosos, econômicos, sociais e culturais absurdamente diversificados, foram todos fundamentados na constatação de que os direitos humanos são universais, e que o Estado é o grande violador destes direitos<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Os gregos, principalmente através dos princípios enfocados pela democracia direta proposta por Péricles, igualmente contribuíram para a construção do edifício jurídico onde se amparam os fundamentos dos direitos essenciais do homem.

<sup>23</sup> A Lei das XII Tábuas é considerada marco inicial da defesa da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.

<sup>24</sup> O direito começava a viver entre os homens, procedente dos deuses, por dádivas divinas, através dos profetas-estadistas e dos soberanos tocados da luz dos primeiros esclarecimentos jurídicos. Deste modo, os súditos não contavam com qualquer referência comportamental que lhes garantisse os direitos mais fundamentais. A lei de talião, antiga pena proveniente do chamado direito vindicativo - que constituía em infligir ao condenado mal completamente idêntico ao praticado - colaborou com todas as primitivas ordenações jurídicas através do princípio: "olho por olho, dente por dente, braço por braço, vida por vida." Tal princípio foi absorvido tanto pela legislação mosaico (Êxodo - XXI, 22-25) quanto pelo Alcorão próprio "Código de Hamurabi" (1690 a.C.) exibe a figura de Schamasch, o deus Sol, confiando à capacidade do imperador a garantia do toque divino ao ordenamento jurídico então imposto. Mesmo os legisladores da Revolução Francesa invocaram os auspícios divinos para inspirar suas pretensões. "Para fundar os direitos do homem, Paine oferece uma justificação - e não podia então ser de outro modo - religiosa. Segundo ele, para encontrar o fundamento dos direitos do homem, é preciso não permanecer na história, como fizera Burke, mas transcender a história e chegar ao momento da origem, quando o homem surgiu das mãos do Criador."

<sup>25</sup> O Cristianismo, seguindo a tradição judaica, afirma que existe apenas um único Deus, criador de todas as coisas. Deus criou não apenas o mundo, mas definiu a lei que o governa. A lei natural subordina-se à lei divina. Os homens são filhos de Deus e possuem apenas uma única natureza, tendo sido criados à sua imagem e semelhança. A natureza e todas as criaturas estão submetidas à lei divina, e no caso destes também à lei moral. A sociedade medieval estava estruturada segundo uma ordem hierárquica, que correspondia à hierarquia que se podia observar na natureza. No topo estão os que governam, seguidos do que a defendem e os que rezam, tendo na base os que trabalham.

<sup>26</sup> Immanuel Kant. *Critica da razão Pura*.

<sup>27</sup> Como o objetivo do texto não é o desenvolvimento de um conceito, ou a apresentação de conceitos já formulados sobre o tema, optamos por apresentar apenas a característica que relaciona o tema com a tutela internacional, ou seja, a universalidade dos direitos humanos.



O final da segunda grande guerra mundial trouxe a organização da sociedade internacional no sentido contrário ao da guerra, da violência e das lesões à dignidade da pessoa humana. Surge a Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948<sup>28</sup>, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, documento que veio a coroar um movimento que se desenvolveu durante toda primeira metade do século XX com a criação, entre outros, do Tratado de Versalhes<sup>29</sup>, em 1919<sup>30</sup>, com o Tratado Germano Polonês em 1923, com a Conferência Pan-Americana de Lima, em 1938, com a Carta da ONU em 1945<sup>31</sup>, e com a Declaração Americana, também em 1948.

---

<sup>28</sup> Antes disso alguns diplomas já evidenciavam a preocupação do homem na tutela dos seus direitos fundamentais. No século XX, e entre outros: Em 1948: Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio ONU; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Convenção Interamericana sobre a concessão dos Direitos políticos à Mulher; A ONU proclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem, inclusive o direito à rebelião contra a tirania; Proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU; Assinada, em Bogotá, a Carta Constitutiva da Organização dos Estados Americanos OEA. Em 1945: Carta das Nações Unidas; Criação da Organização das Nações Unidas (ONU). Em 1942: Declaração das Nações Unidas. Em 1933: Convenção Internacional relativa à repressão do tráfico de mulheres; Protocolo de Emenda da Convenção para Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores. Em 1929: A Convenção de Genebra relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra. Em 1926: Convenção de Genebra - Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra; A Convenção de Genebra sobre a Escravatura. Em 1920: Criada a Liga das Nações. Em 1919: Constituição da República de Weimar; Criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho. Em 1918: Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado URSS. Em 1917: Constituição Mexicana. Em 1907: Conferência da Paz de Haia, Holanda. Rui Barbosa, delegado do Brasil, defende a igualdade das nações.

<sup>29</sup> A Conferência de Paz de Versalhes, realizada no palácio de Versalhes, em Paris, França, aconteceu entre 1919 e 1920 com o objetivo de estabelecer os termos para a organização do final da guerra mundial. Os vencidos alemães são obrigados a aceitar os 440 itens da Conferência, que basicamente traduzem os interesses franceses, americanos e ingleses. A aceitação do tratado pelos vencidos não foi fácil, e sua assinatura pelos alemães só se deu após a ameaça de invasão pelos vencedores.

<sup>30</sup> No mesmo ano é criada a Organização Internacional do Trabalho. O Brasil é membro fundador e um dos dez membros permanentes do Conselho de Administração, além de ser o País com a décima maior contribuição orçamentária da Organização - a mais alta entre os países em desenvolvimento. O Brasil é parte, ainda, de cinco das sete convenções consideradas fundamentais da OIT. É aqui, pela primeira vez que o homem passa a ser, na relação de trabalho, centro de direitos.

<sup>31</sup> A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano. O Estatuto da Corte Internacional de Justiça faz parte integrante da Carta.



A identificação com as aflições partilhadas pela civilização do pós-guerra fez com que a Declaração Universal passasse a servir de modelo para todas as demais<sup>32</sup>, e trouxe para a luz a característica essencial presente nos direitos humanos, que o faz superar questões de conceituação e de competência para a busca da efetiva proteção dos direitos tutelados: a universalidade<sup>33</sup>. A concepção universal de direitos humanos decorre da ideia de inerência, são aqueles que existem pelo simples fato de pertencermos a uma categoria, a uma espécie: a espécie humana<sup>34</sup>.

Infelizmente, porém, todas as declarações padecem do mesmo problema: a impossibilidade de assegurar o cumprimento dos seus comandos. E é a partir daí, da percepção de que os textos declaratórios por si só não teriam o poder de impedir lesões a direitos humanos, que aparecem os movimentos de sistematização com a criação de comissões e de cortes internacionais de direitos humanos.

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos se apresentam com o fim de assegurar o cumprimento dos direitos assegurados nos textos declaratórios. Temos hoje um Tribunal Penal Internacional voltado para a apuração dos mais

---

<sup>32</sup> Mesmo que tenha sido editado posteriormente à Declaração Americana, referências expressas à Declaração Universal encontram-se, significativamente, nos preâmbulos não só das Convenções de direitos humanos das Nações Unidas, como também nos das Convenções regionais vigentes – as Convenções Européia (1950) e Americana (1969) sobre Direitos Humanos e a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos (1981).

<sup>33</sup> Os direitos humanos não estão vinculados à cor, raça, opção religiosa, capacidade financeira, estado civil, sexo, ou qualquer outra variável. O Direito Internacional dos Direitos Humanos adotou tal concepção, como exemplifica o artigo 1º da Declaração Universal de 1948, prevendo que: *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados que são de razão e consciência, devem comportar-se fraternalmente uns com os outros.* Tal concepção vem sendo reafirmada a cada momento, como se vê na Proclamação de Teerã, promulgada em 1068, em que se afirma: *“A Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia uma concepção comum a todos os povos dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana e a declara obrigatória para toda a comunidade internacional”.* Passados trinta anos, quando da segunda Conferência Internacional dos Direitos Humanos (Viena, 1993), prevaleceu a concepção segundo a qual: *“A natureza universal desses direitos e liberdades não pode ser questionada.”* No mesmo sentido, o item quinto da Declaração originada daquele conferência dispõe que as peculiaridades regionais e nacionais, os contextos histórico, cultural e religioso, ainda que importantes, não servem de obstáculo à obrigação estatal de promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

<sup>34</sup> Como o objetivo do texto não é o desenvolvimento de um conceito, ou a apresentação de conceitos já formulados sobre o tema, optamos por apresentar apenas a característica que relaciona o tema com a tutela internacional, ou seja, a universalidade dos direitos humanos.



graves crimes que possam ser praticados: o genocídio, os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e o crime de agressão. E ainda vários sistemas regionais: o Americano, o Europeu, o Africano, o Asiático e o da Liga dos Estados Árabes.

### 1.1.1 O Modelo Americano: o Brasil e o caso da Guerrilha do Araguaia

O mesmo movimento de internacionalização que eclodiu na Europa foi responsável pelo desenvolvimento do sistema americano de proteção. Na esteira da criação de organismos internacionais, a América viu nascer em 1948<sup>35</sup> a Organização dos Estados Americanos,<sup>36</sup> entidade que foi criada por vinte e uma nações das Américas<sup>37</sup>, com o propósito de defender interesses comuns e a Democracia.

Juntamente com a Carta da Organização dos Estados Americanos surge a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que aparece com a finalidade de dar cumprimentos às disposições da Carta, especialmente no que se refere à necessidade de proteção dos direitos e garantias por ela estabelecidos. A Declaração Americana foi o primeiro documento internacional de proteção dos direitos humanos.

O estabelecimento de um organismo internacional de coalizão dos Estados Americanos serve como estrutura para a criação do sistema de proteção, que na

---

<sup>35</sup> Foi no começo do século XIX, notadamente em 1826 a primeira manifestação coletiva dos Estados Americanos com o Tratado do Panamá, mas apenas no final deste mesmo século, em 1890, que se realizou em Washington, d.C., a Primeira Conferência Internacional Americana, criando a União Internacional das Repúblicas Americanas, que promoveu sucessivas conferências internacionais nas Américas, a saber: na Cidade do México, México (1901), no Rio de Janeiro, Brasil (1906), em Buenos Aires, Argentina (1910), em Santiago, Chile (1923), em Havana, Cuba (1928), em Montevideu, Uruguai (1933), e em Lima, Peru (1938).

<sup>36</sup> “A Organização dos Estados Americanos (OEA) aproxima as nações do Hemisfério Ocidental com vistas a fortalecer mutuamente os Valores Democráticos, defender interesses comuns e debater um grande número de temas regionais e mundiais. A OEA é o principal Fórum Multilateral do Hemisfério para o fortalecimento da Democracia, bem como para a Promoção dos Direitos Humanos e para a discussão de problemas comuns, tais como: Pobreza, Terrorismo, Drogas e Corrupção”.<http://www.oas.org/>

<sup>37</sup> Em 1948, durante a Nona Conferência Internacional Americana, os participantes assinaram a Carta da OEA e a Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem.



América é duplo e composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana é órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos, que iniciou suas atividades em 1959 e tem sede em Washington, é composta por sete (sete) juízes, representa todos os países integrantes da OEA. As funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos são estabelecidas de acordo com a aceitação ou não pelo Estado da Convenção Americana de Direitos Humanos. Explica-se: o sistema interamericano é dividido pela aceitação ou não deste instrumento. Para os países que adotaram a Convenção Americana e aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana, o papel da Comissão fica estabelecido pelo artigo 18 do Estatuto da Comissão<sup>38</sup>, e que são basicamente de consultivos e recomendatórios, sem possibilidade de aplicação de qualquer tipo de sanção.

Já com relação aos Estados que adotaram a Convenção Americana e aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão funciona como um tribunal de admissibilidade de petições individuais, que serão ou não encaminhadas à Corte<sup>39</sup>. O procedimento perante a Comissão pode ser apresentado por qualquer pessoa, grupo de pessoas, organização internacional, Estado-parte da Organização dos Estados Americanos. Já o procedimento perante a Corte apenas pode ser iniciado mediante apresentação pela Comissão e pelos Estados que são partes da Convenção.

Assim, por outro lado do Sistema Americano temos a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem sede na Costa Rica, e foi criada em 1969, juntamente com a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas só passou a funcionar em 1978. A jurisdição da Corte só é obrigatória para os Estados que a adotarem e, conseqüentemente, não atinge todos os países da América.

Dessa forma, há na América uma dupla possibilidade de julgamentos por infrações aos direitos humanos: os países que aceitam a jurisdição da Corte

<sup>38</sup> Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>>.

<sup>39</sup> Artigo 19 do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.



Interamericana serão avaliados pela Comissão Interamericana, e apenas a Comissão terá o poder de submeter as reclamações à Corte Interamericana. Já os países que não aceitam a jurisdição da Corte Interamericana ficam submetidos apenas às considerações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Esta colocação é evidenciada pelo próprio Estatuto da Comissão ao estabelecer que se entende por direitos humanos: a) os direitos definidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos com relação aos Estados-Partes da mesma; b) os direitos consagrados na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, com relação aos demais Estados membros.

Apesar do modelo da Convenção ter sido criado em 1969, e entrado em vigor em 1978, o Brasil somente incorporou o sistema com a subscrição da Convenção Interamericana em 1992, e passou a reconhecer a competência da Corte em 1998.

Apesar do grande número de reclamações apresentadas contra o Brasil na Comissão Interamericana, apenas um pequeno número delas foi encaminhado para a Corte Interamericana. Entre elas os casos contenciosos: Ximenes Lopes<sup>40</sup>, o caso Nogueira de Carvalho<sup>41</sup>, o caso Escher e outros<sup>42</sup>, o caso Garibaldi<sup>43</sup>, e por fim o caso da Guerrilha do Araguaia.

---

<sup>40</sup> Primeira condenação brasileira pela Corte. Transcrições: "O Estado deve garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, nos termos dos parágrafos 245 a 248 da presente Sentença. O Estado deve pagar em dinheiro indenização para a mãe (R\$ 117.766,35), a irmã ( R\$ 105.319,50), o pai (R\$ 28.723,50) e o irmão (R\$ 28.723,50) do Senhor Damião Ximenes" O valor foi pago pelo Decreto 6.185 de 2007.

<sup>41</sup> O caso foi submetido a julgamento em 28 de Novembro de 2006 e foi arquivado em razão da inexistência de violação às garantias judiciais estabelecidas nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana.

<sup>42</sup> Pela decisão proferida: "O Estado violou o direito à vida privada e o direito à honra e à reputação reconhecida no artigo 11 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo dos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, pela interceptação, gravação e divulgação das suas conversas telefônicas, nos termos dos parágrafos 125 a 146 e 150 a 164 da presente Sentença. O Estado violou o direito à liberdade de associação reconhecido no artigo 16 da

Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo dos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, pelas alterações no exercício desse direito, nos termos dos parágrafos 169 a 180 da



É justamente neste último caso que buscamos fundamento para este raciocínio. O caso se refere às pessoas presumivelmente mortas nas operações do Araguaia durante o período compreendido entre os anos de 1972 e 1975.

Em relação aos desaparecidos foi proposta ação nos anos 80 por, entre outros, Júlia Gomes Lund, já morta, mãe do guerrilheiro Guilherme Lund. Desde então os parentes duelam com o Estado perante os juízes e Tribunais brasileiros. Pretendiam obter dados sobre o desaparecimento e morte desses guerrilheiros, assim como localizar os corpos para destinação final. A Comissão Interamericana já recomendou<sup>44</sup> inicialmente que o Brasil identificasse os responsáveis pelos desaparecimentos e concedesse indenizações. A reclamação foi encaminhada à Corte Interamericana.

O objeto desta demanda consistia em declarar que o Brasil é responsável internacionalmente pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento dos membros do Partido Comunista do Brasil e dos moradores da região listados como vítimas.

Fomos novamente condenados.

Na decisão proferida ficou consignado que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

Assevera ainda a Corte Interamericana que o Brasil é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal. E que o Estado brasileiro descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à

---

presente Sentença.” Texto integral em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_200\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf)>.

<sup>43</sup> O caso de Sétimo Garibaldi: O Brasil foi condenado por ter violado direito às garantias judiciais e à proteção judicial.

<sup>44</sup> Decisão da Comissão na íntegra: <[http://www.cidh.org/Comunicados/Port/16\\_09port.htm](http://www.cidh.org/Comunicados/Port/16_09port.htm)>.



Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial pela falta de investigação dos fatos do caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas.

Reconhece também a Corte que o Brasil é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Da mesma maneira, pela violação dos direitos às garantias judiciais, por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária. Assinalando, por fim, que o Estado também é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, em prejuízo dos familiares das vítimas. Isso porque, em virtude da Lei n.º 6.683/79<sup>45</sup>, promulgada

<sup>45</sup> Lei da Anistia de 28 de Agosto de 1979. Art 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. § 2º - Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. § 3º - Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º. Art. 3º O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da Administração. § 1º - Os requerimentos serão processados e instituídos por comissões especialmente designadas pela autoridade a qual caiba a apreciá-los. § 2º - O despacho decisório será proferido nos cento e oitenta dias seguintes ao recebimento do pedido. § 3º - No caso de deferimento, o servidor civil será incluído em Quadro Suplementar e o Militar de acordo com o que estabelecer o Decreto a que se refere o art. 13 desta Lei. § 4º - O retorno e a reversão ao serviço ativo não serão permitidos se o afastamento tiver sido motivado por improbabilidade do servidor. Art. 6º O cônjuge, qualquer parente, ou afim, na linha reta, ou na colateral, ou o Ministro Público, poderá requerer a declaração de ausência de pessoa que, envolvida em atividades políticas, esteja, até a data de vigência desta Lei, desaparecida do seu domicílio, sem que dela haja notícias por mais de 1 (um) ano § 1º - Na petição, o requerente, exibindo a prova de sua legitimidade, oferecerá rol de, no mínimo, 3 (três) testemunhas e os documentos relativos ao desaparecimento, se existentes. § 2º - O juiz designará audiência, que, na presença do órgão do Ministério Público, será realizada nos 10 (dez) dias seguintes ao da apresentação do requerente e proferirá, tanto que concluída a instrução, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, sentença, da qual, se concessiva do pedido, não caberá recurso. § 3º - Se os documentos apresentados pelo requerente constituírem prova suficiente do desaparecimento, o



pelo governo militar do Brasil, não se levou a cabo uma investigação penal com o objetivo de julgar e sancionar os responsáveis pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado das 70 vítimas desaparecidas, e pela execução extrajudicial de Maria Lucia Petit da Silva. Na percepção da Corte, os recursos judiciais de natureza civil com vistas a obter informação sobre os fatos, não foram efetivos para garantir aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso à informação sobre os acontecimentos, e as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada, afetando a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada.

Cumprido ressaltar que em decisão proferida em 29 de Abril de 2010 o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>46</sup> n.º 153 em que se questionava a constitucionalidade do artigo 1º da Lei de Anistia.

---

juiz, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, proferirá, no prazo de 5 (cinco) dias e independentemente de audiência, sentença, da qual, se concessiva, não caberá recurso. § 4º - Depois de averbada no registro civil, a sentença que declarar a ausência gera a presunção de morte do desaparecido, para os fins de dissolução do casamento e de abertura de sucessão definitiva. Art. 7º A conhecida anistia aos empregados das empresas privadas que, por motivo de participação em greve ou em quaisquer movimentos reivindicatórios ou de reclamação de direitos regidos pela legislação social, haja sido despedidos do trabalho, ou destituídos de cargos administrativos ou de representação sindical. Art. 8º Os anistiados, em relação as infrações e penalidades decorrentes do não cumprimento das obrigações do serviço militar, os que à época do recrutamento, se encontravam, por motivos políticos, exilados ou impossibilitados de se apresentarem. Parágrafo único. O disposto nesse artigo aplica-se aos dependentes do anistiado. Art. 9º Terão os benefícios da anistia os dirigentes e representantes sindicais punidos pelos Atos a que se refere o art. 1º, ou que tenham sofrido punições disciplinares incorrido em faltas ao serviço naquele período, desde que não excedentes de 30 (trinta) dias, bem como os estudantes. Art. 10. Aos servidores civis e militares reaproveitados, nos termos do art. 2º, será contado o tempo de afastamento do serviço ativo, respeitado o disposto no art. 11. Art. 11. Esta Lei, além dos direitos nela expressos, não gera quaisquer outros, inclusive aqueles relativos a vencimentos, saldos, salários, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou ressarcimentos. Art. 12. Os anistiados que se inscreveram em partido político legalmente constituído poderão voltar e ser votados nas convenções partidárias a se realizarem no prazo de 1 (um) ano a partir da vigência desta Lei.

<sup>46</sup> O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB propõe arguição de descumprimento de preceito fundamental objetivando a declaração de não recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no §1º do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979. A concessão da anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes



O voto do Ministro Relator destacou que a Lei de Anistia foi “*uma lei-medida*”<sup>47</sup>, não uma regra para o futuro e, como tal, deve “*interpretar-se em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual foi criada e não a realidade atual*”. Nesse sentido, a Lei implementou “uma decisão política do momento da transição conciliada de 1979”, uma vez que “foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos”. A lei, efetivamente, incluiu na anistia os “agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar”<sup>48</sup>. Nesse sentido, o acordo realizado pela classe política, que possibilitou a transição para o Estado de Direito “resultou em um texto de lei e, portanto, quem poderia revê-lo seria exclusivamente o Poder Legislativo. Ao Supremo Tribunal Federal não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias”. Ao final, abordando a tese da recepção ou não da Lei 6.683/79 na nova ordem constitucional democrática, salientou que “a Lei de Anistia de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem constitucional. Constitui a origem da nova norma fundamental” e, portanto, “sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável”.

A improcedência da ação decidida por sete votos a dois, no entanto, não parece ter o poder de afastar do Brasil a incidência da decisão proferida pela corte.

## 2 A DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE INTERAMERICANA E A NECESSIDADE DE UMA VISÃO INTEGRADORA DA SOBERANIA

O objeto deste trabalho não é o de enfrentar questões conturbadas relacionadas ao exercício do poder político como a legalidade, a legitimidade, e a

---

políticos estender-se-ia, segundo esse preceito, aos crimes conexos – crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

<sup>47</sup> Segundo o relator, as leis-medida “disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. [...] As leis-medida configuram ato administrativo completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico do pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material”.

<sup>48</sup> Segundo o relator, “o que caracteriza a anistia é a sua objetividade, o que importa em que esteja referida a um ou mais delitos, não a determinadas pessoas [...] A anistia é mesmo para ser concedida a pessoas indeterminadas”.



democracia. O que pretendemos é estabelecer uma conexão entre o poder estatal e a proteção dos Direitos Humanos.

Há aparentemente um conflito: o Estado Juiz nacional proferiu uma decisão em que não houve a declaração de inconstitucionalidade do disposto na Lei de Anistia, e, de outra banda, a Corte Interamericana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os órgãos das Nações Unidas e outros organismos universais e regionais de proteção dos direitos humanos pronunciaram-se sobre a incompatibilidade das leis de anistia, relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional e as obrigações internacionais dos Estados.

O paradoxo é inexistente. Todo o ideal de organização política pode ser fundamentado em uma palavra: liberdade. Para nós, qualquer discussão em torno da implementação dos direitos humanos passa necessariamente pela abordagem das questões democráticas, e é impossível falar em democracia sem enfrentar a questão da soberania.

Por certo a abordagem deste trabalho apenas tangencia a dimensão política e jurídica deste valor. Não pretendemos aqui nos aprofundar nas questões relacionadas à Teoria do Estado ou as Relações Internacionais, nossa proposta é puramente epistemológica: que tipo de conhecimento nós podemos ter em relação à soberania do Estado que possa justificar a implementação ou não de decisões internacionais em território nacional?

Para a implementação do raciocínio temos também que pré-conceber a ideia de que os direitos humanos são valores globais, e que os direitos da personalidade que embasam as ideias aqui defendidas são também universais.

O conceito de direitos humanos assenta num bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais, designadamente: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres. (PANNIKAR, 1996, p. 202, 206, 207)

Partindo dessas premissas cabe a nós buscar o fundamento de uma ideia que justifique a existência simultânea de Cortes Internacionais e Estados soberanos.



Como já foi dito e sendo uma declaração de simplicidade absoluta, não é difícil aceitar o fato de que a origem, a natureza, e a evolução dos sistemas de proteção dos direitos fundamentais do homem são importantes não apenas em razão do seu objeto por si mesmo. Falar em direitos humanos e falar sobre a dinâmica das relações entre a atividade do estado e a liberdade do homem.

Nesse sentido a preocupação do homem com a tutela e a proteção dos seus direitos traz como reflexo a necessidade de positivação desses direitos, o que torna a ideia de proteção contemporânea aos movimentos de codificação dos sistemas normativos<sup>49</sup>. A partir daí é possível perceber que a mola propulsora do sistema, a ideia de igualdade entre os homens, surge atrelada à existência de uma lei escrita, regra geral e uniforme, igualmente aplicada a todos que vivem em sociedade.

De outra banda, a conscientização do indivíduo de que o Estado tem o poder de ser o alçoz dos direitos fundamentais trouxe como consequência imediata a preocupação com a criação de um sistema de proteção dos direitos humanos que se colocasse acima do Estado. Assim, o embate apresentado é consequência lógica da preocupação final.

Criamos as organizações políticas com o propósito de organizar e proteger sistemas e instituições. Esses por sua vez são instrumentos para efetivação do equilíbrio entre as relações do Estado com o indivíduo. Para sua formação e seu reconhecimento o Estado precisa de um poder que se equipare a todos os demais poderes na ordem internacional, e seja o maior de todos os poderes no âmbito interno, com o monopólio da coação. Por esse raciocínio o Estado só existe na medida em que tem sua soberania reconhecida interna e internacionalmente.

Mas como podemos acreditar que esse poder soberano, utilizado para criação da organização política Estatal pode servir de impedimento para a implementação nesta mesma organização dos maiores valores por ela perseguidos? Como podemos aceitar o fato de que o Estado, sob argumento da proteção da sua soberania, deixe de aplicar decisões internacionais que protegem direitos inerentes à condição do próprio Estado?

---

<sup>49</sup> A ideia da codificação não é capaz de impedir a tese da existência do direito natural presente no pensamento jusnaturalista.



Não podemos acreditar e não podemos aceitar.

A visão do Estado está ligada com a preocupação na proteção do homem, foi este o ponto de partida para a criação destas ficções jurídicas dotadas de personalidade própria. A equação apresentada coloca como vértices a proteção dos direitos humanos, dos direitos da personalidade. As cortes internacionais e os estados têm isso em comum, tem essa ideia como sua fonte de validade. Só existem Estados e Cortes Internacionais porque pré-existe a preocupação com a proteção dos direitos do homem,

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O retrospecto da experiência humana é capaz de tornar inquestionável a declaração que a proteção dos direitos humanos não pode ficar atrelada aos sistemas nacionais. É forçoso constatar que é o Estado na grande parte das vezes o maior dos violadores dos direitos do homem. Esse paradoxo é especial na medida em que a realidade do Estado moderno é consequência do processo de constitucionalização dos direitos e liberdades públicas. Assim o Estado de Direito e a proteção dos Direitos Humanos estão historicamente entrelaçados.

A partir dessa percepção as relações e organismos internacionais passaram a servir de palco para um novo modelo protetivo, sediado na ideia da condição humana com requisito mínimo para a tutela dos valores inerentes à nossa espécie. O passo seguinte foi a criação de Cortes Internacionais, que acabaram por se dividir pelos continentes, o que coloca o Brasil à mercê do Sistema Interamericano.

As bases normativas que fundamentam os pedidos dos reclamantes brasileiros encontram-se na Declaração Americana dos Direitos do Homem e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Ambos os textos trazem os valores perseguidos, especialmente os especificados no relatório da Comissão Interamericana<sup>50</sup>. São valores como o direito à vida, à liberdade, ao reconhecimento

---

<sup>50</sup> Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos: Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social,



da personalidade jurídica, ao julgamento, ao respeito aos direitos. São direitos sem os quais não há vida digna, sem os quais a existência fica sem sentido.

A problemática atual traz a lume a difícil revisão interpretativa do valor soberania, atrelado à identidade do Estado. O fato é que o reconhecimento internacional dos direitos humanos e a existência de sistemas de proteção são o reflexo de um processo de amadurecimento que teve como marco epistemológico a segunda grande guerra mundial.

O quadro é paradoxal e evidencia o balanço da nossa incompetência atual em resolver problemas básicos atinentes à proteção dos direitos humanos: o mesmo Estado que voluntariamente adere a um tratado internacional é aquele que viola direitos individuais e coletivos. O mesmo poder que viabiliza essas estruturas jurídicas fictícias e reconhece toda a sistemática para sua implementação é aquele que por essência impede a coexistência de outras forças.

---

posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Artigo 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica: Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. Artigo 4. Direito à vida: Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. Artigo 5. Direito à integridade pessoal: Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. Artigo 7. Direito à liberdade pessoal: Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela. Artigo 8º. Garantias judiciais: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Artigo 25. Proteção judicial. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão: Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.



Na situação atual, a implementação das decisões no âmbito interno dos Estados-Partes de um sistema internacional de proteção fica condicionada à vontade política e à capacidade jurídica. Não nos parece correto.

Nesse sentido, a decisão proferida pela Corte Interamericana no caso da Guerrilha há de ser marco regulador. Para a concessão da sua proteção o Sistema Interamericano passou por uma questão delicada cujo enfrentamento é recente no sistema interno: a decisão sobre a constitucionalidade da Lei de Anistia.

Ao que parece as decisões nacionais e internacionais apresentam uma contradição em tese. Uma vez que os sistemas nacionais e internacionais discordam sobre a constitucionalidade da norma, vislumbra-se uma posição conciliadora: a definição dos valores da personalidade como elementos formados do conceito de soberania estatal. Não pode haver a ideia de soberania, sem que os direitos humanos sejam preservados naquele Estado.

A evolução da humanidade trouxe para nós algumas certezas, entre elas a de que é improvável que tenhamos sucesso absoluto na proteção dos direitos humanos se concedermos o dever de tutela apenas aos Estados. Por outro lado, se a evolução dos sistemas de proteção determinou a existência de Cortes Internacionais, fica evidente que o comprometimento desses Estados perante as Cortes representa também um comprometimento do Estado perante toda a comunidade internacional.

Por outro lado na medida em que os direitos humanos foram se estabelecendo gradativamente em um plano histórico geracional, é razoável acreditar que os comportamentos dos sistemas internacionais funcionem com o mesmo padrão. Nesse sentido, a questão da Guerrilha do Araguaia traz ainda o direito ao esquecimento, valor intimamente relacionado com os direitos da personalidade.

Não é admissível que um Estado que se considera democrático e de direito escuse-se de garantir o direito a uma morte digna àqueles que tombaram no seu seio. A única leitura possível é a capaz de explicar que o Estado existe para o indivíduo, e não o contrário.



Fomos condenados por violar a própria ideia da Convenção Americana, dando constitucionalidade a uma lei que garante impunidade aos que praticaram crimes durante o período de exceção. Somos responsáveis pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal dos integrantes da guerrilha do Araguaia e de seus familiares. Descumprimos a ordem de adequação do sistema normativo nacional, e agora utilizamos essa falha para sustentar a desnecessidade de cumprimento das determinações da Corte.

O Brasil também deixou de investigar graves violações dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial pela falta de investigação dos fatos do caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas. Também não respeitamos a liberdade de pensamento e de expressão, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Violamos, ao final o direito dos familiares dos desaparecidos aos recursos judiciais de natureza civil com vistas a obter informação sobre os fatos, o acesso à informação sobre os acontecimentos, afetando a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada.

Não são poucas as expectativas criadas diante desse impasse perante a Corte, e existem questões formais que merecem o debate<sup>51</sup> que não encontra palco neste texto, uma vez que a perspectiva aqui é a dos direitos da personalidade. Assim, nossas considerações concentram-se nos valores albergados pelos institutos legais em comento.

Não há dúvidas de que a ordem internacional e os sistemas normativos nacionais encontram seu fundamento de validade no mesmo propósito, que é o de proteger a espécie humana. Neste sentido a única possibilidade de interpretação e o vetor para a aplicabilidade das decisões certamente é o da máxima efetividade dessa proteção. Pouco importa se o vínculo é sedimentado pela determinação da nacionalidade ou um acordo internacional, a ideia é a mesma: a condição humana.

---

<sup>51</sup> A principal delas diz respeito à eficácia temporal das normas relacionadas com o caso em questão.



Nesse sentido não há que se falar em elementos essenciais do Estado, autonomia das suas decisões, autolimitação da vontade ou soberania.

O que se deve ter em mente é a proteção da espécie humana. Para isso existem os Estados, para isso existem os tribunais. Não podemos nos esquecer que o reconhecimento de um Estado não pode ser fundado apenas na ideia do que ele foi, mas especialmente na projeção em relação ao tipo de Estado que pretende ser.

## REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES Jr., Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Volume 1 e 2. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I, 1996.
- NETO, Luísa. **O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio corpo**, Coimbra: Coimbra editora, 2004.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**, São Paulo: Saraiva, 2002.
- PANNIKAR. **Is the Notion of Human Rights A Western Concept, International Human Rights In Context**. Edited by Henry J. Steiner and Philip Alston, Clarendon Presss, 1996, p. 202, 206, 207.
- PIOVESAN, Flávia C. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 2008.



# O *RECALL* E OS CONCEITOS HÄBERLIANOS DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO<sup>1</sup>

RECALL AND THE HÄBERLIAN CONCEPTS OF CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AND CONSTITUTIONAL INTERPRETS

Andressa Fracaro Cavalheiro<sup>2</sup>

## Resumo

O presente trabalho, a partir de uma ideia de interpretação onde se indaga sobre os participantes do próprio processo interpretativo, apresenta a figura do *recall* judicial como mecanismo que possibilita uma participação cada vez maior e mais efetiva da sociedade, porque um dos instrumentos pelos quais se traduz o conceito häberliano do cidadão como intérprete da Constituição. Assim, trabalham-se conceitos como a força normativa da Constituição e o surgimento da jurisdição constitucional, bem como a hermenêutica constitucional sob a ótica de Peter Häberle, a partir de suas teses de constituição como cultura e da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. São feitas considerações sobre o *recall* e *recall* judicial, este último como exemplo concreto da flexibilização da interpretação constitucional jurídica, abordando as questões do ativismo judicial e da interpretação constitucional aberta. Para cumprir o desiderato proposto utilizou-se o método de procedimento indutivo por meio da técnica de pesquisa indireta, dividindo-se o trabalho em seis seções, incluindo-se introdução e conclusão.

**Palavras-Chave:** *Recall* judicial. Hermenêutica Constitucional. Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Constituição como Cultura. Peter Häberle.

## Abstract

This paper, discusses from a interpretation idea where its inquired about the participants of the interpretive process, presents the figure of the judicial recall as a mechanism that allows an increasing and more effective society participation, because its one of the instruments that translates häberle's the

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 03/05/2012. Pareceres emitidos em: 26/08/2012 e 29/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professora Assistente do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, campus de Francisco Beltrão. Membro titular da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Pesquisadora dos seguintes grupos de pesquisas, vinculados ao CNPq: Grupo de Estudo e Pesquisa em Direitos Humanos, junto à Unioeste e Grupo de Pesquisa em Governo Eletrônico – E-gov, junto à Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Membro dos seguintes grupos de pesquisa, também vinculados ao CNPq: Direitos Fundamentais e Novos Direitos, Justiça e Cidadania nas Práticas Judiciais Brasileiras – Estudos de Caso, e, Teoria e Prática dos Casos Dífceis no Direito, todos junto à UFRGS. Advogada. E-mail: afcavalheiro@gmail.com.



concept of the citizen as an interpreter of the Constitution. Thus, concepts as the normative force of the Constitution and the emergence of constitutional jurisdiction are studied, as well as the constitutional hermeneutics from the perspective of Peter Häberle, from his theses of constitution as culture and open society of interpreters of the Constitution. Considerations are made regarding the recall and judicial recall, the latter as a concrete example of the flexibilization of the legal constitutional interpretation, addressing the issues of judicial activism and open constitutional interpretation. To achieve the desideratum proposed, the method was used the inductive procedure by indirect research technique, dividing the work into six sections, including introduction and conclusion.

**Keywords:** Judicial Recall. Constitutional Hermeneutics. Open society of interpreters of the Constitution. Constitution and Culture. Peter Häberle.

## INTRODUÇÃO

A partir da sua 'invenção' no Estado Moderno, a Constituição passa a desempenhar um papel cada vez mais relevante nos ordenamentos jurídicos, até atingir, contemporaneamente, o *status* de norma máxima ou hierarquicamente superior.

A par disso, as Constituições, notadamente a partir do Estado Social, passam a ser síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico porque, além de espelhar a ideologia da sociedade, seus postulados básicos e afins, dão unidade e harmonia ao sistema, numa ideia de integração não só entre suas diferentes partes, mas buscando uma conformação social.

Neste contexto, a interpretação das normas constitucionais se faz relevante, visto que tal interpretação deve, necessariamente, indagar sobre os participantes do próprio processo interpretativo e, a partir disso, buscar uma maior democratização a partir do ingresso, neste processo, da população para a qual se dirigem as normas.

Dentro desta ideia de interpretação, a figura do *recall* judicial pode se traduzir na real possibilidade de uma participação cada vez maior e mais efetiva da sociedade, porque um dos instrumentos pelos quais se traduz o conceito häberliano do cidadão como intérprete da Constituição, possibilitando, assim, a abertura da jurisdição constitucional.



Deste modo, o presente trabalho é uma primeira tentativa de abordar estes temas<sup>3</sup>.

## 2 A 'INVENÇÃO' DA CONSTITUIÇÃO E O SURGIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A ideia de uma Constituição com força normativa, dotada, portanto, de caráter imperativo e cujos comandos podem ser tutelados em juízo, quando não cumpridos, pode hoje parecer uma completa obviedade, mas as coisas nem sempre foram assim (SARMENTO, 2004, p. 70).

Deste modo, refere Leal (2007, p. 5) que

A Constituição, enquanto documento jurídico de organização do poder, é uma 'invenção' moderna. Ela nasce com a pretensão de vinculação do poder ao Direito, numa clara (e maquiavélica) tentativa de consolidação das conquistas alcançadas e pretendidas pelo triunfo burguês da Revolução Francesa, razão pela qual não é por menos que devemos aos humanistas franceses a construção e o desenvolvimento de nossas principais instituições jurídicas e políticas, todas herdadas da modernidade. As noções de Constituição e de Estado, em seus construtos teóricos e operativos, são um clássico exemplo disso. [...] É preciso frisar, contudo, que assim como a própria Constituição se desenvolveu na perspectiva do Estado, também o papel da garantia e as formas de atuação da jurisdição constitucional se modificaram na esteira destas transformações.

Portanto, para se entender a história evolutiva da Constituição e da constituição jurisdicional, deve-se correlacioná-las à história evolutiva dos próprios modelos estatais, a partir do chamado Estado moderno.

Após a idade média o poder político encontra-se centralizado, embora tal centralização tenha resultado no absolutismo, onde a figura do Estado praticamente se confundia com a pessoa do monarca. É célebre a frase de Luis XIV – *L'État s'est moi* – que resume bem esse período.

<sup>3</sup> A ideia de trabalhar o *recall* juntamente com os conceitos desenvolvidos por Peter Häberle relativos à hermenêutica constitucional dos intérpretes da Constituição nasceu das aulas de jurisdição constitucional do Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado – da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC.



Assim, foi durante a chamada época iluminista que se busca, através de uma retomada jusnaturalista, a ideia de que homem é dotado de direitos inatos, anteriores, portanto, ao Estado, e que, por isso, devem ser respeitados e garantidos pelo poder público, resultando, em âmbito jurídico, no constitucionalismo, no reconhecimento, em âmbito jurídico, das ideias iluministas (SARMENTO, 2004, p. 21).

Estava formado, portanto, o Estado Liberal. Neste modelo, a constituição, eminentemente jurídica, surge com a pretensão de ser considerada, antes de mais nada, Lei. Portanto, há uma tentativa de se construir o direito constitucional sob a mesma ótica do direito civil. Os direitos próprios desta Constituição são, claro, os direitos individuais: o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

Tais direitos são considerados negativos porque se caracterizam pela não violação e não intervenção do Estado, visto como grande vilão, dada sua conformação absolutista. É, por assim dizer, a ruptura do governo dos homens pelo governo das leis.

Sobre o papel da Constituição no Estado liberal, aponta Sarmento (2004, p. 24) que esta, enquanto lei escrita, era considerada

[...] superior às demais normas (devendo) estabelecer a separação dos poderes para contê-los [...] e garantir os direitos do cidadão, oponíveis em face do Estado. O papel que então se atribuía à Constituição estava bem delineado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo o qual “toda a sociedade, na qual a garantia não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

A constituição, portanto, só existia para organizar a vida do Estado e impedir que este se imiscuísse na vida dos indivíduos.

Na lógica do Estado Liberal, via-se, portanto, a grande dicotomia entre público e privado, ou seja, a separação entre Estado e sociedade que se traduzia em garantia da liberdade individual devendo, pois, o Estado, a reduzir ao mínimo sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa (SARMENTO, 2004, p. 26).



Entretanto, com o evoluir do Estado Liberal, e apesar dos progressos havidos com o reconhecimento dos direitos individuais, a industrialização realizada de acordo com a lógica do mercado, acentua o quadro de exploração do homem pelo homem, mostrando, então, sua insuficiência para assegurar a dignidade humana.

Ora, não se olvide que é nesta época que uma massa de pessoas passa a viver em condições subumanas, com jornadas de trabalho de vinte horas e com condições precárias de saúde.

Logicamente isso se transforma em objeto de reivindicação, quando, então, se começa a reconhecer a existência de um mínimo de direitos sociais para que se possa garantir um mínimo de igualdade material.

A conclusão lógica advinda deste processo não é outra senão a de que se as coisas funcionando pela sua própria lógica (a do mercado) não estão funcionando bem, necessário se torna que alguém intervenha no processo, a fim de reduzindo este impacto, criar condições para uma vida digna, do que resulta, por exemplo, a criação de leis para regular o trabalho e garantir saúde àqueles que não podem pagar por ela.

Neste sentido, refere Sarmiento (2004, p. 40) que

Surge, então, na virada do século XX, o Estado do Bem-Estar Social, e com ele a consagração constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdência, à educação, etc.). Estes novos direitos penetram nas constituições a partir da Carta mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919.

É o advento dos chamados direitos prestacionais, ou de segunda geração que, ao contrário dos direitos individuais, são direitos sociais e, portanto, positivos, passando a ser incorporados pelos textos constitucionais como programas de ação.

Neste diapasão, merece destaque as considerações de Sarmiento (2004, p. 40), para quem

Todas estas alterações do perfil do Estado refletiram-se, como não poderia deixar de ser, sobre as constituições. Estas, que no liberalismo se limitavam a traçar a estrutura básica do Estado e a garantir direitos individuais,



tornam-se mais ambiciosas, passando a ocupar-se de uma multiplicidade de assuntos [...]. No afã de conformarem a realidade social, as constituições passam a valer-se com freqüência de normas de conteúdo programáticos, que traçam fins e objetivos a serem perseguidos pelo Estado, sem especificar, de modo suficientemente preciso, de que modo os mesmos devem ser atingidos. [...].

Deste modo, a Constituição passa a ser vista como um plano, um programa do que se precisa fazer perdendo, claro, seu *status* de exclusivamente legal (ou jurídica) transformando-se em carta política.

O grande problema do Estado do Bem-Estar Social é que as Constituições acabam por perder sua característica jurídica passando suas determinações a serem consideradas como parte de um programa (daí o termo 'programática') que não tem data marcada para ser executado.

Como referido, embora perdendo sua força normativa, as Constituições, no Estado Social, passam a ter uma maior significação social, característica que não se perde com o novo paradigma estatal.

Contemporaneamente se pode dizer do fim do Estado Social e do surgimento do chamado Estado Pós-Social, identificado a partir dos dois choques do petróleo na década de 70, somado à expansão do Estado Social, sem recursos para o atendimento das demandas reprimidas da população, tornado, assim, burocrático e obeso, e à globalização econômica. (SARMENTO, 2004, p. 43)

Entretanto, para o objetivo traçado para o presente trabalho, convém falar, agora, de um modelo de estado surgido no segundo pós-guerra, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

Tal modelo, fruto das políticas do *Welfare State* e do advento da democracia no segundo pós-guerra e da redemocratização em sentido amplo daí decorrente, tem como reflexo a incorporação e a positivação, pelos textos constitucionais, dos direitos fundamentais, acompanhado da desconfiança com relação ao critério da maioria, utilizado como elemento de legitimação do nazi-facismo, fazendo com que a tarefa de preservação dessa vontade fosse confiada à justiça constitucional. (LEAL, 2007, p. 41)

No Estado Democrático de Direito tem-se a ideia de constituição não só política, mas política e jurídica, ou seja, se mantém a noção da constituição como



sendo para organizar a vida do Estado e da sociedade, mas, ao mesmo tempo, se busca resgatar a força normativa da constituição.

Assim, vai-se ter uma série de mecanismos que tentam dotar a Constituição da força que perdeu no Estado do *Welfare State*, reconhecendo-se que não basta ter direitos previstos no texto constitucional porque, tão ou mais importante, são os instrumentos de implementação, de coerção, para a realização destes direitos.

A preocupação do Estado Democrático, além de garantir e ampliar uma série de direitos, vai se fazer valer os conteúdos constitucionais.

Disto decorre um aumento dos mecanismos jurídicos de proteção dos direitos fundamentais e a própria ampliação destes direitos a partir da noção de dignidade humana, cujo conceito passa ser a chave mandamental da qual vão decorrer uma série de direitos.

É a partir disto, então, que a ordem constitucional passa a reconhecer todos os direitos necessários à dignidade humana. Também é aí que se vai refletir o caráter histórico e de abertura dos direitos fundamentais, observada a norma de abertura prevista constitucionalmente.

A efetividade dos direitos fundamentais é buscada através do poder judiciário embora as constituições não defiram a ele esse papel de proeminência, embora a preocupação das constituições em criar instrumentos jurídicos para a efetivação de tais direitos acabe, inevitavelmente, deslocando o foco para o Judiciário, o que o obriga a mudar a forma de atuação neste cenário.

É, portanto, a partir daí que se destaca a jurisdição constitucional, que é o espaço institucionalizado, especial, oficial, para a análise e implementação dos conteúdos constitucionais considerados como especiais dentro da norma jurídica fundamental.

Nos dizeres de Leal (2007, p. 61),

Percebe-se, pois, que em face de uma tal situação, um destacado papel passa a ser desempenhado pela jurisdição constitucional (embora não só por ela), que, a partir da interpretação, tem a importante função de dar, cotidianamente, nova vida à Constituição, a fim de que ela possa cumprir, de forma perene, com sua missão de ordem jurídica fundamental da comunidade.



Portanto, neste cenário de destaque da jurisdição constitucional, a interpretação das normas constitucionais passa a ter grande relevância, dado o caráter aberto das constituições vigentes pressupondo-se, para sua realização, uma atuação criativa por parte dos tribunais que passam, então, a desenvolver uma série de recursos teóricos e hermenêuticos para dar conta de tal propósito, acabando por interagir com a atividade legislativa propriamente dita (LEAL, 2007, p. 62).

Assim, no próximo item, far-se-á uma pequena incursão nos conceitos háberlianos de hermenêutica constitucional para, ao final, estabelecer a possibilidade de adoção do *recall* como desdobramento prático de tal atividade.

### 3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL HÄBERLIANA: A CONSTITUIÇÃO COMO CULTURA E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

A introdução ao tema determina que se faça alguns apontamentos acerca dos conceitos de cultura e sua relação com a doutrina constitucional na teoria háberliana. Neste respeito assevera o autor (HÄBERLE, 2000, p. 30) ser necessário

Desestimar toda forma de entender la cultura como '*algo exclusivo de los ciudadanos mejor instruidos*', ésta debe ser tomada muy em serio y entendida tanto em su magnitud empírica como en su orientacion normativa bajo las dos significativas acepciones de '*cultura para todos*' (H. Hoffmann) y '*cultura de todos*'. [destaques no original].

Assim começa o autor a introduzir a ideia de cultura como um conceito 'aberto', porque abarca "tanto la cultura educacional tradicional ciudadana como la 'popular', incluyendo aqui otras, como las llamadas 'cultura alternativa' y 'anticultura' o 'subcultura'". (HÄBERLE, 2000, p. 31) [destaques no original].

Desta maneira, refere o autor que

Esta forma de entender la cultura como una realidad abierta es a su vez consecuencia de la estructura pluralista del grupo político de soporte. De este modo el aspecto antropológico inicial vuelve a resultar decisivo, ya que el ser humano ostenta necesidades culturales diferentes a las que el Derecho constitucional cultural deve corresponder en todo caso mediante un marco óptimo de desarrollo. El Derecho – que a nível federal resulta ser 'Derecho constitucional cultural' es tan solo un mero *instrumento*. Ahora



bien, es un hecho que el hombre no sólo vive de cultura; sin embargo, si vive esencialmente em um entorno cultural que es produto tanto de generaciones anteriores como de las actuales. La cultura es y crea toda una gama de posibilidades al poner em prática sus propios logros em el seno de una historia concebida como una realidad abierta. [destaques no original].

Daí asseverar-se, portanto, a ideia de um direito constitucional cultural como forma de se concretizar os valores da população. Ou seja, sendo os valores reflexos da cultura, à Constituição cabe o papel de instrumento cultural concretizador.

Assim, a própria história constitucional de um Estado guarda estreita relação com sua cultura, que é fruto de sua história e, mais do que isso, do processo histórico de suas conquistas enquanto povo.

Veja-se, por exemplo, a história de países devastados por ocasião da II Grande Guerra, notadamente vítimas de regimes totalitários como o nazismo e o facismo. Foram neles que se desenvolveu mais fortemente (e de lá se irradiou) a ideia de reconhecimento e proteção aos direitos humanos, o grande elemento de abertura dos ordenamentos jurídicos e mudança dos textos constitucionais, cujo marco inicial pode ser traduzido pela promulgação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

São esses direitos que fazem com que as Constituições deste período assumam e incorporem a pluralidade subjacente ao tecido social, retomando aspectos valorativos que suplantam, em muito, a simples ideia de uma identidade de interesses, identificada pela vontade da maioria (MARTOS, 2007, p. 51).

É a partir do evento marcante do segundo pós-guerra que as Constituições passam a ser concebidas como *comunitárias*, ou seja, aquelas que refletem os valores compartilhados pela comunidade que as adota, dando origem à chamada Teoria Material da Constituição, onde são levados em consideração o sentido, fins, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição (LEAL, 2007, p. 30).

Obviamente que a ideia de constituição comunitária não se desenvolveu da noite para o dia, tendo suas origens ainda no começo do século XX quando, ainda no modelo de Estado Liberal, era o mercado quem, de fato, ditava as regras e a igualdade, apenas formal, não consegue evitar a eclosão de movimentos sociais que reclamavam uma atuação mais forte por parte do Estado.



Neste diapasão, e sobre esse conceito formal de igualdade, merece destaque as considerações de Böckenförde (2000, p. 32-33), para quem

El Estado de Derecho liberal (burguês) como tipo constitucional, tal y como surgió a partir del concepto originario del Estado de Derecho, no podía desde sus propios principios dar respuesta a la cuestión social que él mismo provocó. (Razão pela qual) [...] el movimiento histórico que se puso en marcha con ello condujo necesariamente no solo a la desigualdad social basada em la posesión, sino que, con su estabilización y agudización, llevó también al antagonismo clasista de la sociedad, y com ello a una nueva falta de libertad, ahora social, sobre la base de la igualdad jurídica. [grifou-se]

Estas, sinteticamente, as justificativas para a grande mudança conceitual da Constituição e a elaboração do já referido conceito material da Constituição.

Os direitos fundamentais, agora albergados no texto constitucional são, portanto, reflexo de uma cultura que se instala em função da própria história vivenciada por estes povos e daí o grande relevo do princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido como

[...] premisa que deriva de la cultura de todo un pueblo y de unos derechos humanos universales, a su vez entendidos como vivencia de la individualidad o especiicidad de un pueblo determinado que logra su identidad tanto em la tradición histórica como em sus propias experiencias, y que refleja sus esperanzas em forma de deseos y aspiraciones de futuro [...]. (HÄBERLE, 2000, p. 33)

Daí reconhecer-se que a

[...] Constitución no se limita sólo a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un médio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (HÄBERLE, 2000, p. 34)

Não se limitando a um mero conjunto de textos jurídicos ou compêndio de regras, devem as Constituições ser vistas como 'letra viva' que, no entender de Häberle (2000, p. 34), são

aquellas cuyo resultado es obra de todos los intérpretes de la sociedad abierta, son en su fondo y en su forma expresión e instrumento mediador de cultura, marco reproductivo y de recepciones culturales, y depósito de futuras "configuraciones culturales, experiências y vivencias, y saberes. [...]



ya que lo juridico tan sólo representa um aspecto de la Constitución como cultura.

É a partir desse reconhecimento, de que a Constituição é um produto da cultura, que podemos avançar na teoria Häberliana notadamente no que se refere à questão da interpretação constitucional.

Parte Häberle da ideia de que a teoria da interpretação constitucional sempre

se centrou muito na 'sociedade fechada' de intérpretes, fixando o seu foco no aspecto jurídico e formal, em que a interpretação é uma atividade de cunho predominantemente estatal e institucional. [...] no entanto, é preciso que se considerem, igualmente, a formação e a realidade constitucionais, o que implica [...] a formação de um amplo e pluralista círculo de intérpretes, onde cada um que vivencia a norma [...] é, também, o seu intérprete legítimo, direta e indiretamente. Esta viragem [...] é cunhada [...] como personalização da jurisdição e da interpretação constitucional. (LEAL, 2007, p. 117)

Vê-se, assim, o rompimento da noção puramente institucional da hermenêutica constitucional, inserindo-a numa esfera aberta – a própria sociedade.

Assim é que se a hermenêutica constitucional refletia, basicamente, sobre as funções e os objetivos da interpretação, e sobre os métodos desta mesma interpretação, Häberle passa a questionar “como” e “para quem” se faz a interpretação constitucional. (LEAL, 2007, p. 117)

Desta feita, a teoria da interpretação constitucional desenvolvida por Peter Häberle (2007, p. 12) está vinculada a um novo modelo interpretativo:

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral –, então há de se perguntar, de forma decidida, sobre os agentes conformadores da “realidade constitucional”. [destaques no original]

Assim, assevera Häberle (2007, p. 23-24) que

[...] a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse



processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. [...] Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a esta realidade.

Portanto, a interpretação constitucional, para Peter Häberle, envolve, necessariamente, métodos de interpretação voltados para o atendimento do interesse público e do bem-estar geral, sendo mais um elemento da sociedade aberta, onde estejam envolvidas todas as potências públicas, participantes do processo social. Assim,

[...] a Constituição aparece como um produto cultural, um sistema *aberto* capaz de interagir com o meio no qual está inserida, razão pela qual os seus conteúdos precisam ser interpretados sempre de novo e a cada vez. Significa dizer que as suas regulações não são perfeitas e que tampouco ela é uma unidade já concluída, devendo ficar incompleta e imperfeita porque a vida que ela quer ordenar é histórica e, conseqüentemente, o seu conteúdo está sujeito a alterações também históricas. É a interpretação, por sua vez, que permite esta atualização e esta mediação (necessária) entre realidade e texto normativo, tarefa que cabe não somente aos órgãos oficiais, mas a toda a *sociedade aberta*, fazendo com que a Constituição passe a ser vista, então, numa perspectiva viva, como obra de todos os seus intérpretes. (LEAL, 2007, p. 60) [grifou-se]

Sendo a Constituição, então, um produto cultural, é sua interpretação que, além de refletir a história, vai fazer o elo entre realidade e texto normativo; Portanto, o próprio conceito de interpretação necessita ser esclarecido porque deste processo de interpretação deve fazer parte toda a sociedade. Nas palavras de Häberle (2007, p. 12),

[...] quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la [...]. Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional [...] Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo.

Importante destacar que, para Häberle, a interpretação “conhece possibilidades e alternativas diversas, sendo necessária a ampliação do círculo dos



intérpretes [...] como consequência da necessidade [...] da integração da realidade no processo de interpretação”. (HÄBERLE, 2007, p. 30)

Portanto, Häberle propõe a adoção de uma hermenêutica constitucional que seja adequada, pertinente, conformada, com a sociedade pluralista atual, sociedade que ele chama de “aberta”, entendendo que uma teoria de interpretação constitucional e seus métodos devem estar voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral.

Neste contexto, temos que a hermenêutica constitucional deve ser voltada para o interesse público, envolvendo o cidadão ativo, na busca da reflexão real da história de vida dos que vivem sob sua égide e, portanto, não pode mais ficar adstrita às funções estatais aos participantes destes órgãos, aos legitimados pela constituição para manifestar-se acerca de questões constitucionais, ou ainda pareceristas, expertos, peritos, etc. A interpretação constitucional deve ser ampliada, a fim de poder contar com o cidadão ativo.

Neste respeito convém destacar o conceito, aqui empregado, de cidadão ativo, considerado, então, como aquele que, abandoando sua posição de simples administrado, dá-se conta de que a sociedade contemporânea exige dele uma nova relação com o Estado, uma relação horizontal, multipolar, paritária e circular, fundada na comunicação e na real colaboração, a fim de que, juntamente com o Estado, se possa enfrentar os problemas de uma sociedade cada vez mais complexa<sup>4</sup>.

Por fim, destacando-se o pensamento de Leal acerca da hermenêutica häberliana, tem-se que se trata,

Portanto, de uma *democratização* (de certo modo, diga-se, apenas quantitativa) da tarefa interpretativa, sendo que, no dizer do autor, não existe (e não pode existir) interpretação sem o reconhecimento desta potencialidade, pois ela constitui um processo aberto que conhece diferentes alternativas. Neste sentido, o alargamento do círculo interpretativo aparece como consequência da incorporação da realidade à interpretação, isto porque os intérpretes em sentido lato [...] constituem uma parte desta mesma realidade, principalmente quando se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, pronta e pré-determinada, que impescinde de desenvolvimento. (LEAL, 2007, p. 117)

<sup>4</sup> Características propostas por Arena (2008).



Convém asseverar que Häberle, embora proponha uma interpretação constitucional aberta, com vários intérpretes, entende que sempre subsiste a responsabilidade da jurisdição constitucional que é quem vai deter a última palavra no processo hermenêutico. (HÄBERLE, 2007, p. 14)

Assim,

Cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação [...]; eles são intérpretes constitucionais em sentido *lato*, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes. (HÄBERLE, 2007, p. 14)

No presente estudo, entretanto, propõem-se um “alargamento” da classificação de pré-intérprete formulada por Häberle, na medida em que se vai considerar a possibilidade do cidadão fazer não uma pré-interpretação da norma, mas, concretamente, manifestar-se sobre sua conformidade ao texto constitucional.

#### 4 O *RECALL*: BREVES CONSIDERAÇÕES

Dentre os vários institutos representativos da democracia semidireta (DALLARI, 2009, p. 153), a figura do *recall* se apresenta como um dos mais interessantes. Trata-se de um instituto tipicamente norte-americano, com aplicação em duas hipóteses diferentes: a primeira para revogar a eleição de um legislador ou funcionário eletivo; a segunda – e mais relevante para este estudo – para reformar decisão judicial sobre constitucionalidade de lei.

Para configuração do primeiro caso se faz necessário que certo número de eleitores requeira uma consulta à opinião do eleitorado, para que determinado mandato seja ratificado ou cassado (MALUF, 2003, p. 184), exigindo-se dos requerentes um depósito em dinheiro (DALLARI, 2009, p. 155). Geralmente é permitido àquele, cujo mandato está em jogo, a possibilidade de imprimir sua defesa na própria cédula que será usada pelos eleitores. Decidindo a maioria dos eleitos pela cassação do mandatário, esta se efetiva; senão, o mandato permanece e os requerentes perdem, em favor do Estado, o dinheiro depositado (DALLARI, 2009, p. 155).



O segundo caso, também chamado *recall* judicial, surgiu em 1912, quando a Suprema Corte Norte-Americana se arvorou em super-poder, passando a anular as leis que consubstanciavam a nova política social do Presidente Theodore Roosevelt (MALUF, 2003, p. 184), tendo sido por ele preconizada numa de suas campanhas eleitorais. Segundo propunha, as decisões de Juízes e Tribunais, excluída apenas a Suprema Corte, negando a aplicação de uma lei por julgá-la inconstitucional, poderiam ser anuladas pelo voto da maioria dos eleitores. Em ocorrendo tal anulação, a lei seria considerada constitucional, com obrigatoriedade de imediata aplicação.

Vários Estados norte-americanos acolheram o *recall* judicial em suas respectivas Constituições, objetivando superar obstáculos à aplicação de leis sociais, colocados pela magistratura eletiva pressionada pelos grupos econômicos que decidiam as eleições. (DALLARI, 2009, p. 155)

No presente estudo vamos considerar, para desenvolvimento de algumas ideias, o *recall* judicial como sendo a possibilidade da população de um determinado Estado anular as declarações de constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) feitas pelo poder Judiciário, via controle concentrado de constitucionalidade.

## 5 **RECALL JUDICIAL: RELATIVIZAÇÃO (FLEXIBILIZAÇÃO) DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL JURÍDICA, ATIVISMO JUDICIAL E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA**

Definidos alguns conceitos pertinentes à constituição como produto cultural, a interpretação constitucional aberta e os intérpretes da constituição além do próprio instituto do *recall* e notadamente ao *recall judicial*, vejamos agora sua associação.

O aumento dos intérpretes da Constituição faz com que as funções desenvolvidas pelos magistrados sofram uma significativa relativização. Para Häberle, tal relativização está assentada em três razões, das quais vamos destacar individualmente, apenas as duas primeiras. Assim:

1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente.



Em que pese Häberle não ter tratado sobre o *recall* judicial, parece muito claro que sua aplicação tem estreita relação com sua teoria, pois que, na possibilidade aventada, o magistrado não só não interpretou isoladamente o texto constitucional, mas como teve sua interpretação alterada por participante outro deste mesmo processo, qual seja, o cidadão-eleitor.

A segunda razão trazida por Häberle (2007, p. 41) diz que

2. [...] O conceito de “participante do processo constitucional” (*am Verfassungsprozess Beteiligte*) relativiza-se na medida que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) desenvolve força normatizadora (*normierende Kraft*). Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização política. [grifo do autor].

Disto decorre que o Judiciário tem se fixado como um novo espaço público não representativo visto que

O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade de espaço político, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas. (CITTADINO, 2002, p. 17)

Ressalte-se que a questão do ativismo judicial não é ponto pacífico na doutrina estrangeira, sofrendo críticas no sentido de que o protagonismo judicial, longe de ser um mérito do Judiciário, significa um demérito do Executivo, e, assim, do próprio povo que falha na escolha de seus representantes.

Neste sentido, Cittadino (2002, p. 17) faz a seguinte advertência:

De qualquer forma, nunca é demais insistir no tema da responsabilidade democrática dos juízes quando se debate o tema da judicialização da política. Se, por um lado, parece não restar nenhuma dúvida sobre a importância da atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos da cidadania, é fundamental que o seu atual protagonismo seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático.

A questão do ativismo judicial pode muito bem fundamentar a ideia do *recall* judicial, mas, como neste trabalho se pretendeu, aprioristicamente, estabelecer-se



uma relação entre este instituto com alguns dos conceitos häberlianos, não há como se imiscuir nesta seara, voltando-se, agora, à questão do *recall* judicial.

Se necessariamente deve fazer parte do processo de interpretação constitucional o cidadão ativo, para o qual, teoricamente, não somente as leis, mas a própria Constituição, são feitas, o que se pode dizer quando a interpretação constitucional feita por um órgão estatal é recusada, de forma direta, pela população?

É justamente esta a hipótese aventada pelo *recall* judicial e o que se pretende, neste trabalho, é tecer algumas considerações a respeito, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, uma vez que as próprias respostas estão sendo tecidas em conjunto com a evolução das sociedades.

Segundo Häberle (2007, p. 31), “qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis”. Um juiz é levado a decidir, então, não só pelo texto legal, mas também pela sua experiência, profissional e pessoal.

Assevera o autor que ‘seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial” (HÄBERLE, 2007, p. 31).

Sendo assim, se resta evidente reconhecer que influências, expectativas e obrigações sociais evitam o livre arbítrio da interpretação judicial, ousa-se discordar do Autor para dizer que influências, expectativas e obrigações sociais, bem como influências políticas e econômicas podem levar os membros do Judiciário a decidir contrariamente aos direitos fundamentais, notadamente se o órgão judicial que tem por tarefa precípua a guarda da constituição for um órgão político, como sói acontecer na maioria dos estados democráticos.

E é sobre esta perspectiva que se afigura interessante a adoção do *recall* judicial, na medida em que ele possibilita um controle das decisões proferidas por um Tribunal político que pode, em dado momento, não ter interesse na efetiva concretização dos preceitos fundamentais albergados na ordem constitucional.



Exemplificativamente, imagine-se que num determinado caso concreto tenha havido declaração de constitucionalidade de determinada lei que, na verdade, atente, por exemplo, contra o direito fundamental à previdência, albergado no texto constitucional.

A fim de afastar as consequências do ato emanado pelo Judiciário, segue-se requerimento para realização de *recall* sobre a decisão judicial emitida e, em votação direta, têm os cidadãos-eleitores a possibilidade de anular a decisão, reconhecendo como inválida a norma editada, extirpando-a do ordenamento jurídico vigente.

A mesma hipótese poderia se dar em contrário, ou seja, contra decisão de inconstitucionalidade, insurgem-se a maioria dos eleitos, reconhecendo como válida, e, portanto, vigente no ordenamento jurídico, a lei demandada.

Se consideradas válidas e corretas as posições e definições trazidas por Häberle, tais possibilidades não seriam outra coisa senão a real conformação da constituição à realidade social, por meio de interpretação realizada pelo cidadão, para quem, a lei tida como inconstitucional, não fere qualquer dos direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelo texto constitucional, ou, ao contrário, a lei tida como constitucional fere tais direitos.

Ora, essa manifestação popular nada mais seria do que a explicitação da democracia desenvolvida mediante controvérsia sobre alternativas, possibilidades e necessidades da realidade e também o concerto de questões constitucionais onde não existe dirigente. (HÄBERLE, 2007, p. 36-37)

No caso, os eleitores, enquanto cidadãos, se configuram num elemento pluralista no processo constitucional, libertando-se do velho modelo que reservava só ao órgão estatal a interpretação e o controle constitucionais.

A importância de um instituto como o *recall* judicial é de grande vulto, na medida em que a sociedade se torna livre e aberta quando se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição.

Deste modo, na teorização feita, a consequência não será só o efetivo reconhecimento de que a constituição é produto cultural e que, em função disto, é necessário que os cidadãos, para quem de fato as normas constitucionais são dirigidas, possam vivê-las, ou seja, interpretá-las, mas vai, seguramente, possibilitar



um processo de fortalecimento democrático, na medida em que, num Estado Democrático de Direito,

A democracia não se desenvolve unicamente a partir dos aspectos formais; antes, pelo contrário, ela se dá cotidianamente, na política e na práxis. Dentre deste contexto, em que a supremacia do povo não se dá somente no dia da eleição, a interpretação aparece como um espaço de exercício desse mesmo elemento democrático, de modo que – pode-se afirmar – na democracia, o cidadão é intérprete da Constituição. (LEAL, 2007, p. 117-118)

Ora, é tema recorrente a necessidade do fortalecimento da democracia nos Estados, notadamente em Estados com regime de governo tido por populista ou que recentemente tenham passado por regimes autoritários ou ditatoriais.

Neste sentido, parece possível a adoção do *recall* judicial como um meio para o fortalecimento democrático desses países, ainda que neles se verifique um cada vez maior ativismo judicial.

## CONCLUSÃO

Se permito à população o exercício de controle direto de constitucionalidade, incito sua participação, cada vez de forma mais ativa, em outras áreas da seara política.

Claro que a adoção deste sistema necessita, obrigatoriamente, de reforma do texto constitucional, em Estados onde a Constituição é escrita e prevê o controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais.

No Brasil, a figura do *recall* não é exatamente desconhecida, posto que já houveram tentativas de implementação do *recall* eletivo, ou seja, aquele pelo qual um detentor de mandato representativo pode ser destituído do cargo, mediante eleição onde se confirmará ou não a legitimidade de seu mandato.

Assim, a adoção desta modalidade de *recall* poderia ser o primeiro passo na futura adoção do *recall* judicial.

Além disso, é preciso destacar a crescente busca de legitimidade por parte do Executivo, do Legislativo e também do Judiciário.



Entendendo-se legitimidade como o efeito advindo do consenso, ou seja, do exercício do poder original e reiteradamente consentido, o *recall* judicial pode, também, prestar-se a esta busca, visto que, ainda que, na hipótese de uma lei declarada inconstitucional voltar ao ordenamento jurídico, a decisão estará legitimada pelos cidadãos, ainda que seja uma legitimação negativa [o não reconhecimento da decisão exarada], mas que permitirá ao Judiciário saber como, realmente, posicionam-se a maioria dos cidadãos sobre determinado assunto, o que certamente influenciará suas decisões futuras, tornando-as cada vez mais legítimas, porque cada vez mais de acordo com o consenso [ou dissenso] coletivo.

Resta evidente que o *recall* judicial guarda estreita relação com os conceitos Häberlianos de hermenêutica constitucional e dos intérpretes da Constituição, o que representa, não só, um instrumento de democracia semidireta, mas também um outro meio de se conferir efetividade à teoria Häberliana, transformando-se mesmo, num instrumento de sua concretização.

Assim, revela-se um instrumento efetivo não só de democracia, mas de legitimidade constitucional, sendo possível [e desejável] sua adoção por países cujo processo democrático ainda necessite passar por um processo de fortalecimento.

## REFERÊNCIAS

- ARENA, Gregório. A administração condivisa. *In*: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **A administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. (Série Direito e Sociedade Contemporânea).
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estúdios sobre el estado de derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000.
- CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. *In*: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.
- HÄBERLE, Peter. **Teoria de la constitución como ciencia de la cultura**. Traducción introducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.



O *recall* e os conceitos häberlianos de hermenêutica...

LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Administração pública e participação social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

LEAL, Rogério Gesta (Org.). **A administração pública compartilhada no Brasil e na Itália**: reflexões preliminares. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26. ed., atual. pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTOS, José A. Montilla. Minoria política & tribunal constitucional. *Apud*. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática: uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.



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

ECONOMY, MORALS AND FUNDAMENTAL RIGHTS: SOME REALLOCATION APROXIMATIONS

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

### Resumo

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

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

### Abstract

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

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

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

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



## INTRODUÇÃO

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

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

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

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



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

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

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

---

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



## 2 ECONOMIA E SEU INSULAMENTO MORAL

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

---

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



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

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

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

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

---

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

---

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

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



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

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

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

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

---

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

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



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

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

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

---

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



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

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

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

---

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



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

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

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

---

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



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

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

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

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

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



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

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

## 5 CRITÉRIOS PARA INCORPORAÇÃO DE PRECEITOS MORAIS À ECONOMIA

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

---

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



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

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

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

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

---

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



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

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

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

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



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

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

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

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

---

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



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

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

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

---

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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



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

## CONCLUSÃO

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

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



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

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



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

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

## REFERÊNCIAS

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



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

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

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



# O IMPACTO DA NEUTRALIDADE FISCAL NA CRISE FINANCEIRA GLOBAL<sup>1</sup>

THE IMPACT OF FISCAL NEUTRALITY IN THE GLOBAL FINANCIAL CRISIS

*Prof. Dr. Moris Lehner<sup>2</sup>*

## Resumo

Por neutralidade fiscal entende-se como sendo o objetivo de não influenciar as decisões (econômicas) de investimentos domésticos e estrangeiros, para que permaneçam inalteradas ou sejam minimamente afetadas pela tributação. A partir dessa perspectiva a neutralidade fiscal diz respeito ao contribuinte, seja ele indivíduo, empresa ou ainda uma multinacional. Neutralidade fiscal, intimamente ligada a esse conceito individual, proporciona a base para políticas fiscais internacionais, colocando em evidência questões que tratam da proteção a orçamentos nacionais através da tributação de rendimentos nacionais e estrangeiros. Sob esse ponto de vista, os conceitos da neutralidade fiscal são intrínsecos à atual crise financeira global – um desequilíbrio de orçamentos nacionais. Ao focar em tributação, a questão que se coloca é se princípios básicos da neutralidade fiscal internacional e concorrência fiscal podem auxiliar a amenizar a presente crise financeira global.

**Palavras-chave:** Direito tributário; Neutralidade fiscal; Crise financeira mundial.

## Abstract

By fiscal neutrality we understand the objective of not influencing (economic) decisions of domestic and supranational investments, so that they are unaltered or minimally affected by taxation. In this perspective of fiscal neutrality refers to the taxed subject, both as individual as an enterprise as well as a corporation. Fiscal neutrality, intimately linked to this individual concept, it serves as base for international fiscal policies, putting in evidence questions of protection of national budgets trough taxation of national and foreign revenue. In this optic, the concept of fiscal neutrality is intrinsic to the current global financial crisis – an unbalancing of national budgets. In focusing on taxation the question put forth is if the basic principles of international fiscal neutrality and fiscal competition may help meliorate the current global financial crisis.

**Keywords:** Tax law; Fiscal neutrality; International fiscal crisis.

## I INTRODUÇÃO

O tema neutralidade fiscal<sup>3</sup> abrange a tributação no contexto econômico<sup>4</sup>. Por neutralidade fiscal entende-se como sendo o objetivo de não influenciar as decisões

<sup>1</sup> Artigo recebido em: 12/07/2012. Pareceres emitidos em: 29/09/2012 e 02/10/2012. Aceito para publicação em: 12/11/2012.

<sup>2</sup> Ludwig-Maximilians-Universidade de Munique. E-mail: <moris.lehner@jura.uni-muenchen.de>



(econômicas) de investimentos domésticos e estrangeiros, para que permaneçam inalteradas ou sejam minimamente afetadas pela tributação<sup>5</sup>. A partir dessa perspectiva a neutralidade fiscal diz respeito ao contribuinte, seja ele indivíduo, empresa ou ainda uma multinacional. Intimamente ligada a esse conceito individual, proporciona a base para políticas fiscais internacionais, colocando em evidência questões que tratam da proteção a orçamentos nacionais através da tributação de rendimentos nacionais e estrangeiros<sup>6</sup>. Sob esse ponto de vista, os conceitos da neutralidade fiscal são intrínsecos à atual crise financeira global – um desequilíbrio de orçamentos nacionais. É redundante dizer que uma tributação eficaz aliada à contenção de despesas são fundamentais para um orçamento equilibrado. Ao focar em tributação, a questão que se coloca é se princípios básicos da neutralidade fiscal internacional e concorrência fiscal podem auxiliar a amenizar a presente crise financeira global.

## II DEFINIÇÃO GERAL DA NEUTRALIDADE FISCAL (EFICIÊNCIA ECONÔMICA E EQUIDADE LEGAL)

Por neutralidade fiscal entende-se como sendo o objetivo de não influenciar as decisões (econômicas) de investimentos domésticos e estrangeiros, para que permaneçam inalteradas ou sejam minimamente afetadas pela tributação<sup>7</sup>. Até agora,

<sup>3</sup> Klaus Vogel, *World-wide versus Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Argument*, Intertax 1988, 135; Wolfgang Schön, *International Tax Coordination for a Second-Best World*, World Tax Journal 2009, Part I, 67 et seq.; Part II 2010, 65 et seq.; Part I 227 et seq.; Ken Messere, *Tax Policy in OECD Countries*, 1993, 110 et seq.; Eric Kemmeren, *Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax treaty Policy*, in: Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck/Zagler (eds.) *Tax Treaties*, Amsterdam 2010, p. 237 et seq.; Mihir Deasai/James Hines, *Evaluating International Tax Reform*, National Tax Journal 2003, 487 et seq.; Mihir Desai/James Hines, *Old Rules and New Realities: Corporate Tax Policy in a Global Setting*, National Tax Journal 2004, 937 et seq.; Daniel Shaviro, *Decoding the U.S. Corporate Tax*, Washington 2009, 122 et seq.; Fadi Shaheen, *International Tax Neutrality: Reconsiderations*, Virginia Tax Review 2007, 205 et seq.; Guglielmo Maisto, *Credit versus Exemption under Domestic Tax Law and Treaties*, in Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck/Zagler (eds.), loc. Cit., p. 319 et seq.

<sup>4</sup> Cf. Eric Kemmeren, *Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax treaty Policy*, in: Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck/Zagler (eds.), loc. Cit., p. 237 et seq.; Pasquale Pistone, *Tax Treaties with Developing Countries: A Plea for New Allocation Rules and a Combined Legal and Economic Approach*, in Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck/Zagler (eds.), loc. Cit., p. 413 et seq.

<sup>5</sup> Wolfgang Schön, *International Tax Coordination for a Second-Best World*, World Tax Journal 2009, Part I, 67, 71; Ken Messere, *Tax Policy in OECD Countries*, Amsterdam 1993, 110 et seq.

<sup>6</sup> Ver *Commission of the European Communities*, *Promoting good Governance in Tax Matters*, COM (2009) 201 final: With the current financial and economic crisis, national budgets and tax systems are under increased threat and the need for international tax cooperation and common standards (i.e. "good governance in the tax area") has become a regular feature of international discussions.

<sup>7</sup> Wolfgang Schön, *International Tax Coordination for a Second-Best World*, World Tax Journal 2009, Part I, 67, 71; Ken Messere, *Tax Policy in OECD Countries*, Amsterdam 1993, 110 et seq.



existem dois aspectos principais da neutralidade fiscal. O primeiro trata da *eficiência*, fortemente relacionada ao objetivo da não distorção econômica. O segundo trata da *equidade*, que é um aspecto legal, visando fundamentalmente a não discriminação e a não restrição<sup>8</sup>. A eficiência baseia-se no pressuposto de que a produtividade é maior quando os rendimentos de produção são determinados pelos mecanismos de mercado, sem a intervenção do estado. Tal pressuposto demonstra que a distinção entre eficiência (econômica) e equidade legal é bastante teórica, uma vez que as leis, especialmente tributárias, sempre influenciarão as decisões econômicas dos investidores. A verdadeira contribuição da neutralidade fiscal em termos de equidade (legal) parece ser a ênfase que coloca sobre a não discriminação e a não restrição. A partir, entretanto, desta dupla perspectiva, eficiência econômica e equidade legal podem divergir se, por exemplo, um país proporciona determinados incentivos fiscais para determinados tipos de contribuinte.

## II O IMPACTO DA JURISDIÇÃO TRIBUTÁRIA E DOS REGULAMENTOS DE ORIGEM

Em situações transfronteiriças, a neutralidade fiscal está intimamente ligada à jurisdição tributária<sup>9</sup>. Em um entendimento mais amplo, a jurisdição tributária é a ampliação da soberania nacional e internacional de um país. Observando mais atentamente, percebe-se que a jurisdição tributária foca na atribuição de direitos para tributar de acordo com os regulamentos de origem nacional e internacional. Portanto, para que a jurisdição possa impor o tributo, é necessário que se baseie em informações pessoais referentes à residência, endereço atual, cidadania, estabelecimento e sede da direção ou que se baseie no vínculo territorial da base tributária (fonte de rendimentos).

Considerando tais premissas, a tributação com base na residência, em geral, abrange rendimentos universais (responsabilidade fiscal ilimitada) enquanto que a tributação baseada na fonte de rendimentos é geralmente restrita ao território de origem de rendimentos específicos (responsabilidade fiscal limitada). Responsabilidade fiscal limitada é normalmente entendida por tributação de acordo com o princípio da territorialidade. Entretanto, analisando o significado mais especificamente, a tributação

<sup>8</sup> Critical about this distinction: *Klaus Vogel*, World-wide versus Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Argument, *Intertax* 1988, 135 et seq.

<sup>9</sup> See *David Rosenbloom*, US Source Rules: Building Blocks of Cross-border Taxation, *BIFD* 2006, 386 et seq.



de acordo com o princípio da territorialidade qualifica tributação restrita aos residentes em seus rendimentos provenientes do seu país de domicílio, em oposição à regra geral a qual o estado tributaria os residentes em seus rendimentos universais<sup>10</sup>.

## 1 A PERSPECTIVA NACIONAL DE COOPERAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA SOBRE REGULAMENTOS DE ORIGEM

É necessário que se definam regulamentos de origem a partir de uma perspectiva nacional de cooperação transfronteiriça, para que se estabeleça a origem de tributação na esfera de responsabilidade fiscal limitada (perspectiva interior). E também para que se definiam quais os rendimentos estrangeiros para fins de créditos fiscais (perspectiva exterior). Estas duas perspectivas prescindem de diferentes regulamentos de origem. Segundo *David Rosenbloom*<sup>11</sup>:

“Em se tratando de estrangeiros, os regulamentos de origem servem como um filtro para a assertiva da jurisdição tributária. No contexto de créditos fiscais estrangeiros, os regulamentos de origem respondem à questão de quando os Estados Unidos irão postergar as contestações legítimas de outras autoridades de tributação”.

Isto ocorre pelo fato de que, o exercício da jurisdição tributária de acordo com estas regras, no final das contas, precisa não apenas de justificação econômica, mas também, legal. Finalmente, no que tange os acordos de tributação, um consenso bilateral é necessário. Há ainda requisitos legais na legislação europeia que requerem a não discriminação e a não restrição<sup>12</sup>.

## 2 A PERSPECTIVA DO TRATADO FISCAL SOBRE REGULAMENTOS DE ORIGEM

No contexto da legislação do tratado fiscal, os estados limitam suas jurisdições para tributar, modificando seus regulamentos de origem nacional com a finalidade de evitar uma dupla tributação (dupla não tributação<sup>13</sup>). A diferença entre o país de domicílio e o país de origem parece bem clara no âmbito teórico, entretanto é bastante

<sup>10</sup> *Moris Lehner/Ekkehart Reimer*, Generalthema I: Quelle versus Ansässigkeit - Wie sind die grundlegenden Verteilungsprinzipien des Internationalen Steuerrechts austariert?, IStR 2005, 542.

<sup>11</sup> *David Rosenbloom*, US Source Rules: Building Blocks of Cross-border Taxation, IBFD 2006, 386.

<sup>12</sup> Cf. *Ben Terra/Peter Wattel*, European Taxation, 5th ed. 2008, p. 29 et seq. See also for an overview about EU tax law on direct taxation: *Marjaana Helminen*, EU Tax Law – Direct Taxation, Amsterdam 2011; *Michael Lang/Pasquale Pistone/Josef Schuch/Claus Staringer* (eds.), Introduction to European Tax Law on Direct Taxation, 2<sup>nd</sup> ed. Vienna 2010.

<sup>13</sup> See *Michael Lang*, CDFI 89a, 2004, p. 21 et seq.



problemática. Modificar os regulamentos de origem em base bilateral para fins de tratado fiscal, revela os problemas de se definir regulamentos de origem desde o princípio, ou seja, a partir de uma perspectiva nacional. O saudoso *Klaus Vogel*<sup>14</sup>, amigo e colega de *Tadashi Murai*, dizia que o “País de Domicílio” pode muito bem ser o “País de Origem” – Não há nenhuma contradição nisso”, ao descrever sua posição conforme afirmação a seguir: a origem dos rendimentos deveria ser estabelecida no local de residência do credor, no local de residência do devedor ou onde o banco que transfere os recursos está estabelecido? Há ainda outros problemas ocultos na definição de origem<sup>15</sup>. Um dos problemas está relacionado às operações de alocação de lucros, sujeitos aos preços de transferência do cenário multinacional. *Wolfgang Schön*<sup>16</sup> observa uma “erosão no conceito de origem”, ao comentar que qualquer empresa que opera em território político ou geográfico, não apenas se utilizará do fornecimento interno e externo daquele território, como também oferecerá serviços a clientes internos e externos àquele território.

Estes são apenas alguns exemplos de como as regras de alocação de rendimentos do tratado fiscal nem sempre refletem a realidade. Isto evidencia o simples fato de que não há realidade ou, no mínimo, uma realidade a qual ambas as partes do tratado poderiam concordar. Outras razões da ausência de regulamentos de origem “reais” são explicadas pelo fato de que os estados podem querer eliminar uma tributação transfronteiriça conforme suas orientações políticas. Podem querer incentivar investimentos ou ter outras diretrizes do emprego da jurisdição tributária em seus tratados. Além disso, existem ainda diretrizes, recomendações e regras de origem multilateral como o Modelo de Convenções emitido pela OCDE, a ONU e os EUA. Há também quadros regulamentares estabelecidos pela OMC, o NAFTA e o MERCOSUL. No que diz respeito à Europa, a legislação da União Europeia reforça o caráter não discriminatório e de não restrição às questões internacionais de tributação<sup>17</sup>.

O que é válido para a “erosão do conceito de origem” também é válido para a “erosão do conceito de domicílio” - não apenas em situações de domicílio duplo, como também no caso do estabelecimento de empresas multinacionais e suas subsidiárias

<sup>14</sup> *Klaus Vogel*, “State of Residence” may as well be “State of Source” – There is no Contradiction, BIFD 2005, 420; *Moris Lehner/Ekkehart Reimer*, Generalthema I: Quelle versus Ansässigkeit - Wiesind die grundlegenden Verteilungsprinzipien des Internationalen Steuerrechts austariert?, IStR 2005, 542 et seq.

<sup>15</sup> Ver *Eric Kemmeren*, Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea of an Origin-Based Approach, Bulletin for International Taxation 2006, 430.

<sup>16</sup> *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, World Tax Journal 2009, Part I, 67, 68 et seq.

<sup>17</sup> Cf. *Ben Terra/Peter Wattel*, European Taxation, 5th ed. Alphen van den Rijn 2008, p. 29 et seq.



cujos acionistas (indivíduos ou empresas relacionadas) encontram-se em países diferentes.<sup>18</sup> Por fim, há a concorrência fiscal entre os estados, que gera desvios nos conceitos básicos de tributação internacional<sup>19</sup>.

#### IV CONCEITOS DA NEUTRALIDADE FISCAL INTERNACIONAL

O que se sabe sobre conceitos de neutralidade fiscal é influenciado por problemas para definir regulamentos de origem e vice versa.

Tais conceitos são: neutralidade da exportação de capitais (NEC), neutralidade da importação de capitais (NIC) e neutralidade de propriedade do capital (NPC). Existindo ainda conceitos de neutralidade tributária nacionais, internacionais, entre – nações e mundiais<sup>20</sup>; além de novos conceitos como: neutralidade de importação de serviços e de capitais (NISC) e neutralidade de exportação de serviços e de capitais (NESC)<sup>21</sup>. Todos os conceitos de neutralidade tendem a melhorar a eficiência econômica como políticas de tributação internacional.<sup>22</sup> Entretanto, deve-se ter em mente que a discussão sobre neutralidade fiscal é focada na tributação. Isto quer dizer que obrigações fiscais não são os únicos critérios em termos de neutralidade e eficiência. É uma questão que não requer elaboração, mas devemos mencionar que o ato de perturbar a neutralidade fiscal pode ser compensado por vantagens financeiras, assim como uma neutralidade fiscal existente pode ser afetada por desvantagens financeiras<sup>23</sup>. Outra afirmação importante que a ser feita, deve-se ao fato de que os conceitos de neutralidade fiscal são altamente disputados<sup>24</sup>. Finalmente, considerando tributação corporativa, o assunto é bastante complexo. Isto se deve ao fato de que é necessário discernir entre um nível de corporação e um nível de investidor em cenários bilaterais e multilaterais. E os investidores podem ser contribuintes individuais ou

<sup>18</sup> *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, *World Tax Journal* 2009, Part I, 67, 68 et seq.

<sup>19</sup> Ver infra VI.

<sup>20</sup> Ver *Klaus Vogel*, World-wide versus Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Argument, *Intertax* 1988, 139 et seq.

<sup>21</sup> *Eric Kemmeren*, Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax Treaty Policy, in Lang/ Pistone/ Schuch/ Staringer/Storck/ Zagler (eds.), loc. Cit., p. 237 et seq.; *Mihir Desai/James Hines*, Old Rules and New Realities: Corporate Tax Policy in a Global Setting, *National Tax Journal* 2004, 937 et seq.

<sup>22</sup> *FadiShaheen*, International Tax Neutrality: Reconsiderations, *Virginia Tax Review* 2007, 206.

<sup>23</sup> *Klaus Vogel*, World-wide versus Source Taxation of Income-A Review and Re-evaluation of Argument, *Intertax* 1988, 135, 138 et seq.

<sup>24</sup> Ver reference in note 1, 2.



corporações<sup>25</sup>. Então estes são problemas que não podem ser resolvidos por uma contribuição que está fada a ser pequena.

## 1 NEUTRALIDADE DA EXPORTAÇÃO DE CAPITAIS (NEC)

Conforme introdução de *Richard Musgrave*<sup>26</sup>, desenvolvida por ele e *Peggy Musgrave*<sup>27</sup>, a neutralidade da exportação de capitais exige que o investidor pague os tributos domésticos e os estrangeiros, quer receba um investimento do exterior ou de origem doméstica. Segundo *Desai e Hines*<sup>28</sup>, neutralidade da exportação de capitais promove o “bem-estar mundial”. Num cenário ideal, um sistema de tributação de residentes com créditos fiscais estrangeiros, satisfaria a neutralidade da exportação de capitais sob a condição de que os tributos do país de domicílio não são maiores do que aqueles cobrados no país de origem. Outro cenário ideal para alcançar a neutralidade da exportação de capitais, exigiria que o país de origem renunciasse à tributação se o país de domicílio tributasse rendimentos universais<sup>29</sup>. Sob um sistema de alíquotas de tributação igualitário para investimentos domésticos e estrangeiros, investidores que pretendem maximizar seus ganhos pós-tributação, podem também maximizá-los na pré-tributação<sup>30</sup>. Neste cenário ideal, a tributação não influenciaria na decisão de investir no país de domicílio ou no país de origem. Mas novamente: estes são cenários ideais que não existem no mundo real - de limitações de crédito e de cada país. Por último, mas não menos importante, países de crédito como os Estados Unidos interferem em seu sistema, permitindo que o contribuinte adie parte do pagamento da tributação doméstica de certos rendimentos estrangeiros não repatriados<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> Ver *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, *World Tax Journal* 2009, Part I, 67, 78 et seq.; *Shaviro*, Decoding the U.S. Corporate Tax, Washington 2009, 119 et seq.

<sup>26</sup> *Richard Musgrave*, Criteria for foreign tax credit, in *Taxation and Operations Abroad*, Symposium Princeton 1960, p. 83; see *Daniel Shaviro*, Rethinking Foreign Tax Creditability, in *Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck/Zagler* (eds.), loc. Cit., p. 363, 376 et seq.; *Daniel Shaviro*, Decoding the U.S. Corporate Tax, Washington 2009, 122 et seq.

<sup>27</sup> *Peggy Richman (Musgrave)*, *Taxation of Foreign Income: An Economic Analysis*, Baltimore 1963.

<sup>28</sup> *Mihir Desai/James Hines*, Old Rules and New Realities: Corporate Tax Policy in a Global Setting, *National Tax Journal* 2004, 937, 955.

<sup>29</sup> *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, *World Tax Journal* 2009, Part I, 67, 79.

<sup>30</sup> *Mihir Desai/James Hines*, Old Rules and New Realities: Corporate Tax Policy in a Global Setting, *National Tax Journal* 2004, 937, 955.

<sup>31</sup> Ver *Mihir Desai/James Hines*, Evaluating International Tax Reform, *National Tax Journal* 2003, 487, 491.



## 2 NEUTRALIDADE DA IMPORTAÇÃO DE CAPITAIS (NIC)

Ao contrário da neutralidade da exportação de capitais, que exige que o retorno sobre o capital seja tributado em mesmo valor, independentemente se o investimento foi feito no país de domicílio ou no país de origem, a neutralidade de importação de capitais visa à tributação, não importando o domicílio do investidor. Para obter a neutralidade de importação de capitais, o país de domicílio deve abster-se da tributação dos rendimentos estrangeiros e o país de origem deve assegurar as mesmas alíquotas de tributos para investidores nacionais e internacionais, conforme o princípio da não discriminação<sup>32</sup>. *Desai e Hines*<sup>33</sup> destacam que uma tributação com base na origem é consistente com a neutralidade de importação de capitais se as alíquotas de tributos para rendimentos individuais forem harmônicas, assegurando que a combinação de carga tributária sobre poupança e investimentos não seja diferente entre investidores residindo em países diferentes.

## 3 NEUTRALIDADE DE PROPRIEDADE DE CAPITAIS (CON)

*Desai e Hines*<sup>34</sup> introduziram o conceito de neutralidade de propriedade do capital em 2003, ao definir neutralidade fiscal do ponto de vista da propriedade de capital em uma situação de investimento estrangeiro direto (IED). A neutralidade de propriedade do capital é desencadeada pelo pressuposto de que uma empresa multinacional, devido ao seu potencial mundial, pode ser mais produtiva do que uma empresa nacional. *Devereux*<sup>35</sup> utiliza um bom exemplo para ilustrar este conceito: Suponha que um investidor A (multinacional) fez melhor uso de seus ativos no país A comparado ao investidor B - o proprietário atual daquele ativo no país B. Na ausência de outros fatores e tributos (!) haveria uma melhoria dos resultados mundiais, se o investidor A comprasse e utilizasse os ativos utilizados e pertencentes ao investidor B.

<sup>32</sup> Ver *Klaus Vogel*, World-wide versus Source Taxation of Income-A Review and Re-evaluation of Argument, *Intertax* 1988, 135 and further reference in note 1.

<sup>33</sup> *Mihir Desai/James Hines*, Old Rules and New Realities: Corporate Tax Policy in a Global Setting, *National Tax Journal* 2004, 937, 955.

<sup>34</sup> *Mihir Desai/James Hines*, Evaluating International Tax Reform, *National Tax Journal* 2003, 487 et seq.; Harvard NOM Research Paper No. 03-48.

<sup>35</sup> *Michael Devereux*, Taxation of Outbound Direct Investment: Economic Principles and Tax Policy Considerations, Oxford University Centre for Business Taxation, WO 08/24, 1, 9; for another example see *Daniel Shaviro*, *Decoding the U.S. Corporate Tax*, Washington 2009, 125.



A neutralidade de propriedade do capital segundo *Desai* e *Hines* sugere que o sistema de tributação não impeça A de adquirir os ativos de B. Tal eficiência em termos de neutralidade de propriedade do capital deverá apenas ser determinada pelas diferenças de produção e não por diferenças de tributos. Decorre que, o sistema de tributação torna este tipo de eficiência ainda maior se encorajar (ou, ao mínimo, não impedir) o proprietário dos ativos mais produtivos, fornecendo a neutralidade de propriedade do capital<sup>36</sup>. Esta meta poderia estar alinhada com a neutralidade de importação de capitais se todos (!) os países isentassem rendimentos estrangeiros, pois, diferentes alíquotas de tributos fora do país onde o investimento é feito, não interfeririam nas decisões de investimento do país de origem. Todavia, a neutralidade de propriedade do capital poderia também estar alinhada com a neutralidade da exportação de capitais se todos (!) os países tributassem rendimentos estrangeiros em bases universais e permitissem créditos fiscais estrangeiros. Entretanto, é fato que sob a neutralidade da exportação de capitais, a carga tributária total que incide em investimentos domésticos e estrangeiros varia entre diferentes contribuintes que se deparam com diferentes alíquotas de tributos em seus países<sup>37</sup>.

#### 4 NEUTRALIDADE NACIONAL (NN)

Contrário aos conceitos de neutralidade da exportação de capitais, neutralidade de importação de capitais e neutralidade de propriedade do capital que tentam otimizar os rendimentos de tributos e lucros de situações transfronteiriças, a (eficiência da) neutralidade nacional restringe sua perspectiva ao bem-estar nacional em termos de rendimentos de tributos e lucros de empresas nacionais<sup>38</sup>. A neutralidade nacional poderia ser obtida deduzindo da base tributária os tributos do país de origem, tratando assim os tributos do país de origem como qualquer outro

<sup>36</sup> *MihirDeasai/James Hines*, Evaluating International Tax Reform, National Tax Journal 2003, 487, 494.

<sup>37</sup> *MihirDeasai/James Hines*, Evaluating International Tax Reform, National Tax Journal 2003, 487, 494 f.; *Daniel Shaviro*, Decoding the U.S. Corporate Tax, Washington 2009, 125 et seq.; *GuglielmoMaisto*, Credit versus Exemption under Domestic Tax Law and Treaties, in Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck/Zagler (eds.), loc. Cit., p. 319, 325.

<sup>38</sup> *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, World Tax Journal 2009, Part I, 67, 83; *Daniel Shaviro*, Decoding the U.S. Corporate Tax, Washington 2009, 128 et seq.



custo. Rendimentos universais seriam tributados sem postergação nem créditos fiscais estrangeiros.

## 5 NEUTRALIDADE ENTRE- NAÇÕES

Em termos gerais, a neutralidade entre-nações<sup>39</sup> é baseada em considerações de equidade. Requer que o investidor que obtêm vantagens dos bens públicos do país de origem, não tenha que arcar com uma carga tributária maior do que qualquer outro que se utiliza de tais bens, na mesma medida. A tributação universal não é consistente com esta meta. A neutralidade entre-nações pode ser obtida ao limitar que cada país tribute rendimentos de origem doméstica, que estariam alinhados com o princípio do benefício<sup>40</sup>.

## V OBJETIVOS ADICIONAIS

Retornando à questão de se os conceitos de políticas fiscais em termos de neutralidade fiscal internacional poderiam apoiar esforços para resolver a crise financeira global, faz-se necessário definir alguns objetivos adicionais.

### 1 CONCORRÊNCIA ORIENTADA AO BEM-ESTAR

O objetivo maior é reduzir a dívida nacional gastando menos, todavia, isto não se trata de tributação. Seguindo seu propósito principal, a tributação pode ajudar a elevar os rendimentos de um país, desde que haja infraestrutura econômica e legal que permita a indivíduos e corporações gerarem rendimentos. Além disso, elevar receitas públicas pela tributação requer uma concorrência orientada ao bem-estar e boa governança em questões de tributos<sup>41</sup>. Para atingir tais metas, são necessários esforços baseados na justiça entre os estados e entre os contribuintes, conforme diretrizes gerais de não discriminação e não restrição. Se isto puder ser realizado, países que são economicamente fracos poderiam depender menos daqueles que são

<sup>39</sup> Ver *Klaus Vogel*, *World-wide versus Source Taxation of Income-A Review and Re-evaluation of Argument*, *Intertax* 1988, 139 et seq.

<sup>40</sup> Passing criticism on this principle in the context of international tax neutrality: *Wolfgang Schön*, *International Tax Coordination for a Second-Best World*, *World Tax Journal* 2009, Part I, 75 et seq.

<sup>41</sup> Ver *Commission of the European Communities*, *Promoting good Governance in Tax Matters*, COM (2009) 201 final.



economicamente fortes. Curiosamente, há velhos e novos avanços na legislação do tratado fiscal, que devem ser considerados neste contexto.

## 2 CORRESPONDÊNCIA DE CRÉDITOS E POUPANÇA DE TRIBUTOS

Em termos de neutralidade fiscal, problemas na esfera de proteção de rendimentos tem sido discutidos e implementados em tratados de tributos que dizem respeito às relações entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Estes são métodos de ‘correspondência de créditos’ e de ‘poupança de tributos’<sup>42</sup>. Ao empregar tais métodos em seus tratados com países em desenvolvimento, os países desenvolvidos respeitariam incentivos tributários específicos ou níveis baixos de tributos dos países em desenvolvimento, concedidos por estes com a finalidade de se tornarem atrativos aos investimentos estrangeiros. Através de tais métodos, países desenvolvidos com tributos elevados, concederiam créditos fiscais gerais ou específicos – de custo normalmente mais elevado se fossem pagos no país em desenvolvimento – a fim de prevenir que tais vantagens sejam desviadas se concedessem créditos à um tributo baixo do que à um tributo elevado, no país de domicílio.

Mas estas são expectativas claras do método de crédito que, em sua estrutura básica, tem efeito protecionista nos rendimentos do país de origem, se os tributos forem mais baixos em comparação aos tributos do país de domicílio. Evidentemente que isto muda se os tributos do país de domicílio são menores do que as alíquotas de tributos do país de origem.

No que diz respeito ao investidor, o método de concessão de crédito limita o investidor a um país de origem com baixos tributos, mas ao menos não discrimina o contribuinte domiciliado que investe no estrangeiro se comparado a um contribuinte domiciliado que investe em seu país. Entretanto, esta vantagem desaparece em países de origem com tributos elevados – situação de tributos baixos do país de domicílio. O mesmo é válido para compensação de perdas estrangeiras no país de domicílio. Ainda com relação à perspectiva do contribuinte, *Klaus Vogel*<sup>43</sup> demonstrou que o método de concessão de crédito é baseado no falso pressuposto de que tributar rendimentos em

<sup>42</sup> Ver *OECD, Tax Sparring: A Reconsideration*, Paris 1998.

<sup>43</sup> *Klaus Vogel*, Über „Besteuerungsrechte“ und über das Leistungsfähigkeitsprinzip im Internationalen Steuerrecht, in: *Festschrift für Franz Klein*, Köln 1994, 361, 370 et seq.



bases universais é uma exigência da tributação, de acordo com o princípio da igualdade dos termos da capacidade de pagamentos. Por outro lado, ele afirma que este princípio poderia também ser aplicado sob a tributação do país de origem.

### 3 ISENÇÃO COMO DENOMINADOR COMUM

Conforme visto anteriormente, embora altamente disputada<sup>44</sup>, a isenção no país de domicílio é um denominador comum da neutralidade de importação de capitais e da neutralidade de propriedade do capital. Sem me estender muito sobre o assunto, em função das questões que a alocação de lucros traz,<sup>45</sup> e com relação à diferenciação entre investimento direto e carteiras de investimento<sup>46</sup>, ambas, neutralidade de importação de capitais e neutralidade da exportação de capitais, tendem a promover concorrência leal no país de origem. Do ponto de vista do contribuinte, parece vantajoso sob a condição de que a isenção seja apoiada pela ausência de outras restrições em seu país de domicílio ou qualquer outro tratamento (não discriminatório) no país de origem. Mas do ponto de vista do país, na situação de isenção pura, o país de domicílio se veria na posição de não ter compensação suficiente para a quota que fornece, em termos de infraestrutura econômica e legal, para o residente que investe no estrangeiro e que se beneficia das vantagens do país de domicílio. Além do mais, investimentos feitos no estrangeiro são investimentos que não são feitos no país de domicílio, gerando, portanto, um efeito negativo nas receitas públicas do país de domicílio. Ao observar o país de origem, baixas alíquotas de tributos que atrairiam investimentos, teriam, por outro lado, efeitos negativos nos rendimentos. Isto enfraqueceria a infraestrutura e também causaria grave concorrência fiscal, numa corrida 'ao preço mais baixo'. Este tem sido claramente, o caso da Irlanda.

<sup>44</sup> Ver reference in note 1.

<sup>45</sup> Ver *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, *World Tax Journal* 2009, Part I, 67, 105 et seq.

<sup>46</sup> Ver *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, *World Tax Journal* 2009, Part II, 65, 70 et seq.



## VI A EXPERIÊNCIA EUROPEIA

A concorrência leal dentro do Mercado Comum tem sido a maior meta da comunidade desde 1957, quando o tratado foi promulgado. Infelizmente, entretanto, foi atribuída à Comunidade uma competência específica no campo da tributação<sup>47</sup>. Isto é válido até hoje. Apesar destas restrições, há alguns avanços importantes que posteriormente podem ser considerados como diretrizes na esfera da neutralidade fiscal internacional.

### 1 CONCORRÊNCIA FISCAL E O CÓDIGO DE CONDUTA

A fim de superar o obstáculo da falta de competência específica no domínio da tributação, a Comissão, ao final dos anos 90, deu início à sua política de concorrência fiscal entre os países membros com a finalidade de baixar as obrigações fiscais e alcançar um equilíbrio entre níveis de tributos e bens públicos<sup>48</sup>. A Comissão acreditava que a “concorrência entre diferentes economias constituiria um estímulo poderoso para a aproximação de legislações nacionais que, juntamente com o campo da tributação e a formação gradual de um mercado interno, ampliariam este fenômeno”<sup>49</sup>.

Infelizmente, esta política resultou em uma concorrência fiscal nociva que requer medidas de retaliação. Um “instrumento” para atacar os efeitos desta concorrência fiscal prejudicial, foi o Código de Conduta que foi introduzido no Conselho Europeu em 1997<sup>50</sup>. De acordo com este Código, níveis de tributação significativamente mais baixos, incluindo tributação zero, do que níveis geralmente empregados devem ser considerados potencialmente nocivos. Ao avaliar se tais medidas são prejudiciais ou não, o Código exige que os seguintes termos sejam considerados, entre outros:

- se vantagens tributárias são concedidas apenas à não residentes;
- se vantagens são circunscritas ao mercado doméstico;
- se vantagens tributárias são concedidas por um país desprovido de uma atividade econômica real ou presença econômica substancial;

<sup>47</sup> Ver Article 93 of the EC Treaty.

<sup>48</sup> Ver *Wolfgang Schön*, Tax Competition in Europe, Amsterdam 2003, General Report, 1, 6 et seq.; *Moris Lehner*, Wettbewerb der Steuersysteme, *StuW* 1998, 159 et seq.

<sup>49</sup> *Commission of the European Communities*, SEC (90) 601 final, Guidelines on Company Taxation, April 20th, 1990 no 32.

<sup>50</sup> Official Journal of the European Communities, C 2/1, 6.1.1998.



- se as regras de determinação de lucros referentes às atividades de um grupo multinacional se afastam dos princípios internacionalmente aceitos, isto é, evidentemente as regras acordadas segundo a OCDE;
- se as medidas de tributação não têm transparência.

A Comissão da União Europeia, em Comunicado ao Conselho para “Promover a Boa Governança em Questões Tributárias”<sup>51</sup> afirma que, sob o Código que se aplica tanto aos Países Membros quanto aos seus dependentes e territórios associados, mais de 400 medidas de tributação foram apreciadas e destas, mais de 100 sendo consideradas prejudiciais, foram removidas ou sofreram emendas.

## 2 LIBERDADES BÁSICAS E DUPLA TRIBUTAÇÃO

Em função da falta de competência específica no campo da tributação direta, as Liberdades Básicas que abrangem a não discriminação e a não restrição, de acordo com a interpretação do Tribunal de Justiça Europeu, tiveram grande importância nesta área<sup>52</sup>. As liberdades básicas trouxeram ajustes profundos à tributação de não residentes em relação à tributação de residentes dos países membros da União Europeia. Ao contrário destes avanços, o TJE é bastante relutante no campo da dupla tributação<sup>53</sup>. Isto confronta a clara obrigação dos estados-membros de abolir a dupla tributação, conforme Artigo 220 do Tratado da União Europeia<sup>54</sup>. Embora esta obrigação explícita não esteja mais incluída no presente tratado<sup>55</sup>, não há dúvida de que, a dupla tributação coloca-se como obstáculo às liberdades de mercado<sup>56</sup> e aos conceitos de neutralidade fiscal<sup>57</sup>. Destes fatos surge a dúvida de que a legislação Europeia, em termos de não discriminação e não restrição, poderá favorecer algum conceito específico de neutralidade fiscal internacional. Em um primeiro momento, pode causar espanto que a dupla tributação como tal não interfira nos princípios básicos de não discriminação e não restrição: ao tributar seus residentes em bases

<sup>51</sup> *Commission of the European Communities, Promoting good Governance in Tax Matters COM (2009) 201 final, 2.1.; 3.2.*

<sup>52</sup> Ver reference in note 10.

<sup>53</sup> Ver for an overview of the case law of the ECJ *Sandra Eden*, The Obstacles Faced by the European Court of Justice in Removing the “Obstacles” Faced by the Taxpayer: the Difficult Case of Double Taxation, BTR 2010, 610 et seq.

<sup>54</sup> Ver *MorisLehner*, Avoidance of Double Taxation within the European Union: Is there an obligation under EC Law?, in Lang/Schuch/Staringer (eds.) loc. Cit., p. 11 et seq.

<sup>55</sup> Ver *MorisLehner*, A Significant Omission in the Constitution for. Europe?, BTR 2005, 337 et seq.

<sup>56</sup> Ver *Moris Lehner*, Avoidance of Double Taxation within the European Union: Is there an obligation under EC Law?, in Lang/Schuch/Staringer (ed.), loc. Cit., p. 11 et seq.

<sup>57</sup> Ver supra IV



universais, o país de domicílio, a partir de uma perspectiva estritamente nacional, não viola as provisões Europeias de não discriminação ao tributar residentes em seus rendimentos estrangeiros, porque tributaria também residentes em seus rendimentos domésticos. Por outro lado, o país de origem, ao tributar não residentes em seus rendimentos do país de origem, não viola a proibição da discriminação, porque não diz que residentes também são tributados em seus rendimentos domésticos<sup>58</sup>. Visto de uma ampla perspectiva transfronteiriça, o TJE concluiu que o princípio da não restrição seria violado se o contribuinte tiver que arcar com uma carga no país de origem e arcar com uma carga similar no país de residência, sendo obrigado, por exemplo, a quitar obrigações fiscais com ambos os países.<sup>59</sup> Do ponto de vista da legislação Europeia, ao observar os métodos para evitar a dupla tributação<sup>60</sup>, não há dúvida de que a tributação em bases universais, aliada ao impedimento da dupla tributação que concede créditos aos tributos do país de origem, tem um efeito protecionista nos rendimentos do país de domicílio se os tributos do país de origem são mais baixos quando comparados aos tributos do país de domicílio<sup>61</sup>. Tal efeito, em termos de legislação Europeia, não é consistente com o princípio da não restrição. Pelo contrário, enquanto a esquiva da não restrição da dupla tributação estiver em jogo, a isenção torna-se muito mais alinhada com a meta. Isto leva a conclusão de que a neutralidade de importação de capitais está alinhada com os princípios da legislação Europeia, enquanto que o crédito orientado à neutralidade da exportação de capitais não está, uma vez que as alíquotas de tributos dos países de domicílio são mais elevadas que as do país de origem.

## VI COMPROMISSO AO INVÉS DE SOLUÇÃO

Não há uma solução perfeita porque existem muitos jogadores (países e contribuintes), muitos jogos (esquemas de investimento transfronteiriço), muitos árbitros (tribunais) e, finalmente, muitos 'fazedores-de-regras' (conselhos legislativos nacionais e supranacionais) que teriam de concordar com e cumprir com as soluções internacionais. Ainda sim, apesar destes obstáculos, uma concorrência justa e leal,

<sup>58</sup> Ver *MorisLehner*, Avoidance of Double Taxation within the European Union: Is there an obligation under EC Law?, in Lang/Schuch/Staringer (ed.), loc. Cit., p. 16 et seq.

<sup>59</sup> *ECJ*, C-250/95, *Futura Participations*, ECR 1977 I-2471, para 23, 43.

<sup>60</sup> Ver *WalterLoukota*, The Credit Method and Community Law, in Lang/Schuch/Staringer, loc. Cit., p. 125 et seq.; *Michael Schilcher*, Exemption Method and Community Law, in Lang/Schuch/Staringer, loc. Cit., p. 151 et seq.

<sup>61</sup> Ver supra 2.



juntamente com fins lucrativos ao contribuinte e aos rendimentos dos países, devem ser observados como diretrizes básicas. Apesar de origem e domicílio não serem mais critérios confiáveis para alocação de rendimentos,<sup>62</sup> estes ainda são conceitos que permitem determinar ao país de origem e domicílio uma base de compromisso que reflete acordos de dupla tributação e esforços que visam chegar à termos comuns em questões de transferências de preços. Neste cenário, a neutralidade de importação de capitais combinada à neutralidade de propriedade do capital do país de origem, parecer estar à frente da tributação em bases universais sob um sistema de crédito. Mas, para que se possa lidar com os efeitos negativos da isenção pura na esfera da concorrência fiscal, regras (“Código de Conduta”<sup>63</sup>) são necessárias para que previnam a distorção causada por economias com tributos extremamente baixos, sem interferir nos elementos básicos de importação de capital e neutralidade de propriedade do capital.

Qualquer conceito de neutralidade fiscal internacional que visa concorrência justa entre os países membros e contribuintes, deve basear-se em e estar intimamente associada aos requisitos legais, materiais e de procedimento que já tenham sido alcançados ou que estão em processo de serem reconhecidos em níveis nacionais e supranacionais. Primeiramente, esta troca de informação entre a Europa e as práticas de tratados internacionais está a caminho de atingir um patamar de eficiência elevado.<sup>64</sup> Além disso, estas são regras de transferência de preços que podem ser utilizadas para alocar lucros em um cenário multinacional<sup>65</sup>, e que tenta obter um ordenamento de regras<sup>66</sup> e esforça-se para estabelecer uma base tributária consolidada corporativa comum (BTCCC)<sup>67</sup>. Regras anti-impedimento gerais e detalhadas são necessárias, mas deveriam ser elaboradas o mais especificamente possível, conforme o princípio da proporcionalidade.<sup>68</sup> Além disso, os países deveriam

<sup>62</sup> Ver supra III.

<sup>63</sup> Ver supra VI.1.

<sup>64</sup> Ver *OECD Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, Tax Transparency 2011: Report on Progress, 2011*; *Commission of the European Communities, Promoting good Governance in Tax Matters, COM(2009) 201 final, 2.1.*

<sup>65</sup> Ver *Luc Hinnekens, The International, European and Pluralistic Perspectives of Transfer Pricing Taxation*, in Hinnekens/Hinneken (eds.), *A Vision of Taxes within and outside European Borders*, Festschrift in honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael, Aalphen aan den Rijn 2008, p. 511 et seq.

<sup>66</sup> Ver *Commission of the European Communities, Taxation Paper No 9/2009, The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base for Multi-jurisdictional Corporate Income Taxation: a Review of Issues and Options*, written by Ana Agúndez-García, Luxembourg 2006.

<sup>67</sup> Ver *Commission of the European Communities, Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), COM(2011) 121/4.*

<sup>68</sup> Ver *Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee: The application of anti-*



trabalhar para desenvolver soluções bilaterais e multilaterais ao invés das unilaterais, que podem violar as leis internacionais e as leis constitucionais nacionais em termos de sobreposição de tratados.<sup>69</sup> Finalmente, medidas tomadas por países desenvolvidos devem estar em conformidade com as necessidades dos países em desenvolvimento<sup>70</sup>.

Desta forma, a isenção baseada na neutralidade fiscal internacional e justa concorrência fiscal poderiam apoiar esforços para resolver a crise financeira global. A proteção dos orçamentos nacionais<sup>71</sup>, o fortalecimento da isenção baseada na neutralidade fiscal internacional e a justa concorrência fiscal estariam alinhados com a tributação de acordo com o princípio do benefício.<sup>72</sup> Apesar de suas deficiências<sup>73</sup>, tributar segundo o princípio “*cada qual para seus próprios*” poderia ajudar a evitar competição nociva de rendimentos, ao promover o que poderia ser denominado como neutralidade de orçamento internacional ou neutralidade de rendimentos internacionais.

---

abuse measures in the area of direct taxation - within the EU and in relation to third countries, COM(2007) 785.

<sup>69</sup> Ver *Commission of the European Communities*, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee: Co-ordinating Member State's direct tax systems in the Internal Market, COM(2006) 823.

<sup>70</sup> Ver *Allison Christians*, Global Trends and Constraints on Tax Policy in the Least Developed Countries, University of Wisconsin Law School, legal Studies Research Paper Series, Paper No. 1086 <http://ssrn.com/abstract=1445433>.

<sup>71</sup> Ver supra I.

<sup>72</sup> Ver supra IV. 5.

<sup>73</sup> *Wolfgang Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, *World Tax Journal* 2009, Part I, 75 et seq.



# REGRAS PARA A SUBMISSÃO DE TRABALHOS

Chamada de Artigos, Resenhas e Ensaios para o Periódico  
*Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

Invitación a publicar Artículos, Reseñas y Ensayos en la Revista  
*Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*

Call for Articles, Reviews and Essays for the publication *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica 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 Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (ISSN 2177-8256, disponível em <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), com periodicidade semestral, está recebendo artigos, resenhas e ensaios para a publicação do seu quinto número até **15 de outubro**, de acordo com as informações abaixo.

Cordialmente,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsável ([ilton@abdconst.com.br](mailto:ilton@abdconst.com.br))

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente ([rafael@abdconst.com.br](mailto:rafael@abdconst.com.br))

La Revista *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional* (ISSN 2177-8256, disponible en <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), con periodicidad semestral,



está recebendo artigos, resenhas y ensayos para la publicación de su quinto número hasta **15 de octubre**, de acuerdo con las informaciones que se mencionan más abajo.

Un cordial saludo,

Ilton Norberto Robl Filho - Editor Responsable (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente. (rafael@abdconst.com.br)

The Law Journal ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** (ISSN 2177-8256, available at <http://www.abdconst.com.br/revistas.php>), published every semester, is receiving articles, reviews and essays to be published in its fifth edition until **October 15th**, according to the information below.

Cordially,

Ilton Norberto Robl Filho – Chief Editor (ilton@abdconst.com.br)

Rafael dos Santos Pinto - Editor Assistente (rafael@abdconst.com.br)

#### **Português - Linha Editorial:**

O periódico científico ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica 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 Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Ilton Norberto Robl Filho e Editor assistente Rafael dos Santos Pinto, no endereço eletrônico **trabalhosabdconst@googlegroups.com**, preenchendo e seguindo as instruções da planilha disponível em:

<https://docs.google.com/spreadsheet/viewform?formkey=dEpjclJCUEVWNVo1TEd5Qm9BMmt2dkE6MQ>

**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, Professor Substituto da UFPR, Advogado Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR, Vice-Presidente do Centro de Estudos Jurídicos da Pós-Graduação em Direito da UFPR e Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela UFPR).

Membros do Conselho Editorial: Antonio Carlos Wolkmer (Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC e Doutor em Direito da UFSC)

Antônio 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 (Presidente da ABDConst, Professor da Faculdade de Direito da UERJ e Doutor em Direito pela UFPR)

Marcos Augusto Maliska (Professor do Mestrado em Direito da Unibrasil e Doutor em Direito pela UFPR)

Marcus Firmino Santiago (Professor do Curso de Direito das Faculdades Espam/Projeção – Brasília e Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho)

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).

### **Español - Línea Editorial:**

La publicación periódica científica ***Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica 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 Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Ilton Norberto Robl Filho y Editor Asistente Rafael dos Santos Pinto, por correo electrónico a la siguiente dirección **trabalhosabdconst@googlegroups.com**, 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*, Profesor de la Licenciatura en Derecho de la UFPR, Abogado Miembro de la Comisión de Enseñanza Jurídica de la OAB/PR (Colegio de Abogados de Brasil/Paraná), Vicepresidente del Centro de Investigaciones Jurídicas do Programa de Postgrado en Derecho de la UFPR (*Universidade Federal do 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

Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UFSC (*Universidade Federal de Santa Catarina*) y Doctor en Derecho por la UFSC

Antônio 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

Presidente de la *Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Profesor de la Facultad de Derecho de la UERJ (*Universidade do Estado de Rio de Janeiro*) 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

Marcus Firmino Santiago

Profesor en la Facultad de Derecho del Curso Espam/Projeção – Brasília y Doctor en Derecho por la UGF (*Universidade Gama Filho*)

Mariana Mota Prado

Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto y Doctora en Derecho por la Universidad de Yale



Ricardo Lobo Torres

Professor 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 Eletrônica 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 - and Rafael dos Santos Pinto - Assistant Editor of ***Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional*** – to the email [trabalhosabdconst@googlegroups.com](mailto:trabalhosabdconst@googlegroups.com), 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 un-numbered 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, Professor of the Graduation in Law at UFPR, Lawyer Member of the Law Education Commission at OAB/PR, Vice-President of the Center of Legal Studies at UFPR, PhD student, Master and Bachelor in Law from UFPR).

Editorial Council Members:



Antonio Carlos Wolkmer (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)

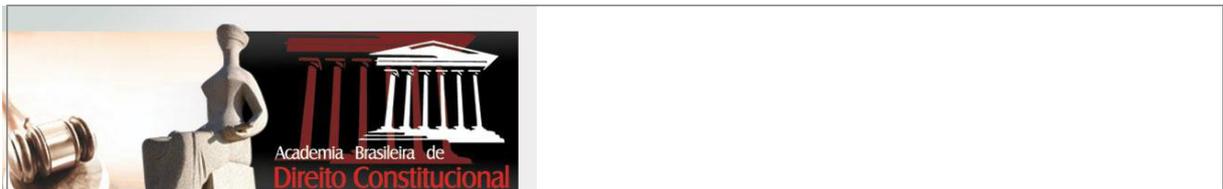
Marco Aurélio Marrafon (President of the Brazilian Academy of Constitutional Law, Professor at UERJ Faculty of Law and PhD in Law from UFPR)

Marcos Augusto Maliska (Professor of the Master course in Law at Unibrasil and PhD in Law from UFPR)

Marcus Firmino Santiago (Professor of Law at Espam/Projeção – Brasília and PhD in Law from UGF, Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho)

Mariana Mota Prado (Professor of Law at Toronto University and PhD in Law from Yale University)

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](mailto:abdconst@abdconst.com.br)  
Editoriação e Design Gráfico: Karla Knihš – [karla.kariny@gmail.com](mailto:karla.kariny@gmail.com)