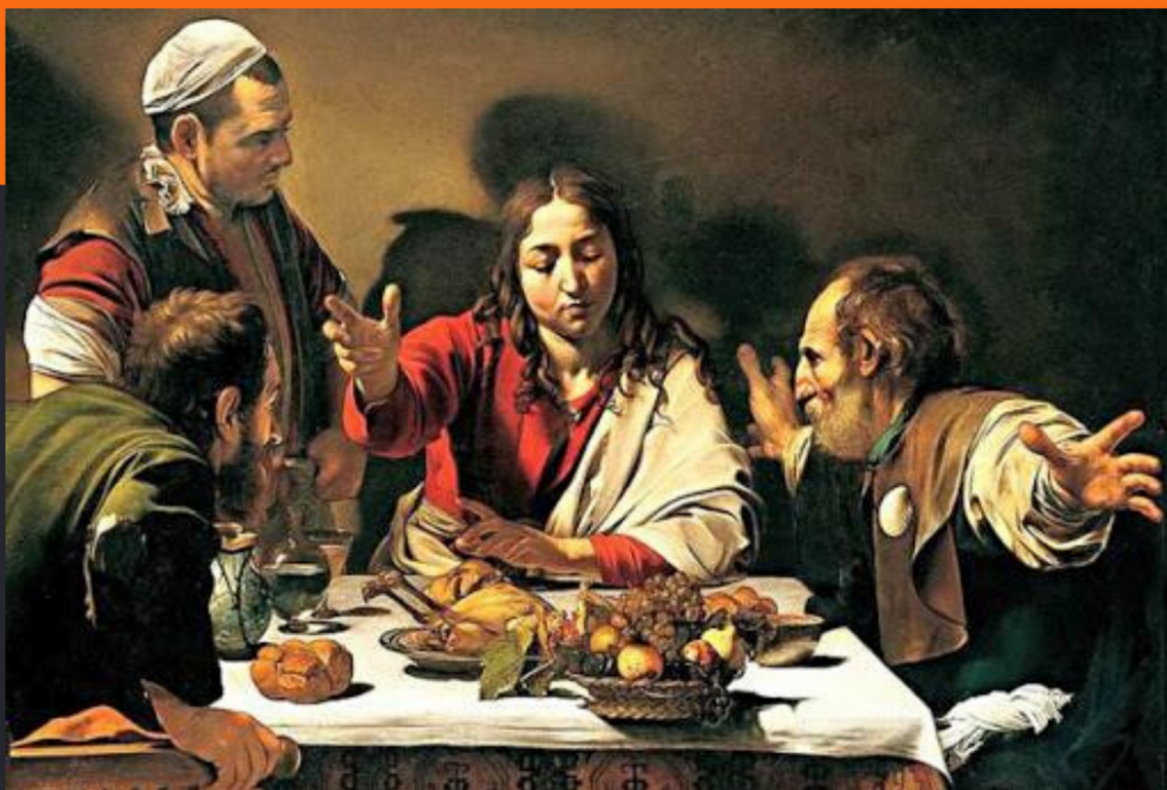


# **SOBERANIA, CONSTITUIÇÃO E MERCADO:**

Direito dos Povos ao  
Desenvolvimento e a um  
Regime Democrático



**PAULO PERETTI TORELLY**

**SOBERANIA,  
CONSTITUIÇÃO E  
MERCADO:**

*Direito dos Povos ao  
Desenvolvimento e a um  
Regime Democrático*



Paulo Peretti Torelly

**SOBERANIA,  
CONSTITUIÇÃO E  
MERCADO:**

*Direito dos Povos ao  
Desenvolvimento e a um  
Regime Democrático*

SÃO PAULO



2020

Copyright © 2020 by Paulo Peretti Torelly

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Capa: “A ceia em Emaús” (1601, *In*: National Gallery, London), de Michelangelo Merisi da Caravaggio (1571-1610). Retrata uma das aparições de Cristo para seus discípulos após a ressurreição, quando, depois de transcorrido algum tempo de convívio, o reconheceram no momento da divisão da comida: “E aconteceu que, estando com eles à mesa, tomando o pão, abençoou e partiu-o, e lhes deu. Abriram-se-lhes então os olhos, e o reconheceram, e ele desapareceu-lhes.” (Lucas 24:31).

Inspiração da capa: o constitucionalismo democrático e ecosocial surge, por vezes pode retroceder, mas sempre ressurgir e revigora diante da racional e onipresente vontade soberana de constituição dos povos em paz e interdependência universal.\*

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Gilmar Gomes de Barros, CRB 14/1693

T678s	Torelly, Paulo Peretti Soberania, constituição e mercado: direito dos povos ao desenvolvimento e a um regime democrático [recurso eletrônico] / Paulo Peretti Torelly. Prefácio de Elival da Silva Ramos. São Paulo : Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP, 2020.  346 p. ; 29,7 cm. ISBN: 978-65-88110-00-3  1. Paulo Peretti Torelly. II. Constitucionalismo. III. <i>Lex mercatoria</i> . IV. Ordem econômica. V. Democracia. VI. Constituição econômica. VI. Título.  CDU: 342.1 CDD: 342
-------	--

\* As referências aos dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil constantes neste livro adotam a designação CONSTITUIÇÃO DO BRASIL e, quando entre parênteses, a abreviatura CB, o que se dá sem qualquer prejuízo da importância da cláusula pétrea, constante no inciso I do § 4º do Art. 60 do texto constitucional brasileiro, que inspira a usual denominação de CONSTITUIÇÃO FEDERAL, pois a designação ora adotada visa a atender um dos assumidos propósitos desta obra, também consagrado pela doutrina e pela jurisprudência contemporâneas, qual seja, a defesa da CARTA MAIOR enquanto pacto aberto de convivência jurídica e política de toda a sociedade brasileira, o qual virtualmente se incorpora ao imaginário coletivo enquanto expressão do modo de vida do povo decorrente de suas decisões fundamentais.

\*\*As traduções das citações de textos em língua inglesa, francesa e italiana constantes neste livro foram feitas pelo autor.

**Em memória de meus pais,  
Roberto e Annita,  
e de minhas irmãs Lorena e Fátima.  
Para todos que acreditam na justiça e na paz na Terra!**

## AGRADECIMENTOS

Este livro é o resultado de minha tese de doutorado perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo acrescido, conforme recomendação da banca examinadora para melhor entendimento do texto, de uma conclusão parcial em cada um dos cinco capítulos e de tópicos na conclusão final. Desde logo, portanto e acima de tudo, gostaria de agradecer ao apoio e ao estímulo de mestres, amigos, familiares.

Aos mestres, um especial agradecimento na pessoa do prof. Elival da Silva Ramos. Além de orientador atento ao rigor acadêmico e experiente no evitar as armadilhas de um tema tão amplo, revelou na plenitude o entendimento do sentido plural e aberto de uma reflexão científica. Ainda na pessoa do prof. Elival, singular constitucionalista reconhecido como mestre na plena acepção da palavra pelas gerações que com ele convivem nas Arcadas, agradeço particularmente a todos os professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Ao prof. Emílio Santoro da *Università degli Studi di Firenze*, que hoje supervisiona minha pesquisa de pós-doutorado perante aquela instituição e, por ocasião da presente pesquisa, me acolheu por alguns meses em estágio de pesquisa e rapidamente entendeu o sentido da inquietação deste pesquisador diante de um tema que desafia a humanidade, expresse uma especial homenagem e a gratidão que, por dever de justiça, se estende, nas pessoas dos professores Paolo Cappellini e Maurizio Fioravanti, então diretores do *Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto*, a todos os professores daquela instituição que sollicitamente estabeleceram uma qualificada interlocução com o autor.

Ao prof. Ingo Sarlet, que trocou ideias e sugeriu bibliografia, apontando algumas alternativas para a pesquisa desenvolvida. Ao prof. Carlos Schmidt, com quem tive a oportunidade de aprofundar conhecimentos e refletir acerca de novos conceitos em disciplina por ele ministrada no *Programa de Pós-graduação em Economia* da Faculdade de Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Ao amigo Ricardo Camargo, exemplo de integridade profissional e de ser humano, pela qualificada e diferenciada interlocução acerca do direito econômico e de seus desafios, e aos colegas de jornada acadêmica que, de forma criteriosa e com rigor metodológico, contribuíram direta ou indiretamente ao enfrentar as questões áridas e aparentemente distantes da vida cotidiana suscitadas no curso da presente pesquisa e que tanto inquietam o autor.

Aos colegas procuradores e servidores da então Procuradoria de Execuções e Precatórios e aos servidores do Setor de Pesquisa Jurisprudencial e da Biblioteca da

Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul nas pessoas das bibliotecárias Larissa Kochanowski e Carla Garcia, da diligente servidora Marta Costa e do assessor jurídico Diogo Santos.

Aos amigos José Correia Leite, Wremir Scliar, Jayme Weingartner, Cristina Pezzella e Maximiliano Kucera, que direta e indiretamente também debateram o tema e deram sugestões enriquecedoras. Para a Eliane Silveira, o Luís Carlos Kroef, a Carmem Dreyer e o Césio Sandoval, muito além da inspiração, pelo simples fato de serem amigos, o que é mais do que tudo. Um agradecimento para os novos amigos e em especial para todos que estão conosco desde os tempos de graduação e seguem compartilhando tantos ideais libertários, o que faço com alegria na família do Pedro Galindo e da Luciana Rodrigues, os quais, junto com a então pequena Nina, asseguraram a descontração e a emotividade em meio ao universo paulistano.

Para Elisa, Pedro, Lucas, Luiza, Louise Angele, Isabela, André e Raquel, Inácio, Adriana, Beatriz, Mathias, Cláudio e Ingrid, que, no curso da pesquisa, sempre perguntavam: “E como anda a tese?”.

Acima de tudo, para Polyana, mais do que pela paciência, agradeço pela constante inspiração e renovada crença na sincera esperança de um mundo melhor.

Devo ainda retribuir o apoio e a seriedade dos integrantes da banca examinadora da presente pesquisa na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, pois a crítica e os comentários dos professores Rubens Beçak, Ingo Sarlet, Nina Ranieri e Gilberto Bercovici muito enriqueceram a revisão final do trabalho, especialmente diante da importância do pleno entendimento da contribuição para a ciência do direito assentada na questão de fundo aqui apreciada. Uma questão de fundo que a tragédia da *Pandemia do COVID-19* torna ainda mais urgente e ao mesmo tempo comprova a atemporalidade da reflexão e das conclusões concebidas antes deste fator da natureza impor a drástica mudança de rotinas e o repensar acerca do papel da ordem constitucional democrática diante da economia.

Agradeço, finalmente, aos amigos do INSTITUTO BRASILEIRO DE ADVOCACIA PÚBLICA – IBAP, José Nuzzi Neto e Guilherme Purvin.

É dispensável lembrar que os equívocos são de minha exclusiva responsabilidade, mas é dever de justiça reconhecer que o estímulo e a inspiração foram e seguem sendo grandes.

Para todos fica o sentimento de reconhecimento e agradecimento.

Porto Alegre, outono de 2020, em confinamento voluntário em face da *Pandemia do COVID-19*

*O Autor*



Queremos viver de nossa felicidade mútua [...] não de nossa mútua desgraça. Não queremos nos desprezar e odiar mutuamente. Neste mundo, há lugar para todos. E a boa terra é rica, apta a fornecer a subsistência de cada um. O caminho da vida pode ser livre e magnífico, mas perdemos esse caminho.

A voracidade envenenou a alma dos homens, rodeou o mundo com um círculo de ódio e nos fez entrar no passo de ganso da miséria e do sangue. Evoluímos na velocidade, mas somos escravos dela. A mecanização, que traz a abundância, nos legou o desejo. Nossa ciência nos tornou cínicos. Nossa inteligência nos tornou duros e brutais.

Pensamos demais e não sentimos o bastante. É de espírito humanitário, mais que de mecanização, que precisamos. Mais que inteligência, precisamos de amabilidade e gentileza. Sem essas qualidades, a vida só pode ser violenta, e tudo estará perdido.

**Charlie Chaplin (1889-1977), Apelo aos homens.**

Fragmento do 'discurso final' em *O grande ditador* (1940).

A arte, como o direito, serve para ordenar o mundo.  
O direito, como a arte, tem uma ponte do passado para o futuro.

**Francesco Carnelutti (1879-1965), Arte do direito (1949).**

## SUMÁRIO

<b>NOTA INTRODUTÓRIA.....</b>	<b>13</b>
<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>17</b>
<b>PREFÁCIO .....</b>	<b>21</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>25</b>
<b>PRIMEIRA PARTE: PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DA ORDEM CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>32</b>
<b>CAPÍTULO 1: A LIBERDADE DO SER HUMANO: DIREITO, DEMOCRACIA E SOBERANIA .....</b>	<b>33</b>
1 A MARCHA E A CONTRAMARCHA DA LIBERDADE: INDIVÍDUO, PODER CONSTITUINTE E SOBERANIA .....	33
2 O DIREITO E A LIBERDADE DO SER HUMANO .....	42
3 LIBERDADE NEGATIVA E LIBERDADE POSITIVA.....	50
4 SOBERANIA, PODER CONSTITUINTE E DIREITO .....	58
5 A DEMOCRACIA NACIONAL E A DEMOCRACIA COSMOPOLITA.....	68
6 DEMOCRACIA, DESENVOLVIMENTO E SOBERANIA: LIBERDADE E DIREITO .....	76
7 CONCLUSÃO DO PRIMEIRO CAPÍTULO .....	83
<b>SEGUNDA PARTE: ANTECEDENTES HISTÓRICOS E ECONÔMICOS DA ORDEM CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>84</b>
<b>CAPÍTULO 2: <i>LEX MERCATORIA</i> E CODIFICAÇÃO NA ORDEM LIBERAL .....</b>	<b>85</b>
1 AS REGRAS DA ECONOMIA DE MERCADO E O DIREITO .....	85
2 O ESTADO E O MERCADO NA ORDEM LIBERAL .....	93
4 A NOÇÃO DE MERCADO E A <i>LEX MERCATORIA</i> .....	107
5 A <i>LEX MERCATORIA</i> E A CODIFICAÇÃO .....	117
6 PODER ECONÔMICO E ORDEM PÚBLICA .....	123
7 CONCLUSÃO DO SEGUNDO CAPÍTULO .....	131
<b>CAPÍTULO 3: SOCIEDADE, MERCADO E LIBERALISMO: O RETORNO DA <i>LEX MERCATORIA</i> .....</b>	<b>133</b>
1 UMA NOVA REALIDADE E SEUS DESAFIOS .....	133
2 SOCIEDADE, LIBERALISMO E INTERESSE PÚBLICO .....	139

3 A NOVA <i>LEX MERCATORIA</i> E A CODIFICAÇÃO.....	146
4 SOBERANIA, SOCIEDADE E O RETORNO DA <i>LEX MERCATORIA</i> .....	150
5 COESÃO SOCIAL E RELAÇÕES DE MERCADO .....	156
6 ESTADO, LIBERDADE E MERCADO .....	164
7 CONCLUSÃO DO TERCEIRO CAPÍTULO.....	173
<b>TERCEIRA PARTE: ECONOMIA E CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>174</b>
<b>CAPÍTULO 4: ORDEM ECONÔMICA, DESENVOLVIMENTO E DEMOCRACIA.....</b>	<b>175</b>
1 SOCIEDADE, MERCADO E PODER ECONÔMICO.....	175
2 ORDEM ECONÔMICA E CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA .....	185
3 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: SEUS FUNDAMENTOS E O PAPEL DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA .....	191
4 DESENVOLVIMENTO, INTERVENÇÃO E ORDEM ECONÔMICA .....	196
5 OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO .....	205
6 ORDEM ECONÔMICA, DESENVOLVIMENTO E DEMOCRACIA.....	217
7 CONCLUSÃO DO QUARTO CAPÍTULO.....	231
<b>CAPÍTULO 5: CONSTITUCIONALISMO E SOBERANIA: DEMOCRACIA E DESENVOLVIMENTO.....</b>	<b>232</b>
1 DEMOCRACIA, DESENVOLVIMENTO HUMANO E MERCADO .....	232
2 ESTADO, CIDADANIA E SENTIDO DA NORMA NA ORDEM INTERNACIONAL .....	243
3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA .....	251
4 A IRRENUNCIABILIDADE DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO E O DENOMINADO NEOCONSTITUCIONALISMO ....	262
5 O CONSTITUCIONALISMO NACIONAL E O CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL: O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E O MULTICULTURALISMO DIANTE DAS DEMOCRACIAS E DO DESENVOLVIMENTO HUMANO DOS POVOS .....	277
6 A SOBERANIA NACIONAL E O CONSTITUCIONALISMO: DIREITO DOS POVOS AO DESENVOLVIMENTO E A UM REGIME DEMOCRÁTICO .....	291
7 CONCLUSÃO DO QUINTO CAPÍTULO .....	303

<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>305</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>314</b>
<b>OUTRAS REFERÊNCIAS.....</b>	<b>343</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA.....</b>	<b>344</b>



## NOTA INTRODUTÓRIA

A formação da sociedade industrial acarreta o enfraquecimento do liberalismo, embora o discurso liberal permanecesse hegemônico. A ampliação da população urbana gerou uma maior demanda por serviços públicos e por infraestruturas essenciais, como transporte urbano, energia, saneamento, habitação, além da necessidade de investimentos maciços em ferrovias, portos, usinas geradoras de energia, estradas, etc. As precárias condições de trabalho, especialmente nas fábricas, no decorrer de todo o século XIX, seriam contestadas pelos movimentos dos trabalhadores e de suas lutas surgiriam as primeiras leis trabalhistas e de seguridade social, além do início da ampliação do direito de voto, que culminaria na adoção do sufrágio universal, masculino e feminino, após a Primeira Guerra Mundial, em países como a Inglaterra e a Alemanha.

A visão político-prescritiva de Keynes conseguiu perceber o aspecto dinâmico e transformador do Estado do século XX, em que a dinâmica do Estado produz figuras e nexos sociais novos, coloca em crise os equilíbrios anteriores e a estática da ordem liberal. O Estado, assim, se torna um campo de conflituosidade permanente, ao abranger novos setores e atores antes excluídos pelo liberalismo, tornando-se um local de alianças e compromissos. A própria política econômica e social não é planejada a partir de interesses homogêneos, mas emerge do conflito político e social, é fruto também de compromisso. Keynes teria percebido a pluralização do poder e a publicização da atividade dos sujeitos que antes atuavam no âmbito privado.

Com o advento do Estado Social, governar passou a não ser mais a gerência de fatos conjunturais, mas também, e sobretudo, o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas a médio e longo prazo. Com o Estado social, o *government by policies* vai além do mero *government by law* do liberalismo. A execução de políticas públicas, tarefa primordial do Estado social, com a conseqüente exigência de racionalização técnica para a consecução dessas mesmas políticas, acaba por se revelar muitas vezes incompatível com as instituições clássicas do Estado Liberal.

Com as novas tarefas do Estado, o livre desenvolvimento da personalidade é fundado nas próprias prestações estatais. Ou seja, confia-se à instância estatal totalizante o poder de decidir, em nome de todos, o que é o bem de cada um, por meio dos direitos sociais. Isto só pode ocorrer efetivamente quando o pressuposto do Estado Social é a democracia. Desta maneira, o arbítrio dos poderes públicos é evitado mediante a reserva da lei e o princípio democrático, característicos do Estado de Direito. O objetivo primordial do Estado Social,

assim, torna-se a busca da igualdade, com a garantia da liberdade. O Estado não se limita mais a promover a igualdade formal, a igualdade jurídica. A igualdade procurada é a igualdade material, não mais perante a lei, mas através da lei. A igualdade não limita a liberdade. O que o Estado busca garantir é a igualdade de oportunidades, o que implica na liberdade, justificando a intervenção estatal. O Estado Social fundamenta e consolida a unidade política materialmente, tornando-se o *locus* da luta de classes. Sua função, geralmente, é de mediador, tentando buscar a integração social com base em um mínimo de valores comuns. Não há, portanto, o desaparecimento da luta de classes, mas a criação de meios que garantam que ela não irá, necessariamente, se degenerar em um confronto aberto.

A ampliação dos direitos políticos e o conteúdo material dos direitos sociais tornou o pós Segunda Guerra Mundial o período em que a emancipação e a reivindicação da democracia econômica e social chegaram ao seu momento mais elevado. No entanto, apesar dos avanços e conquistas, o Estado social do segundo pós-guerra e os trinta anos de “consenso keynesiano” acabaram por se revelar uma exceção na história do capitalismo. Além disso, as constituições sociais vão, desde o início, enfrentar vários obstáculos para sua concretização, sendo apenas parcialmente cumpridas. O núcleo emancipatório das constituições sociais, na prática, foi suspenso.

A suspensão da constituição social, no entanto, vai se tornar ainda mais evidente com a nova crise econômica, a partir da década de 1970, e a contra revolução neoliberal conservadora que não se limita mais a suspender ou bloquear as cláusulas sociais das constituições, mas busca a sua extirpação formal do texto constitucional. O neoliberalismo buscou implementar um Estado pautado e condicionado pelo mercado, ou seja, com a economia de mercado determinando as decisões políticas e jurídicas, relativizando a autoridade governamental, criando, para legitimar esse programa, todo um discurso sobre o fim do Estado. No entanto, apesar das tentativas de desmantelamento da denominada “revolução conservadora”, o Estado Social ou Intervencionista não foi substituído. Eliminar as funções assistenciais e redistributivas do Estado seria deslegitimá-lo de maneira irreversível.

É esta crise do Estado Social que Paulo Torelly busca compreender no livro que o leitor tem em mãos, fruto de sua tese de doutorado, de cuja banca examinadora tive o privilégio de participar. As complexas relações entre soberania e mercado são aqui analisadas com profundidade e precisão, para além das análises dominantes e repetidas à exaustão. A reflexão de Paulo sobre o processo de mundialização econômica e a redução dos espaços

políticos por ela acarretada tem a preocupação de não só compreender as origens da situação presente, mas também busca alternativas para superar o atual impasse por uma alternativa de reforço do Estado Social e da democracia.

Este livro tem a virtude de compreender, dentro da melhor tradição sobre o pensamento desenvolvimentista latino-americano, que o subdesenvolvimento, em suas raízes, é um fenômeno de dominação. O subdesenvolvimento é um processo histórico autônomo, não uma etapa pela qual, necessariamente, os países desenvolvidos passaram. Segundo Celso Furtado, ele é a manifestação de complexas relações de dominação entre os povos e que tende a perpetuar-se. Deste modo, é fundamental ter consciência da dimensão política do subdesenvolvimento. Portanto, o esforço para superar o subdesenvolvimento requer um projeto político apoiado por vários setores sociais, pois se trata da superação de um impasse histórico, que necessita de um Estado nacional forte e democrático, cujo objetivo deve ser fundamentalmente incluir a totalidade da população na cidadania política e social.

São Paulo, julho de 2020

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo





## APRESENTAÇÃO

Extremamente honrado pelo convite que me foi formulado pelo querido amigo e colega Paulo Peretti Torelly para dizer algumas palavras a título de apresentação desta obra, que põs umas das principais questões suscitadas pelos acontecimentos posteriores à Queda do Muro de Berlim em 1989: a de um mundo completamente interligado pelo mercado disciplinado pelo equilíbrio espontâneo dos interesses contrapostos, com a redução do Estado ao mínimo indispensável para assegurar a livre circulação das mercadorias e dos capitais.

O texto, longe de nascer de meras especulações teóricas, provém de dados eminentemente práticos, quais sejam, os conflitos de interesse suscitados pelas privatizações, pelos expedientes de “desregulamentação” da economia, pela delegação da prestação da maior parte dos serviços públicos à iniciativa privada, discursivamente chamadas de “redução do tamanho do Estado”, ao mesmo tempo em que recrudesciam expedientes de atuações incisivas do Estado no fomento à economia privada, como os benefícios fiscais e creditícios, a criação de entidades da Administração Indireta que, voltadas ao exercício de competências “estritamente técnicas”, seriam “independentes da política” e estariam voltadas a fiscalizar em especial a continuidade e a eficiência da prestação dos serviços públicos delegados à iniciativa privada.

Recordando a lição espinosiana, segundo a qual, diante dos fatos, não cabe ao estudioso nem comemorar, nem lamentar, nem ridicularizar a respectiva existência, mas sim compreendê-los, sobretudo porque somente a partir de uma compreensão adequada se podem tomar decisões que com eles dialoguem, o autor buscou trabalhar os conceitos com que se deu a formação nos bancos das Faculdades de Direito acerca das questões relacionadas às tensões entre autoridade e liberdade – como sinteticamente formulou o publicista argentino Augustin Gordillo –, a própria compreensão da “liberdade”, enquanto vocábulo presente em todas as bocas, mas com sentidos diferentes conforme a mente que dela faz uso, a compatibilidade da liberdade com a existência e necessidade de uma instância – o Estado – que concentre a possibilidade do exercício da força, ao invés de cada indivíduo, por si próprio, fazer com que as suas razões prevaleçam sobre a de seus oponentes, a pretendida substituição dos comandos heterônomos da legislação pelas relações definidas em cada caso pelos atos negociais que viriam a compor um sistema baseado exclusivamente na vontade dos contratantes, ao qual se daria o nome de “lex mercatoria”, os direitos humanos – em todas as suas categorias, recordando que nem mesmo os impropriamente chamados “de primeira geração” constituem consenso unânime – enquanto elementos de tensionamento também em face da pretensão de

substituir o “unilateral imposto” pelo “bilateral negociado” como forma predominante da conformação das relações sociais.

No Egito Antigo, acreditava-se que o Deus Ra teria sido autogerado, mas, no mundo material, a autogênese nunca entrou em cogitação: no máximo, houve a atribuição de possibilidade de seres nascerem de fontes que com eles nada tinham que ver (exemplo, patos nascendo de frutos caídos na água), mas nunca se sustentou que houvesse algum ser material autogerado. Isto se diz tendo em vista uma tendência que se tem verificado em alguns acadêmicos, muito obsessivos com literatura atualizada, que dão tudo o que tenha sido produzido antes como superado em função da vetustez, como se devêssemos tratar a contribuição de Platão e Aristóteles como simples peças de museu que já não teriam mais nada a dizer ao homem atual, que tem como um antípoda igualmente temerário o “seguidismo”, consistente em desprezar o conteúdo do que se diz em nome da verificação do “Deus cultuado pelo autor”. O livro apresentado evita os dois perigos.

A contribuição trazida pela obra, embora se volte a um problema “presente”, parte do pressuposto correto de que não existe nada, no mundo, que não tenha um antecedente, e no exame deste antecedente, normalmente, houve quem buscasse esclarecê-lo. Assim, sem desconsiderar as reflexões desenvolvidas contemporaneamente, dialogou com os mestres do passado, tanto diretamente quanto com os autores que sobre eles se debruçaram. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, por exemplo, comparece diretamente aqui, ao lado de Joaquim Carlos Salgado, cuja tese de concurso para Professor Titular da Universidade Federal de Minas Gerais dissecou a ideia hegeliana de justiça. Benedetto Croce, cuja obra é inexplicavelmente pouco conhecida no Brasil, comparece aqui diretamente, como seu comentador Norberto Bobbio. Max Weber faz-se presente ao lado de autores que lhe desenvolveram o pensamento, como meu saudoso e caro mestre Washington Peluso Albino de Souza, o introdutor do Direito Econômico no Brasil. Os debates travados em torno da formação do Estado Social, da conversão da democracia em um valor positivo, são, também, resgatados. Ao invés, pois, de reduzir a escombros as contribuições do passado ou de simplesmente jurar sobre as palavras dos que as deram, esta obra as toma, dialoga com elas, critica-as, no sentido de analisá-las, verificando o que nelas ainda seria pertinente aos tempos atuais e o que estaria ali datado.

Quando se verifica que mesmo dentre os que, em tese, seriam dotados do conhecimento especializado, conceitos básicos deste ramo do conhecimento são questionados, não em virtude de uma inadequação efetiva à realidade que eles se voltam a explicar, mas

porque a fidelidade a eles implicaria dificuldades para uma causa qualquer, independente da sua legitimidade ou ilegitimidade, que seja por eles defendida, a lembrança de como e quando eles foram construídos, bem como o que significaria, efetivamente, o respectivo abandono, é um imperativo, e é a este imperativo que esta obra atende, dentro de uma perspectiva eminentemente normativista – algo que, longe de traduzir um sintoma de “alienação”, dialoga precisamente com a necessidade concreta de se exorcizarem os voluntarismos, pouco importa se provenientes de tecnocratas, de jagunços ou de mafiosos, pois, do contrário, a tranquilidade de cada qual dependeria da capacidade respectiva de agradar ao mais forte –, versando as percussões dos temas “Soberania, Constituição e mercado” no Direito Internacional Público, no Direito Constitucional, no Direito Econômico e outros tantos ramos do Direito.

O retorno dos fundamentalismos, a negação da ciência, o fantasma de Leo Naphta a rir mefistofelicamente do otimismo iluminista de Settembrini – trazendo aqui os personagens de “A montanha mágica”, de Thomas Mann –, conduz-nos a compartilhar com o autor desta tese a grande pergunta: a democracia será um valor na estrita conveniência dos agentes do mercado? A tese procura responder negativamente a ela, com fortes elementos para que a resposta negativa não se converta num “wishful thinking”, numa fórmula de um doce autoengano, já que a resposta positiva, se verdadeira, constituiria um título de legitimação para que, em nome da produção de lucros, a exploração desenfreada dos recursos finitos do planeta levasse à sua destruição.

Não foi meu objetivo elaborar propriamente um prefácio ou um texto doutrinário paralelo, mas tão somente apresentar uma obra em que estão presentes estas preocupações que batem à porta de todos nós e não perguntam, para fazerem sentir seus efeitos, aos atingidos quais são os seus credos: simplesmente se abatem sobre eles, de modo inexorável.

Meu objetivo é, tão somente, apresentar esta obra cujo tema é versado com brilho e clareza em um momento que precisa, mais do que da prescrição de terapias, do diagnóstico adequado, para que não se trate a diabetes como se fosse hipoglicemia.

Tal a minha modesta contribuição à apresentação desta obra.

Porto Alegre, inverno de 2020.

RICARDO ANTONIO LUCAS CAMARGO

Professor Visitante da Università degli Studi di Firenze

Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais



## PREFÁCIO

Conheci o autor, Paulo Peretti Torelly, em momento singular de nossas caminhadas profissionais, ocasião em que ocupávamos, respectivamente, os cargos de Procurador Geral do Estado do Rio Grande do Sul (ele) e de Procurador Geral do Estado de São Paulo (eu), no já distante ano de 2002.

Nas diversas reuniões do Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal ocorridas naquele ano, estabeleceu-se uma relação de afinidade entre nós, mesmo estando ambos à frente da Advocacia Pública em Estados comandados por Governadores pertencentes a partidos políticos que, naquele momento, disputavam a primazia na política nacional.

Defendíamos, então, como continuamos a defender, que o Procurador Geral dos Estados e do DF deve ser escolhido pelo Governador legitimamente eleito pelo povo, dentre os integrantes da carreira de Procurador do Estado, sendo admissíveis requisitos de tempo de serviço ou de nível, porém jamais as decantadas listas tríplexes elaboradas por entidades de classe, pois os advogados públicos não são fiscais de governantes (embora, sob certo viés, desempenhem o mais eficiente controle interno de legalidade), nem líderes corporativos (exercem liderança institucional), e sim instrumentos imprescindíveis à governança e à correta implementação de políticas públicas, guardando que observem os parâmetros constitucionais e legais.

Estávamos, pois, unidos em torno do ideal democrático, que divisa na participação popular o coração pulsante da democracia, no direito e na Constituição a sua ossatura institucional e na fruição dos direitos fundamentais da pessoa humana o seu objetivo maior e a sua alma perene.

Percebia, também, no combativo Procurador Geral gaúcho a inquietação típica de autêntica vocação acadêmica, que o conduzia ao universo infinito dos textos científicos e filosóficos, com a largueza e variedade características das Ciências Humanas.

Foi assim, com um misto de confirmação e de surpresa, que o recebi na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2004, na condição de candidato interessado em cursar a Pós-Graduação, em nível de doutorado, já que estava com o mestrado praticamente concluído na PUC de Porto Alegre, sob a orientação competente do Professor Ingo Sarlet.

A obra que ora é dada à publicação consiste na tese de doutorado então elaborada e que logrou aprovação unânime em sessão pública de defesa, perante Comissão Julgadora por

mim presidida e integrada pelos eminentes colegas Rubens Beçak, Ingo Wolfgang Sarlet, Nina Beatriz Stocco Ranieri e Gilberto Bercovici.

É claro que o texto original da tese recebeu aperfeiçoamentos por parte do autor, quer em função das críticas e sugestões feitas pela banca examinadora, quer em virtude de suas contínuas reflexões sobre o tema, enriquecidas por pesquisas mais recentes realizadas sob a supervisão do Professor Emílio Santoro, na Universidade de Florença, em programa de pós-doutoramento ainda em curso.

O próprio título da monografia já prenuncia a relevância e a diversidade de seu conteúdo, que perpassa assuntos complexos e basilares no campo da Filosofia e da Ciência Política, da Teoria Geral do Estado, do Direito Constitucional, do Direito Econômico e da Economia Política, da Sociologia Jurídica e da Filosofia e Teoria Geral do Direito, sem esgotar aqui todos os setores do conhecimento humano visitados pelo irrequieto tesista.

Desse modo, são traçadas as relações entre a liberdade política, a soberania estatal e o direito, manifestas na afirmação do primado da soberania popular e no triunfo do constitucionalismo democrático.

Mas, o foco do autor está no funcionamento da economia moderna, de perfil globalista, consubstanciando, na visão de muitos, a revivescência da *lex mercatoria* do medievo, que não se continha nos limites acanhados dos feudos e comunas, tanto quanto o mercado de bens, serviços e ativos financeiros, na atualidade, se espria para muito além dos limites territoriais dos Estados soberanos.

O Estado contemporâneo, como transparece de inúmeras análises no âmbito da Sociologia Jurídica e da Teoria Geral do Estado, sofre de crise regulatória estrutural, que, se não lhe nega a soberania interna e perante os demais Estados, reduz-lhe significativamente a capacidade de disciplinar fatos econômicos e aspirações éticas de recorte internacional.

Não se pode ignorar os dois principais vetores da crescente internacionalização do direito, que são a abrangência e o dinamismo da economia mundial e o cosmopolitismo ético, expresso na centralidade e universalidade dos direitos fundamentais.

A ordem de ideias expostas no trabalho aqui prefaciado não discrepa desses apontamentos, porém destaca a importância que a soberania estatal, na sua formação democrática, desempenhou e continua desempenhando no oferecimento das condições institucionais e de segurança jurídica para que o mercado global possa operar e para a concretização do ideal universalista da convivência humana em ambiente de ampla liberdade e de satisfatória justiça social.

Se a preocupação com a efetiva vigência dos direitos fundamentais da pessoa humana ultrapassou as fronteiras nacionais, para se tornar uma importante pauta da comunidade internacional, inspirando formulações em prol da expansão da liberdade empresarial no âmbito das relações econômicas, não se pode perder de vista que, diante do caráter descentralizado e de baixa coercitividade das instituições que compõem o ordenamento externo, a efetiva concretização dos direitos humanos e da liberdade empresarial há que contar com os pilares sólidos da ordem estatal nacional, fundada na soberania popular.

As Declarações de Direitos que precederam a constitucionalização e a imperatividade jurídica dessas franquias democráticas serviram de marcos documentais de sua contínua evolução, de par com a evolução da própria doutrina democrática e da forma de pensar o Estado e suas relações com a comunidade internacional de Estados, organizações inter e supraestatais e cidadãos globais.

As primeiras e segundas gerações de direitos fundamentais não refletiam ainda a internacionalização do direito (e também da economia e da política), a que já fiz referência.

Todavia, hoje se discutem as novas categorias de direitos fundamentais, de perfil universalista e de maior plasticidade e abrangência, em boa parte inspirados na fraternidade humana e nos anseios em prol da paz universal, mas, também, resultantes de preocupações fundadas diante de fenômenos novos e de largo espectro, como é o caso da comunicação por meio da rede mundial de computadores (*World Wide Web*) e das ameaças ao delicado equilíbrio ambiental do planeta.

Nesse contexto, fala-se em direito à democracia e ao desenvolvimento econômico e social, o que, sob o prisma da Dogmática Jurídica, se traduz no interesse legítimo que ostentam as pessoas, no âmbito da ordem interna e internacional, à estruturação de Estados democráticos e desenvolvidos, permitindo, destarte, o efetivo gozo da liberdade individual, da participação política e das condições materiais compatíveis com uma existência digna.

No caminhar que vai da verdadeira revolução copernicana representada pelo liberalismo democrático até os nossos dias, a soberania estatal se democratizou e se relativizou. No entanto, o Estado nacional, de perfil democrático-social, como reconhecem autores do porte de Gomes Canotilho, ainda é o principal instrumento de realização da pessoa humana e, portanto, de consecução desse ideal internacionalista da vida em liberdade com desenvolvimento econômico e justiça social.

O autor, Paulo Torelly, com muito apuro, alargada pesquisa e dedicação acadêmica, assim o demonstrou na presente obra, que, certamente, será apreciada com sofreguidão pela



comunidade jurídica, máxime no momento singular em que vivemos, marcado pela pandemia intitulada de *Covid-19* (doença causada pelo coronavírus).

Mais do que nunca se evidenciou o papel essencial do Estado (democrático) na promoção dos direitos fundamentais do homem e na regulação das atividades econômicas e sociais, conciliando as exigências sanitárias, com o atendimento a necessidades básicas de acesso a bens, serviços e renda, o que só o regular funcionamento das atividades econômicas pode proporcionar.

Os cultores do Estado mínimo (à direita) e do Estado planejador onisciente (à esquerda) esbarram em evidências de difícil refutação: liberdade e igualdade, soberania nacional e ordem jurídica internacional, direitos humanos e mercado global não são dicotomias excludentes.

Convido o leitor a acompanhar a aprofundada análise empreendida pelo autor, que com rigor científico e consciência ética, alicerçou conclusões que atestam a imprescindibilidade do Estado soberano para a consecução de um mundo democrático e desenvolvido. Não o fez, porém, como já prenunciava a citação do genial Charles Chaplin, sem envolvimento e emoção.

São Paulo, julho de 2020.

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Professor Titular de Direito Constitucional da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## INTRODUÇÃO

O Poder Constituinte do povo funda uma nova ordem constitucional.<sup>1</sup> O mercado e o dinheiro constituem, respectivamente, um critério de alocação de bens e serviços na sociedade e um instrumento do poder econômico.<sup>2</sup> As relações entre o poder econômico e o poder político democrático, todavia, estão delineadas na Constituição. A realidade constitucional contemporânea realça, desse modo, dentre tantas questões, uma indagação acerca dos comportamentos individuais e coletivos para saber se de fato atentam para o equilíbrio entre liberdade e igualdade delineado pela Carta Magna e se a relação entre economia e democracia realmente deve estar assentada nas decisões constitucionais fundamentais, o que perpassa diversas concepções jurídicas e da teoria da constituição.<sup>3</sup> O direito e as instituições que

<sup>1</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução: Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 52-53.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000a, p. 84.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo*. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 60.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 30.

<sup>2</sup> FISICHELLA, Domenico. *Denaro e democrazia: dall'antica Grecia all'economia globale*. Bologna: il Mulino, 2000, p. 57.

MICHELMAN, Frank. Economic power and the Constitution. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva Beth. *The Constitution in 2020*. New York: Oxford, 2009, p. 45-53: "Economic power is command over money and what money can buy". Tradução livre: "O poder econômico é o comando sobre o dinheiro e sobre o que o dinheiro pode comprar".

<sup>3</sup> MORTATI, Costantino. *La costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 25-26: "Lo Stato non ha altra realtà che quella giuridica in quanto si pone come punto di riferimento delle attività destinate ad essere incluse nel sistema in cui si sostanzia: e la costituzione è il criterio supremo attraverso cui si opera tale riferimento". Tradução livre: "O Estado não possui outra realidade além daquela jurídica enquanto se coloca como ponto de referência das atividades destinadas a serem inseridas no sistema em que se consubstancia: e a constituição é o critério supremo através do qual se opera tal referência".

SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto Costituzionale*. Tradução: F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988, p. 150: "La costituzione è l'ordinamento giuridico dello Stato, più precisamente della vita in cui esso ha la sua realtà vitale, cioè del suo processo d'integrazione. Il senso di questo processo è la sempre nuova produzione della totalità di vita dello Stato, e la costituzione è la normazione tramite leggi (*gesetzliche Normierung*) di singoli aspetti di questo processo". Tradução livre: "A constituição é o ordenamento jurídico do Estado, mais precisamente da vida na qual este tem a sua realidade vital, ou seja, do seu processo de integração. O senso desse processo é a produção sempre nova da totalidade da vida do Estado, e a Constituição é a normatização mediante as leis [...] de cada aspecto deste processo".

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 53: "O Estado tem unicamente um conteúdo parcial da complexa realidade da vida, da qual o isola a Teoria do Estado. Mas os conhecimentos que integram esta Teoria só podem ter valor se esse isolamento se complementar com uma constante referência à realidade total, visto que só nela tem vida e verdade."

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 172: "Nenhum jurista sustentaria que, mesmo após uma revolução vitoriosa, a velha constituição e as leis nela baseadas permanecem em vigor, valendo-se do argumento de que elas não foram anuladas da maneira prevista pela velha ordem. Todo jurista presumirá que a velha ordem – à qual não corresponde mais nenhuma realidade política – deixou de ser válida, e que todas as normas válidas dentro da nova ordem recebem sua validade exclusivamente da nova constituição. Segue-se, então, que, a partir desse ponto de vista jurídico, as normas da velha ordem não podem mais ser reconhecidas como normas válidas."

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Tradução: Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2003, p. 47: "En el

asseguram a liberdade política e a igualdade social gozam de condições culturais e estruturais apropriadas para conferirem efetividade às escolhas democráticas ou os valores dos *homines oeconomici* contemporâneos definem a política democrática? O constitucionalismo e os direitos e garantias fundamentais podem prescindir de um mínimo de soberania nacional ou um constitucionalismo mundial poderá assegurar a democracia política? Mas se para a Constituição a economia não é tudo, qual é o papel dos agentes econômicos e como eles se relacionam com os agentes políticos e mesmo com as oligarquias, mas especialmente com o conjunto da sociedade?<sup>4</sup> O direito a um regime democrático e com ele ao desenvolvimento humano, delineados pelo constitucionalismo contemporâneo, podem prescindir do constitucionalismo conformado no espaço nacional?

---

fondo de toda normación reside una *decisión política del titular del poder constituyente*, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica.”

Id. *O conceito do político*. Tradução: Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 43: “O conceito do Estado pressupõe o conceito do político. Estado, segundo o uso linguístico atual, é o status político de um povo organizado numa unidade territorial.”

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 4: “Constituição em sentido material e direito constitucional são expressões equivalentes.”

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 91: “La conformación del poder es triangular: parlamento, gobierno y pueblo. El poder político está distribuido entre varios detentadores del poder que, por lo tanto, están sometidos a un control mutuo. Desde las revoluciones del siglo XVIII se han formado dentro de esta referida estructura diversos tipos que se diferencian entre ellos según qué detentador del poder ostente una situación preponderante. Sin embargo, los ‘tipos’ puros son relativamente raros. Son más frecuentes, por lo tanto, los casos presentando combinaciones sincréticas en las cuales un determinado tipo adopta rasgos característicos de otros.”

HAURIOU, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação*: ensaio de vitalismo social. Tradução: José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Fabris, 2009, p. 19: “uma instituição é uma idéia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa idéia, organiza-se um poder que lhe confere órgãos; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da idéia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por procedimentos.”

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría general del Estado*. Tradução: José Lion Depetre. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 1207: “La idea misma de Constitución exige que en el Estado haya una autoridad especial y superior, que, desempeñando el papel constituyente, esté encargada de fundar y organizar por debajo de ella los poderes constituídos.”

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução: Fernando de los Ríos. Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2005, p. 625-626: “La Constitución de los Estados abarca, por consiguiente, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado.”

IRTI, Natalino. *L’ordine giuridico del mercato*. 5. ed. Roma: Laterza, 2003, p. 78: “La teoria normativa riesce a congiungere in sé *decisionismo e logicismo*. L’uno, dacché essa riconduce la genesi della norma ad un volere e decidere politico. L’altro, poiché la norma è in grado di distendersi sul futuro, rendendo prevedibile e calcolabile, soltanto a condizione di tipizzare e classificare i fatti.”; (Tradução livre: “A teoria normativista chega a reunir em si *decisionismo e logicismo*. O primeiro, uma vez que ela reconduz a gênese da norma a um querer e decidir político. O segundo, porque a norma está em condições de se estender sobre o futuro, tornando-o previsível e calculável, apenas com a condição de tipificar e classificar os fatos.”).

<sup>4</sup> DUVERGER, Maurice. *As modernas tecnodemocracias*: poder econômico e poder político. Tradução: Max da Costa Santos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975, p. 151: “O fato de que a oligarquia econômica domina os políticos e os administradores que detêm o poder estatal não teria grande significação se ela não controlasse ao mesmo tempo as massas populares que nomeiam e destituem estes membros da classe intermediária através do sufrágio universal. Um tal controle não é jamais absoluto, mas permanece muito estreito.”

O presente livro, sem pretender esgotar o universo de questões de fundo apontadas, enfrenta o tema do papel do Estado e do constitucionalismo diante da economia, o que passa pelo entendimento das democracias e das liberdades humanas como resultantes de processos históricos, bem como pela importância correlata do desenvolvimento econômico e humano e da proteção institucional dos mercados e das respectivas culturas em que se inserem. Nesse sentido, a estreita relação entre a soberania nacional, o constitucionalismo<sup>5</sup> e a teoria do Estado de Direito<sup>6</sup> toma relevo em face da atual conformação daquela primeira concepção em uma economia globalizada, dado que um projeto de convivência civil suficientemente ordenado e duradouro reivindica o sentido da soberania<sup>7</sup> presente na originariedade do poder.<sup>8</sup> A insegurança coletiva,<sup>9</sup> por conseguinte, ainda pauta o tema da relação entre Estado e mercado diante do constitucionalismo hoje, e a soberania nacional, fator de guerras e de opressão de populações nacionais no curso da Modernidade,<sup>10</sup> carece de delineamento contemporâneo, sobretudo considerando os países que ainda apresentam defasagens em termos de desenvolvimento e de aprimoramento humano e democrático.

O constitucionalismo contemporâneo vivencia o impacto decorrente da ausência de um ponto de equilíbrio estável para a tensão entre o caminho da afirmação histórica dos direitos diante da limitação do poder em suas diversas dimensões – uma via jurídico-dedutiva que se funda nos direitos imprescritíveis e foi consagrada, no século XVIII, no espaço territorial soberano dos Estados nacionais – e a via utilitarista, que busca um limite endógeno ao agir governamental, valendo-se de procedimentos de pertinência e verificação de eficiência econômica<sup>11</sup> que a população, assentada nos seus próprios interesses individuais e coletivos, adota como razão de agir,<sup>12</sup> o que é conhecido como racionalidade econômica.

Conforme referido, há uma complexidade infinitamente superior àquela presente no contexto europeu em que se consolidou a concepção moderna de soberania e a racionalidade governamental no curso dos séculos XVI e XVII. No mesmo sentido o paradigma clássico da economia política, bem como o ordoliberalismo alemão e mesmo o liberismo da Escola de

---

<sup>5</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: il Mulino, 1999, p. 72.

<sup>6</sup> SANTORO, Emílio. *Estado de direito e interpretação: por uma concepção jusrealista e antiformalista do estado de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 25.

<sup>7</sup> FIORAVANTI, 1999, p. 79.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>9</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico, direitos humanos e segurança coletiva*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução: Carlo Caccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 17.

<sup>11</sup> FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes: 2008b, p. 59.

<sup>12</sup> KARSENTI, Bruno. La politica del “fuori”. In: CHIGNOLA, Sandro (Cur.). *Governare la vita: un seminario sui corsi di Michel Foucault al Collège de France (1977-1979)*. Verona: Ombre Corte, 2006, p. 71-90, p. 73.

Chicago, merecem atenção neste caminho que vai da soberania territorial enquanto *suprema potestas superiorem non recognoscens* ao Estado que gere e assegura a liberdade do ser humano e para tal ainda hoje, mesmo fragilizado e com limites sensíveis, cumpre o papel de assegurar harmonização, compatibilidade, regulação e governo. Assim, diante do problema da soberania econômica, presente na indagação acerca de quem comanda, toma relevo a definição de como o próprio poder deve ser exercido, o que mitiga o racionalismo lógico-metódico presente na atividade legislativa estatal e coloca um processo mais amplo de disciplinamento social.<sup>13</sup> Logo, se por um lado o soberano não pode conhecer a totalidade dos contextos sociais e do processo econômico com a pretensão de controle e subordinação dos mercados, por outro, a experiência revela que a própria liberdade dos agentes econômicos, a qual é imprescindível para que os mercados funcionem, deve ser produzida por uma ação constante dos governos nacionais, bem como protegida dos atos de usurpação que a ameaçam.<sup>14</sup> Nesse sentido anda a reflexão de Douglass North, pois o prêmio Nobel de economia de 1993 é objetivamente esclarecedor ao referir a embaraçosa incapacidade dos historiadores econômicos de “explicar um fenômeno relevante do século passado”,<sup>15</sup> qual seja, “o abandono do mercado como unidade decisional basilar dos sistemas econômicos”.<sup>16</sup>

O Estado, portanto, enquanto sujeito da história constitucional ocidental e fiador da verdade dentro dessa história,<sup>17</sup> encontra na relação de poder um embate de forças que define tal verdade e com ela funda a própria ordem.<sup>18</sup> Assim, o direito se apresenta como uma representação do poder em suas mais variadas dimensões ao mesmo tempo em que a noção de soberania persiste ocupando o centro da teoria política e jurídica enquanto fator de legitimação destas esferas. Cumpre, via de consequência, desvelar e ressaltar o papel da convivência democrática nesse contexto, pois, desde a concepção de soberania das nações delineada pela paz de Westfália no ano de 1648, uma inversão progressivamente começou a arredar o Estado do papel preponderante na ordenação da vida social para dar destaque à

<sup>13</sup> SENELLART, Michel. Michel Foucault: governamentalité e ragion di Stato. In: CHIGNOLA, Sandro. (Cur.). *Governare la vita: un seminario sui corsi di Michel Foucault al Collège de France (1977-1979)*. Verona: Ombre Corte, 2006, p. 13-36, p. 26.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>15</sup> NORTH, Douglass. Mercati e altri sistemi allocativi nella storia. In: SALSANO, Alfredo (Org.). *Karl Polanyi*. Tradução: Davide Pazieri (dall'inglese) e di Alfredo Salsano (dal francese). Milano: Bruno Mondadori, 2003, p. 185-206, p. 191. Texto original: “spiegare un fenomeno rilevante del secolo scorso”.

<sup>16</sup> *Ibid.* Texto original: “l’abbandono del mercato come unità decisionale basilare dei sistemi economici”.

<sup>17</sup> HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no estado constitucional*. Tradução: Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 138.

<sup>18</sup> FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso dado no Collège de France (1975-1976)*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 4ª tiragem (2005), p. 79.

sociedade civil e, desse modo, constituir tal verdade de baixo para cima.<sup>19</sup> Desde então poder, direito e verdade se desdobram em *mecanismos de poder, regras de direito e efeitos de verdade*,<sup>20</sup> que, por sua vez, interagem nas esferas não isoláveis da política, do próprio direito – *sobretudo enquanto expressão cultural* – e do mercado, ou seja, encontram-se e se confundem na escolha ou, melhor dizendo, na decisão da política econômica.<sup>21</sup>

Desde a clássica lição de Adam Smith, para quem “a renda anual de cada sociedade é sempre exatamente igual ao valor de troca da produção total anual de sua atividade”,<sup>22</sup> nunca se viveu tão intensamente o paradoxo entre a limitada territorialidade das normas estatais e a universalidade das relações econômicas.<sup>23</sup> Logo, os problemas de natalidade, mortalidade e longevidade das populações sobremaneira identificam os objetos de saber e de poder governamental contemporâneos,<sup>24</sup> o que, combinado com o acesso desigual aos avanços tecnológicos impressionantes alcançados pela humanidade, reduz a governamentalidade hoje ao conjunto de instâncias institucionais que pautam o exercício do poder pela constante e infatigável busca de respostas para os temas econômicos e apenas secundariamente para os do direito.<sup>25</sup> A inversão dessa equação, com a introdução da economia no interior do processo político, constitui o grande desafio dos governos e, antes deles, do constitucionalismo,<sup>26</sup> pois a vontade de viver<sup>27</sup> é o fator verdadeiramente universal nas relações humanas,<sup>28</sup> e “a soberania nunca se forma por cima, ou seja, por uma decisão do mais forte, do vencedor,”<sup>29</sup> mas “sempre por baixo, pela vontade daqueles que têm medo.”<sup>30</sup>

---

<sup>19</sup> CHIGNOLA, Sandro. L'impossibile del sovrano: governamentalità e liberalismo in Michel Foucault. In: CHIGNOLA, Sandro (Cur.). *Governare la vita: un seminario sui corsi di Michel Foucault al Collège de France (1977-1979)*. Verona: Ombre Corte, 2006, p. 37-70, p. 49.

<sup>20</sup> FOUCAULT, 1999, p. 29.

<sup>21</sup> IRTI, 2003, p. 39.

<sup>22</sup> SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Tradução: Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983, v. 1, p. 380.

<sup>23</sup> IRTI, 2003, p. 157.

<sup>24</sup> FOUCAULT, 1999, p. 290.

<sup>25</sup> CHIGNOLA, 2006, p. 58.

<sup>26</sup> Ibid., p. 55.

<sup>27</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Tradução: M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001, p. 417: “a vida é infalivelmente e para sempre inerente ao querer-viver, e o sofrimento à vida”.

<sup>28</sup> SCHOPENHAUER, 2001, p. 387: “Em questão de virtude, de bondade das intenções, os dogmas abstratos não têm influência: falsos, eles não a destroem, verdadeiros, não a ajudam nada.”

<sup>29</sup> FOUCAULT, 1999, p. 111.

<sup>30</sup> Ibid. Nesse aspecto Georg Jellinek registra o sentido histórico da soberania ao observar que “La soberanía es, en su origen histórico, una concepción de índole política, que solo más tarde se ha condensado en una índole jurídica. No se ha descubierto este concepto en el gabinete de sabios extranños al mundo, sino que debe su existencia a fuerzas muy poderosas, cuyas luchas forman el contenido de siglos enteros. Este proceso histórico no ha sido hasta ahora dibujado con precisión.” (JELLINEK, 2005, p. 543-544).

A abordagem do tema neste livro levou em conta o método crítico-comparativo numa perspectiva dialógica.<sup>31</sup> Partindo dos conceitos e da experiência presentes na história do pensamento humano acerca das noções de liberdade, democracia, poder constituinte e poder econômico, foram contrapostos os diversos conceitos de soberania e mercado, o que permitiu o entendimento evolutivo das noções de *lex mercatoria* e de desenvolvimento humano e dos povos diante da progressiva relativização da soberania nacional e da afirmação do sentido contemporâneo da soberania popular e de suas expressões máximas no constitucionalismo e no Estado democrático e ecosocial de direito, ou seja, na autodeterminação democrática dos povos. Para tal propósito o método adotado na ciência jurídica partiu de uma perspectiva zetética multidisciplinar, abordando aspectos de diversas disciplinas, tal como sociologia jurídica, história do direito, economia política, filosofia do direito, filosofia política, teoria do estado e ciência política. A análise desenvolvida, tendo presente as categorias próprias daquelas disciplinas ancilares, procura problematizar e questionar os objetos de reflexão e sustentar a atualidade da dogmática constitucional disciplinadora das decisões dos conflitos sociais, políticos e econômicos, com assento na teoria geral do direito, na teoria da constituição e na lógica do raciocínio jurídico,<sup>32</sup> o que pressupõe um mínimo de soberania nacional que assegure efetividade aos direitos dos povos ao desenvolvimento e a um regime democrático.

O Capítulo 1 aborda o sentido da liberdade na história do pensamento humano e procura identificar a sua importância, desde o advento da Modernidade, na definição do poder constituinte e do Estado Democrático de Direito, integrando a *primeira parte* deste livro com a identificação dos pressupostos da ordem pública democrática. A *segunda parte* deste livro é composta pelos Capítulos 2 e 3 e aborda os antecedentes do Estado legislador e o sentido jurídico e institucional das noções de *lex mercatoria* e da denominada nova *lex mercatoria*. No Capítulo 2 são analisados os aspectos históricos e econômicos que conformaram a *lex mercatoria* antes do advento das codificações para explicitar a importância do Estado legislador na afirmação da liberdade dos agentes econômicos e na superação do feudalismo e da própria ideia de *lex mercatoria* enquanto estatuto corporativo da classe mercantil. Uma vez identificado o papel do Estado-nação na superação da ordem feudal com o controle mercantil da economia, a afirmação do liberalismo econômico e a consagração do movimento de codificação, o Capítulo 3 aprofunda a reflexão sobre a denominada crise do Estado regulador

---

<sup>31</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

<sup>32</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 43- 45.

da economia no curso do século XX e identifica o sentido da chamada nova *lex mercatoria* na pretendida defesa da liberdade de mercado. Os dois últimos capítulos compõem a *terceira parte* deste livro e abordam os aspectos concernentes ao intrincado relacionamento entre a economia e a Constituição. O Capítulo 4 enfrenta o debate dogmático a respeito do sentido e da força normativa da Constituição Econômica na história brasileira e na atualidade para identificar a imprescindibilidade da atuação do Estado “no” e “sobre” o domínio econômico para a garantia da coesão social. O Capítulo 5 conclui o livro enfrentando os temas dos direitos dos povos ao desenvolvimento e a um regime democrático para identificar em tais direitos, na ordem jurídica internacional, o sentido irreduzível de um mínimo de soberania nacional que assegure o constitucionalismo defensor dos direitos fundamentais em seus aspectos econômicos, sociais e culturais e de autodeterminação democrática das nações com assento na soberania popular.

Assim, o presente livro procura lembrar que a formação da racionalidade política ocidental, ao romper com a doutrina medieval do rei enquanto imagem de Deus, concebeu o que se conhece como razão de Estado e seus abusos, mas, ao mesmo tempo, propiciou a consagração do constitucionalismo na defesa dos direitos fundamentais e colocou um freio no realismo político e em seu universo de interesses e potenciais de mando e subordinação. A atividade econômica, entretanto, se apresenta insubmissa diante de limites normativos e necessita de contínua expansão na busca de lucro e novos mercados, mas, por outro lado, a ausência de coerção na esfera internacional pauta os limites do constitucionalismo mundial em um contexto de crescente complexidade e grandes tensões, em que a violência acaba sendo a tônica de um estado de natureza hobbesiano na esfera mundial sem perspectiva efetiva de um *Leviatã* global que possa de algum modo ser limitado.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *Anti-Leviatã: direito, política e sagrado*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 136.



**PRIMEIRA PARTE**

**PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DA ORDEM CONSTITUCIONAL**

## CAPÍTULO 1

### A LIBERDADE DO SER HUMANO: DIREITO, DEMOCRACIA E SOBERANIA

1. A marcha e a contramarcha da liberdade: indivíduo, poder constituinte e soberania; 2. O direito e a liberdade do ser humano; 3. Liberdade negativa e liberdade positiva; 4. Soberania, poder constituinte e direito; 5. A democracia nacional e a democracia cosmopolita; 6. Democracia, desenvolvimento e soberania: liberdade e direito; 7. Conclusão do primeiro capítulo.

#### 1 A MARCHA E A CONTRAMARCHA DA LIBERDADE: INDIVÍDUO, PODER CONSTITUINTE E SOBERANIA

Ao afirmar que “o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade”,<sup>34</sup> Aristóteles (366a.C.-322a.C.) apontou, ainda na Antiguidade Clássica, a impossibilidade de o ser humano viver isolado do convívio social e colocou a pauta da liberdade nas relações políticas.<sup>35</sup> O poder, portanto, não se confunde com uma coisa que se tem ou se detém, “faz pensar antes numa relação, a relação de poder”,<sup>36</sup> de tal modo que, nas palavras de Michel Foucault, “o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles”.<sup>37</sup> O poder, pois, coloca-se como um modo de ser, não como um ente. E um modo de ser recíproco entre entes diversos, daí a sua característica como relação. Não por outra razão a ideia de liberdade e a indagação sobre a origem do poder constituinte definidor das instituições sociais e políticas representam uma constante na história do pensamento humano. Pensar na complementariedade entre direito e política, em que aquele exige desta, na inspiração de

<sup>34</sup> ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução: Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995, p. 14.

<sup>35</sup> HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. Tradução: Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 182: “*anthropos physei politikon zoon*: o homem é por natureza um animal político (*Política* I 2, 1253a 2 seg. e outros; *Ética a Nicômaco* I 5, 1097b 11)”.

<sup>36</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 16: “O uso lingüístico induz a pensar o poder como substância, como coisa, como *res*, como algo que temos e detemos, como temos e detemos um martelo para pregar pregos, como damos e delegamos como uma faculdade, que perdemos e ganhamos como uma situação e posição.”

<sup>37</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução: Roberto Machado. 24. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007, p. 183. O texto citado corresponde ao teor da aula proferida pelo filósofo francês em 14 de janeiro de 1976 no *Collège de France* e também consta em: FOUCAULT, 1999, p. 35.

Hannah Arendt, o consenso diante do poder enquanto aptidão do ser humano para agir em conjunto, logo evoca a ideia de liberdade de associação no contexto da comunidade política,<sup>38</sup> pois “a esfera política resulta diretamente da ação em conjunto, da ‘comparticipação de palavras e atos’.”<sup>39</sup>

O titular do poder constituinte é, portanto, fonte das normas constitucionais e, ao mesmo tempo, sujeito da produção destas em um dado contexto cultural,<sup>40</sup> tendendo a identificar-se com o próprio conceito de política em uma sociedade democrática, razão pela qual sua qualificação jurídica ordena aquele sujeito e regula a política democrática.<sup>41</sup> Assim, ainda nas palavras de Hannah Arendt, é possível constatar que “o poder humano corresponde, antes de mais nada, à condição humana da pluralidade”.<sup>42</sup> Para Antonio Negri, nesse aspecto, “falar de poder constituinte é falar de democracia”,<sup>43</sup> no que lembra Georges Burdeau, para quem a potência do poder constituinte “é rebelde a uma integração total em um sistema hierarquizado de normas e de competências”,<sup>44</sup> pois “o poder constituinte permanece sempre estranho ao direito”.<sup>45</sup> Desse modo, adentra-se no debate acerca das teorias da soberania (divina ou popular),<sup>46</sup> pois ao conceito de soberania, no dizer de Tércio Ferraz Junior, em geral “está ligado, tradicionalmente, o caráter original (e, por vezes, absoluto) do poder soberano”,<sup>47</sup> dado que é:

<sup>38</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 25.

<sup>39</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 210.

<sup>40</sup> HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Tradução: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998, p. 46: “La Constitución constituye el poder y lo limita. No es solo un texto jurídico, sino también un contexto cultural.”

<sup>41</sup> NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 7.

<sup>42</sup> ARENDT, 2008, p. 213.

<sup>43</sup> NEGRI, 2002, p. 7: Importa registrar a coerência do autor dentro do sistema filosófico que apresenta, dado que a identificação do poder constituinte com a democracia é desenvolvida pelo mesmo com maestria e acuidade de pensamento, ainda que tal identificação não se vislumbre nas circunstâncias históricas conhecidas em que a institucionalização se deu pela outorga de normas constitucionais, tal como, cabe observar, v.g., no Brasil em 1937, quando Francisco Campos sustentou o esgotamento da democracia no seu livro *O Estado Nacional* (Rio de Janeiro: José Olympio, 1941, p. 230-231).

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 7-8.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> JELLINEK, 2005, p. 566-567: “La Edad Media se ocupó de la cuestión relativa a los orígenes del poder terreno. Sólo se presentaban dos posibilidades ante los pensadores de aquella época: el origen humano o el origen divino. La doctrina del origen divino del poder terreno fue combatida desde un principio por la Iglesia, y más tarde, la doctrina amparada por ésta, la de reducir el *imperium* a institución divina, fue continuada y completada mediante una teoría del origen humano del poder, de los que en cada época ejercían el mismo; con lo cual muy pronto la segunda de las posibilidades indicadas apareció en una posición preferente”.

<sup>47</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 22.

Originário no sentido de fundamento de si próprio. Absoluto no sentido de capacidade de determinar, no âmbito de sua atuação ao menos, a relevância e o caráter irrelevante de qualquer outro centro normativo que ali atue.

Na tradição ocidental, as teorias vêem na obediência um dever e na soberania um direito, o direito de comandar em última instância. O poder *usa* desse direito. Mas ele lhe pertence de princípio. E aí está o problema que é também o pressuposto metafísico dessas teorias: quem é o titular originário desse direito? Ou seja, por trás do conceito jurídico de soberania está um conceito metafísico: deve existir uma vontade suprema que rege a comunidade humana, vontade boa por natureza que deve ser obedecida. É dessa vontade (divina ou geral) que o poder concreto deve emanar.<sup>48</sup>

No mesmo filão que vai de Dante Alighieri (1265-1331)<sup>49</sup> a Nicolau Maquiavel (1469-1527),<sup>50</sup> em 1324 Marsílio de Pádua (1277/80-1343) já criticava – em texto pelo qual foi excomungado pelo Papa João XXII sob a acusação de ter atacado os fundamentos da autoridade papal e da doutrina da Igreja – a pretensão de um primado eclesiástico sobre a política. Marsílio de Pádua identificava na temperança e na busca do consenso dentre os cidadãos através da república os meios para assegurar a devida proporção na busca do bem comum, pois assim se posicionou na obra *O defensor da paz*:

A república, embora designe algo de comum a todo gênero ou espécie de governo ou regime, conforme um dos significados desse termo, significa, noutra acepção dessa palavra, uma espécie de governo temperado, na qual todo cidadão pode participar de algum modo das atividades governamentais ou do conselho, conforme sua posição, capacidade ou condição. Visa o bem comum e está de acordo com a vontade ou consenso dos cidadãos.<sup>51</sup>

Ao analisar a alternativa hereditária ou eletiva quando da investidura de um só governante, Marsílio de Pádua também é claro ao se posicionar em favor da última, pois, “enquanto indivíduo, não só estará muito mais de conformidade com o príncipe virtuoso que o antecedeu no poder, mas também com o Ser Primeiro, isto é, o Príncipe do conjunto de todos os seres, do que o sucessor escolhido só numa família”.<sup>52</sup>

É assim que toma sentido a observação de Michel Foucault de que “o problema maior em torno do qual se organiza toda a teoria do direito é o da soberania”,<sup>53</sup> dado que a “teoria do

<sup>48</sup> FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 22.

<sup>49</sup> ALIGHIERI, Dante. *Monarchia*. Tradução: Federico Sanguineti. Milano: Garzanti, 2007, p. 125 (Livro III, X): “Inoltre, come la Chiesa ha un proprio fondamento, così anche l’Impero ha il suo. Infatti fondamento della Chiesa è Cristo; [...]. Ma fondamento dell’Impero è il diritto umano.” (Tradução livre: “Em outras palavras, assim como a Igreja tem um fundamento próprio, também o Império tem o seu. De fato, o fundamento da Igreja é Cristo; [...]. Mas o fundamento do Império é o direito humano.”).

<sup>50</sup> MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe*. Tradução: Lívio Xavier. São Paulo: Ediouro, 2003, p. 165-166: “O governo é estabelecido ou pelo povo ou pelos grandes. [...] Aquele que chega a príncipe com a ajuda dos poderosos se mantém com mais dificuldade do que aquele que é eleito pelo povo”.

<sup>51</sup> PÁDUA, Marsílio de. *O defensor da paz*. Tradução: José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Rio de Janeiro: Vozes, 1995, p. 105 (Parte I, cap. VIII, 3).

<sup>52</sup> PÁDUA, 1995, p. 179-80 (Parte I, cap. XVI, 24).

<sup>53</sup> FOUCAULT, 2007, p. 181. Também em: FOUCAULT, 1999, p. 31.

direito, da Idade Média em diante, tem essencialmente o papel de fixar a legitimidade do poder”.<sup>54</sup> Na mesma perspectiva Luigi Ferrajoli observa que:

*Soberania é o conceito, ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os problemas e as aporias da teoria juspositivista do direito e do Estado. Embora apareça já na Idade Média em autores como Beaumanoir e Marino da Caramanico, é indubitável que a noção de soberania como *suprema potestas superiorem non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si) remonta ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus e à divisão correlativa, no limiar da Idade Moderna, da idéia de um ordenamento jurídico universal, que a cultura medieval havia herdado da romana. Falar da soberania e de seus eventos históricos e teóricos quer dizer, portanto, falar dos acontecimentos daquela formação político-jurídica particular que é o Estado nacional moderno, nascido na Europa há pouco mais de quatro séculos, exportada no século XX a todo o planeta e hoje em declínio.*<sup>55</sup>

Assim, a universalidade do mundo medieval,<sup>56</sup> assentada nos fundamentos comuns<sup>57</sup> postos pelo cristianismo,<sup>58,59</sup> possibilitou uma eficaz representação de um sujeito coletivo

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 1-2.

<sup>56</sup> COSTA, Pietro. *Civitas: storia della cittadinanza in Europa*. 1. Dalla civiltà comunale al settecento. Roma-Bari: Laterza, 1999, p. 11: “Proprio perché *corpus* e *universitas* esprimono l’unità del grupo politico-sociale essi sono elementi onnipresenti e decisivi: non si rappresentano politicamente i soggetti se non come parti di un’unità che li raccoglie.” Tradução livre: “Exatamente porque *corpus* e *universitas* expressam a unidade do grupo político-social, eles são elementos onipresentes e decisivos: os sujeitos não se representam politicamente senão como parte de uma unidade que os reúne”.

<sup>57</sup> FIORAVANTI, 1999, p. 31: “Si tratta infatti di comprendere, in una parola, che cosa abbiano in comune poteri così diversi, come quelli, imperiali e della Chiesa, a vocazione universalistica, o quelli del feudatario e del signore territoriale, o quelli di coloro che assumono la responsabilità del governo degli ordinamenti cittadini. [...] hanno in comune il fatto di non essere poteri sovrani, di non nutrire alcuna pretesa totalizzante e omnicomprensiva nei confronti dei soggetti, dei beni, delle forze e degli ordini, che concretamente esistono entro le loro rispettive giurisdizioni”. Tradução livre: “Trata-se de fato de compreender, em uma palavra, o que tinham em comum poderes de tal modo diversos, como aqueles, imperiais e da Igreja, com vocação universalística, ou aqueles do feudatário e do senhor territorial, ou aqueles dos que assumem a responsabilidade de governo das ordenações dos habitantes das cidades. [...] têm em comum o fato de não serem poderes soberanos, de não nutrirem alguma pretensão totalizante e totalmente abrangente em relação aos sujeitos, aos bens, às forças e às ordenações, que concretamente existiam entre as próprias respectivas jurisdições”.

<sup>58</sup> BRUNNER, Otto. *Terra e potere: strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell’Austria medievale*. Tradução: Giuliana Nobili Schiera. Milano: Giuffrè, 1983, p. 202: “L’Impero romano non ha mai potuto far valere una reale sovranità sopra l’Occidente cristiano, per quanto lo abbia preteso. Per via di ciò la Chiesa venne acquistando, sui poteri temporali, una posizione di preminenza che superò la sfera del potere spirituale e condusse alla lotta per la ‘libertas’ della Chiesa. Nella grande contrapposizione della ‘lotta per le investiture’ la Chiesa si unì coi poteri locali e creò quella situazione nella quale re e principi, presi tra Chiesa e poteri locali, non poterono in un primo momento pervenire ad una posizione di sovranità”. Tradução livre: “O Império romano nunca pôde fazer valer uma efetiva soberania sobre o Ocidente cristão, por mais que quisesse. Razão pela qual a Igreja vinha adquirindo, sobre os poderes temporais, uma posição de proeminência que superou a esfera do poder espiritual e conduziu à luta pela ‘libertas’ da Igreja. Na grande contraposição da ‘luta pela investidura’ a Igreja se uniu com os poderes locais e criou aquela situação na qual rei e príncipes, presos entre a Igreja e os poderes locais, não puderam em um primeiro momento conquistar uma posição soberana.”.

<sup>59</sup> SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del “jus publicum europaeum”*. Tradução: Dora Schelling Thon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 36: “La amplia unidad basada en el Derecho de Gentes de la Edad Media europea era denominada *Respublica Christiana y Populus Christianus*. Tenía asentamientos y ordenaciones claras. Su nomos está determinado por las siguientes

naquele período,<sup>60</sup> o que é definitivamente superado, na realidade, após 1648, quando a paz no final da Guerra dos Trinta Anos<sup>61</sup> é celebrada com o Tratado de Westfália, e o direito internacional é concebido enquanto expressão das relações entre as diversas soberanias nacionais,<sup>62</sup> pois “la premessa necessaria per la nascita e lo sviluppo dell’odierna comunità internazionale, è l’affermazione del moderno Stato nazionale, tra il XV e il XVII secolo.”<sup>63</sup> A soberania passa a coincidir com os territórios dos Estados, e, ao mesmo tempo, sua força se projeta e chega até terras distantes tidas como *res nullius*,<sup>64</sup> sendo que a entrada dos Estados Unidos no cenário político e econômico internacional, quando da edição da doutrina Monroe,

---

disposiciones: el suelo de pueblos paganos, no cristianos, es territorio abierto a la misión cristiana; puede ser adjudicado a un soberano cristiano, por encargo papal, para desempeñar la misión cristiana.”

<sup>60</sup> COSTA, 1999, p. 11: “Ogni gruppo (una corporazione di mestiere, un collegio episcopale, una confraternita ecc.) potrà dunque essere rappresentato come *universitas* o *corpus*, ma ciascuno di essi si porrà in un qualche rapporto di dipendenza o supremazia con gli altri soggetti collettivi.” Tradução livre: “Cada grupo (uma corporação de ofícios, um colégio episcopal, uma associação, etc.) consequentemente poderá ser representado como *universitas* o *corpus*, mas cada um desses se colocará em algum tipo de relação de dependência ou de supremacia com os outros sujeitos coletivos”.

<sup>61</sup> A “Guerra dos Trinta Anos” representou um conflito de fundo religioso entre as cidades-Estado luteranas e calvinistas do norte do que hoje é a Alemanha e o Sacro Império Romano-Germânico, comandado pela dinastia católica de Habsburgo e seus principais reinos (Áustria e Espanha), sendo que tal conflito se generalizou por toda a Europa com a entrada da Suécia e da Dinamarca, enquanto que a Espanha e os Países Baixos protagonizaram a “Guerra dos Oito Anos” e a França católica, orientada pelo cardeal Richelieu no papel de primeiro-ministro do rei Luís XIII e inspirada nos precursores princípios da *raison d’état* na busca do equilíbrio de poder europeu, chegou a posicionar-se ao lado dos protestantes em face da rivalidade da dinastia Bourbon diante da hegemonia daquele império sobre os governos nacionais e regionais. A paz de Westfália encerrou as duas guerras e ensejou o reconhecimento da soberania absoluta de cada Estado enquanto axioma – *diante dos vizinhos e sobremaneira da autoridade do Imperador e do Papa* – e a garantia de liberdade religiosa enquanto um direito próprio de cada ordenamento, de tal modo que os súditos de uma dada confissão religiosa deveriam reconhecer plenamente a autoridade do monarca de outra confissão, surgindo com isso o Direito das Gentes moderno e a noção do que hoje se conhece como Estado laico (GERSHOY, Leo. *The peace of Westphalia*. In: ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA, 1980, v. 6, p. 1.090; e STEINBERT, S. Henry. *Thirty years’ war*. In: Ibid., v. 18, p. 333-344). É emblemática de tal período histórico, quando restou consagrada a doutrina da razão de Estado, a frase do cardeal Richelieu, primeiro-ministro do Rei Luís XIII da França, de 1624 a 1642: “Quem tem a força tem muitas vezes a razão em matéria internacional; e o fraco pode dificilmente isentar-se de ter culpa no julgamento da maioria do mundo.” (RICHELIEU, Armand Jean du Plessis, Cardeal de. *Testamento político*. Tradução: David Carneiro. Bauru: Edipro, 1995, p. 246).

<sup>62</sup> SCHMITT, 1979, p. 47: “Fue una ordenación del espacio totalmente distinta la que puso fin al Derecho de Gentes medieval en Europa. Esta ordenación surgió con el *Estado* europeu centralizado, territorialmente cerrado, que era soberano frente al emperador y al Papa, pero también frente a cualquier vecino, y que tenía abierto un espacio libre ilimitado para adquisiciones de tierra en Ultramar.”

<sup>63</sup> CASSESE, Antonio. *Diritto internazionale*. Bologna: il Mulino, 2006, p. 30. Tradução livre: “a premissa necessária para o nascimento e o desenvolvimento da moderna comunidade internacional é a afirmação do moderno Estado nacional, entre o século XV e o XVII.” O autor ainda observa que “nel periodo antecedente la pace di Westfalia, la vita di relazioni internazionali si caratterizzava per la sovrachante presenza di due centri d’autorità: il papa, a capo della Chiesa cattolica, e l’imperatore, a capo del Sacro Romano Impero (fondato nell’800 d.C. da Carlo Magno, inizialmente comprendeva la maggior parte del continente europeo, ma nel XVII secolo si era ridotto al territorio tedesco dell’Europa centrale).” (Id. Ibid.) (Tradução livre: “no período antecedente à paz de Westfália, a vida das relações internacionais era caracterizada pela oprimente presença de dois centros de autoridade: o papa, no comando da Igreja católica, e o imperador, no comando do Sacro Império Romano (fundado no ano de 800 d.C. por Carlos Magno, inicialmente compreendia a maior parte do continente europeu, mas no século XVII estava reduzido ao território alemão da Europa central).”

<sup>64</sup> FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 7.

em 1823, conforme bem aponta Carl Schmitt,<sup>65</sup> consolida o espaço de uma economia liberal mundial.<sup>66</sup> Nas palavras de Maria Ferrarese se constata que aquilo que era o modo europeu “che aveva suggellato la pace di Westfalia si trasformava ora nel nuovo motto *Cuius regio eius oeconomia*, che stabiliva diverse misure per la politica e per l’economia”,<sup>67</sup> de tal modo que:

A partire da quel momento, la dissimmetria tra lo spazio della politica e lo spazio dell’economia, che pure non era nuova, si mostrava in tutta la sua evidenza: il primo appariva statico e predeterminato, creato per durare nella sua configurazione predefinita; il secondo appariva dinamico e in movimento, disponibile al cambiamento e a sempre nuove definizioni. L’uno constrahegnato da rigidi confini, l’altro proteso costantemente al loro superamento.<sup>68</sup>

É ainda significativo, entretanto, conforme será demonstrado e no que pesem os limites dos Estados nacionais na atualidade, o sentido propriamente jurídico da soberania na realidade contemporânea. Mas este segue revelando o debate enfrentado pela Modernidade, ou seja, o paradoxo de que a definição dos modelos de poder enquanto algo ligado à vontade passa pelo emprego de artifícios (sistemas) decorrentes de atos de fundação do poder constituinte.<sup>69</sup> Assim, mesmo que tal equilíbrio tenha vingado até o início da última década do século XX, hoje se faz necessário um renovado esforço de entendimento histórico e institucional, bem como de uma práxis multicultural diante da sempre reivindicada liberdade do ser humano, cuja fragilidade é apontada por Norberto Bobbio ao observar que:

Não há nem uma liberdade perdida para sempre, nem uma liberdade conquistada para sempre: a história é uma trama dramática de liberdade e de opressão, de novas liberdades que se deparam com novas opressões, de velhas opressões derrubadas, de novas liberdades reencontradas, de novas opressões impostas e de velhas liberdades perdidas. Toda época se caracteriza por suas formas de opressão e por suas lutas pela liberdade.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> SCHMITT, 1979, p. 364 e seguintes.

<sup>66</sup> Ibid., p. 384: “En la separación entre la política y la economía reside realmente la clave para una aclaración de las contradicciones en cuanto a presencia y ausencia en las que tiene que caer necesariamente un mundo que ya no es nuevo, pero que aún mantiene ideológicamente su vieja novedad, cuando trata de combinar la presencia económica con la ausencia política y de seguir desarrollando la ideología de la antigua libertad a pesar de que no existe ya ni su situación ni su suelo.”

<sup>67</sup> FERRARESE, 2006, p. 7. Tradução livre: “que tinha selado a paz de Westfália se transforma no novo mote *Cuius regio eius oeconomia*, o qual estabelecia limites diversos para a política e para a economia”.

<sup>68</sup> Ibid., p. 7-8. Tradução livre: “A partir daquele momento, a assimetria entre o espaço da política e o espaço da economia, que não era novidade, mostrava-se em toda a sua evidência: o primeiro aparecia estático e predeterminado, criado para durar em sua configuração pré-definida, o segundo surgia dinâmico e em movimento, disponível para a mudança e para as sempre novas definições. Um marcado por rígidas delimitações, o outro voltado constantemente à superação das mesmas.”

<sup>69</sup> MÜLLER, 2004, p. 80: “Um Estado, também o Estado Constitucional, é organização formal. Não é nada de imediato; a Constituição não pode descrever, receber, representar de forma naturalista. O Estado (Constitucional) bem como a Constituição são configurações ou textos de mediação.”

<sup>70</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 75.

Nesse aspecto, Norberto Bobbio identifica três formas de libertação correspondentes às “três estruturas de poder que podem ser encontradas em toda sociedade, ou seja, o sistema cultural, o sistema de produção e o sistema político”,<sup>71</sup> razão pela qual o condicionamento humano decorre desses três sistemas e pode suprimir a liberdade pela via ideológica, econômica ou política. Assim, a luta pela liberdade também percorreu e ainda percorre uma tríplice direção que merece uma reflexão aprofundada e um constante revigoreamento histórico pelo Poder Constituinte do povo, pois “o Estado não é nem ‘titular’ nem ‘fonte’ dos poderes do Estado”,<sup>72</sup> de tal modo que o caminho percorrido pela cultura jurídica europeia na afirmação da liberdade atentou para uma progressiva direção, ou seja:

*a) como libertação da superstição religiosa, ou, em geral, de todas as formas de dogmatismo das idéias que obstaculizam o avanço da filosofia esclarecedora e da ciência libertadora, impedindo o livre desenvolvimento das opiniões, a ampliação do saber, o real conhecimento da posição do homem no mundo; b) como libertação dos vínculos de uma estrutura econômica que defende privilégios históricos tornados anacrônicos, freia a iniciativa do capitalismo nascente, a livre expansão de novas camadas dedicadas à produção de novos bens e à conquista de novos mercados, o desenvolvimento das novas forças produtivas; c) como libertação de um sistema político e legislativo concentrado num restrito círculo de dominantes que transmitem o poder hereditariamente, um poder incontrolado, arbitrário, despótico, concentrado, diante do qual o indivíduo singular não desfruta de nenhuma garantia contra o abuso do poder.*<sup>73</sup>

O sentido liberal-democrático presente e assumido na síntese de Norberto Bobbio, na qual o autor conclui que a liberdade na Europa decorre do triunfo “contra a opressão religiosa, contra a opressão econômica e contra a opressão política”,<sup>74</sup> aponta para a constatação de que tal processo teria concebido “uma civilização secularizada contra os regimes sacerdotais, de livre iniciativa contra os impérios burocráticos onde a economia é regulada pelo alto, democrática contra o domínio de um ou de poucos”.<sup>75</sup> Mas Bobbio igualmente observa que a liberdade econômica de possuir e “acumular bens ilimitadamente”<sup>76</sup> poderia quando muito ter como consequência a liberdade em face do trabalho, mas não trabalhar jamais constituiu pressuposto, pois sempre foi “considerado um privilégio e não um direito”.<sup>77</sup> E tal realidade dimensiona a importância do Poder Constituinte do povo e da soberania democrática em

---

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>72</sup> MÜLLER, 2004, p. 78: “A totalidade destes, a saber, ‘todo e qualquer poder do Estado’, emana do povo. O Estado é a sua instância de realização.”

<sup>73</sup> BOBBIO, 1997, p. 79.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 80-81.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>77</sup> *Ibid.*



qualquer debate sobre o futuro da humanidade,<sup>78</sup> dado que se uma existência digna pressupõe o direito ao trabalho, não menos importante é o meio ambiente e o contexto cultural em que aquele é exercido. Vale dizer, o respeito aos direitos humanos constitui pressuposto para a sobrevivência do gênero humano e, ao mesmo tempo, não há mais como negar que “o limite do sistema econômico atual é ecológico”,<sup>79</sup> diante do que com acerto Friedrich Müller observa que:

As garantias de direitos e liberdades de um número cada vez maior de países existem somente no papel disponibilizado para tal fim. Um número cada vez menor de sociedades conhece a imprensa livre, canais livres de rádio e TV, a livre discussão pública; em contrapartida, um número cada vez maior de sociedades conhece a tortura e o terror. Num número cada vez mais reduzido de países o povo tem chances efetivas de exercer o poder que lhe é atribuído pelos textos ideológicos bem como pelos textos jurídicos e que simultaneamente é exercido na práxis sem e contra o povo. Os povos são fraudados sempre de novo – justamente na ‘constituição’ de uma Constituição autoritariamente imposta com a realização mecânica de referendos cognitiva e volitivamente iliberais – com vistas ao pouco que poderia ser realizado por meio de procedimentos e decisões.<sup>80</sup>

É significativo, portanto, que a análise de Carré de Malberg (1861-1935), ao evidenciar que o conceito de poder constituinte é antes sufocado que desenvolvido no conceito de nação,<sup>81</sup> seja corroborada por Friedrich Muller numa perspectiva crítica e de superação de tal limitação.<sup>82</sup> Ocorre que tal sufocamento encontra o seu esgotamento de modo especial diante da debilidade do Estado autocrático e de sua carência de legitimidade social, o que acaba por ensejar as condições para uma maior efetividade dos direitos da pessoa humana

<sup>78</sup> MÜLLER, 2004, p. 131: “Devemos proceder cuidadosamente com expressões (aparentemente tão simples, na verdade) tão complexas como ‘povo’ ou seu ‘poder constituinte’. O trabalho sóbrio de textos de normas positivamente instituídos deve ser preferido a especulações do tipo de que o antes discutido poder constituinte teria sido fornecido como dado orientador prévio sem o texto da norma: e.g. ‘como direito natural’, ‘sempre em estado de natureza’, ‘pré-constitucionalmente’, ‘em termos político-existenciais’ ou justamente também ‘em termos de direito ágrafo, consuetudinário’”.

<sup>79</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 150.

<sup>80</sup> MÜLLER, 2004, p. 137-138.

<sup>81</sup> CARRÉ DE MALBERG, 2001, p. 1219: “En un país de soberanía nacional, únicamente la nación, *actuando mediante el conjunto de sus órganos*, es soberana; ninguno de los órganos, considerado en particular, ni aun el órgano constituyente, puede ser soberano.” (grifo do autor). É necessário ter presente que Carré de Malberg observa que “por nación entienden los fundadores del principio de la soberanía la colectividad ‘indivisible’ de los ciudadanos, es decir, una entidad extra-individual, luego también un ser abstracto, el mismo, en definitiva, que encuentra su personificación en el Estado.” (Ibid., p. 96).

<sup>82</sup> MÜLLER, 2004, p. 136: “O ‘poder constituinte’ apareceu na história como nome ideológico, como ideologia do Estado da burguesia. Ele também não se referiu à autodeterminação do povo, mas à ‘constituição da Constituição(!)’ precisamente segundo o modo do aparelho de Estado burguês (mediador, abstraidor). Mas onde o povo pudesse constituir uma Constituição realidade, por conseguinte, autodeterminar-se, a *utilização ideológica* tornar-se-ia obsoleta; isso também à medida que ela ainda acompanha como uma sombra a *utilização juspositiva* da fórmula, aqui registrada.” (grifo do autor).

nos diversos contextos culturais e comunitários.<sup>83</sup> E tal desiderato humanista sempre foi e ainda é atual ao pautar e definir – com renovada inspiração e alento na reflexão de Hannah Arendt – o sentido do esforço de racionalizar a vontade<sup>84,85</sup> tendo presente que a cidadania consiste no direito de ter direitos,<sup>86</sup> o que continua a exigir um espaço público que assegure a liberdade humana.<sup>87</sup> E é somente nesse espaço público que se faz possível a afirmação democrática de uma realidade constitucional que assegure e viabilize a autodeterminação dos povos, pois desde quando a existência do ser humano logrou conquistar sua emancipação diante dos eventos históricos e da natureza e passou a ser dada pelas opiniões e ações dos indivíduos enquanto agentes da sua história,<sup>88</sup> é papel da própria humanidade assegurar “o direito de ter direitos, ou o direito de cada indivíduo de pertencer à humanidade”.<sup>89</sup>

O direito e a liberdade do ser humano pressupõem um espaço público no qual, tendo presente a interdependência em questões de interesse comum e a necessária colaboração entre os povos e as diversas culturas, o indivíduo seja reconhecido e o Poder Constituinte do povo possa expressar plenamente a soberania democrática.

---

<sup>83</sup> ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 331.

<sup>84</sup> ARENDT, Hannah. *A vida do espírito*: v. II – querer. Tradução: João C. S. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 108: “A Vontade diz à memória o que deve reter e o que deve esquecer, diz ao intelecto o que deve escolher para o seu entendimento. A Memória e o Intelecto são ambos contemplativos e, como tais, passivos; é a Vontade que os faz funcionar e eventualmente ‘os liga um ao outro’. E só quando pela virtude de um deles, a saber, a Vontade, os três são ‘forçados a serem um só é que falamos de *pensamento*’ – *cogitatio* – que Agostinho, jogando com a etiologia, deriva de *cogere* (*coactum*), forçar a juntar-se, unir pela força.” (Grifo do autor).

<sup>85</sup> LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979, p. 110-111: “O livre-arbítrio da vontade, aponta Hannah Arendt, é um dos temas recorrentes em Santo Agostinho, que nele surge cristãmente a partir do seu interesse sobre a causa do mal. A lei, diz Santo Agostinho na leitura de Hannah Arendt, não se dirige apenas à mente, pois neste caso ela só revelaria, mas também à vontade, porque ela é comando. Por isso, a faculdade de escolha em Santo Agostinho não é a seleção de meios para se chegar a um fim – como na *proairesis* aristotélica – mas sim a escolha entre *velle* e *nolle*, querer e não querer. O conflito entre *velle* e *nolle*, por outro lado, não surge para ele do embate entre a mente e a vontade, nem da cisão entre a carne e o espírito como em São Paulo, mas sim da luta interna da própria vontade. Em outras palavras, se é da natureza da vontade, como faculdade, comandar e ser obedecida, também é de sua natureza resistir [...]. Se é, portanto, a mente que diferencia o homem dos demais animais, o *três em um* deve ser encontrado na sua estrutura. Daí memória, intelecto e vontade como faculdades mentais. Memória e intelecto, no entanto, diz Santo Agostinho, são faculdades contemplativas. É a vontade que as unifica ao dizer à memória o que ela deve reter, e ao intelecto o que ele deve escolher para alcançar a compreensão. A vontade é, portanto, para Santo Agostinho, a força unificadora do aparato sensorial do homem na sua relação com o mundo das aparências e a faculdade integradora de suas aptidões mentais. Ela se redime pelo início da ação. Em Santo Agostinho, na sua conceptualização de São Paulo, esta ação é perdurável quando se transforma em Amor, que confere à vontade o peso que arresta as flutuações da alma.” (Grifo do autor).

<sup>86</sup> ARENDT, 1989, p. 330.

<sup>87</sup> LAFER, 1988, p. 166.

<sup>88</sup> ARENDT, 1989, p. 330.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 332.

## 2 O DIREITO E A LIBERDADE DO SER HUMANO

Tomás de Aquino (1225-1280) buscou na Antiguidade Clássica a concepção da sociedade enquanto ambiência decorrente de um fato natural e identificou como objetivo do poder assegurar imediatamente o bem comum,<sup>90</sup> para o que também devia, mediatamente, auxiliar a Igreja na sua missão de salvar os seres humanos. Assim, o pensamento escolástico sustentou que o direito escrito visa ao justo, incorpora a Lei Natural e fundamenta a Lei Divina, de tal modo que poder temporal e espiritual se confundem.<sup>91</sup> Mas é no surgimento do Estado-nação enquanto núcleo do poder que se configura a superação do feudalismo e surgem os fundamentos do contratualismo,<sup>92</sup> tendo sido colocado por Thomas Hobbes (1588-1679),<sup>93</sup> na leitura de Norberto Bobbio, o paradoxo *anarquia no estado natural* ou *servidão no estado civil*, que o mesmo pensador italiano sintetiza na dicotomia: *paz sem liberdade* ou *liberdade sem paz*.<sup>94</sup> A segurança, para Hobbes, é comprada ao preço da servidão, com a renúncia ao direito natural.<sup>95</sup>

Por outro lado, John Locke (1632-1704) buscou a integração do estado de natureza de tal modo que permitisse a instauração de um Estado que obtivesse os benefícios da sociedade civil sem perder os da sociedade natural,<sup>96</sup> pelo que no Estado liberal o ser humano renuncia

<sup>90</sup> AQUINO, 2005, v. 4, p. 524-525 (I-II, Q. 90, a. 2, rep.). É bastante difundida a lição do filósofo do século XIII aos governantes: “Portanto, é necessário que, dado que a lei se nomeia maximamente segundo a ordenação ao bem comum, qualquer outro preceito sobre uma obra particular não tenha razão de lei a não ser segundo a ordenação ao bem comum. E assim toda lei ordena-se ao bem comum” (*In: Suma teológica*, I-II, Q. 90, a. 2, rep.).

<sup>91</sup> HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Europa-América, 1996, p. 143: “Na esteira de Aristóteles, São Tomás aceitava a existência de uma ordem natural das coisas, tanto físicas (*entia physica*) como humanas (*entia moralia*), ordem já constatada pelos clássicos e que era confirmada pela crença cristã num Deus inteligente e bom, criador e ordenador do mundo. Pelo menos, a teoria escolástica das ‘causas segundas’ era nesse sentido. A cada espécie assinou Deus (como ‘causa primeira’) uma lei natural (‘causa segunda’) – o fogo sobe, por natureza, os corpos pesados caem, etc. -, salvo caso de milagre (*i.e.*, salvo intervenção extraordinária de Deus).”

<sup>92</sup> MÜLLER, 2004, p. 23-24: “O discurso da soberania do povo expressa que ‘o’ povo tenha lutado por uma forma de sociedade que superaria futuramente o sistema feudal e o seu fator monárquico. Esse novo sistema carecia de um Estado no qual – diferentemente do estado feudal – tudo dependia decisivamente da soberania. O novo princípio social carecia do Estado executivo unitário, centralista, burocratizado. Uma necessidade costuma ser formulada quando inicia a sua efetivação. Primeiro vieram as transformações sociais, não em último lugar econômicas, depois a sua reflexão na reivindicação da soberania.”

<sup>93</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução: João Paulo Monterio; Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 1997, Capítulo XIV, p. 113: “a lei e o direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem à mesma matéria.”

<sup>94</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução: Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: UnB, 1995b, p. 45.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 381 (*Segundo tratado sobre o governo*, cap. II, n. 4): “Para entender o poder político corretamente, e derivá-lo

apenas ao direito de fazer justiça com as próprias mãos.<sup>97</sup> A propriedade surge do trabalho, e o Estado é constituído para preservar esta e a vida, sendo resultado de um consenso que reconhece o direito natural, a subordinação do Poder Executivo ao Legislativo, o poder limitado e o direito de resistência.<sup>98</sup> No entanto é na obra *Do contrato social*, escrita em 1757, que Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) consagra a *soberania popular*,<sup>99</sup> dado que a renúncia à liberdade natural em favor de uma liberdade mais plena se expressa na *vontade geral*, a qual é inalienável,<sup>100</sup> de tal modo que, nas palavras de Bobbio, o pensador iluminista francês “desenvolve a teoria de Hobbes em sentido democrático”.<sup>101</sup> Para Rousseau “o que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto aventura e pode alcançar. O que com ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui”.<sup>102</sup>

Assim, na acurada análise de Bobbio, para o liberal Locke a liberdade é o não-impedimento pelo poder, sendo o Estado correspondente “tanto mais ao ideal quanto mais suas ordens forem limitadas”<sup>103</sup> na salvaguarda da liberdade natural, enquanto que para o democrata Rousseau a ideia de liberdade reside sobremaneira na autonomia, sendo o Estado “tanto mais perfeito quanto mais suas ordens exprimirem a vontade geral”.<sup>104</sup> Liberdade que não é, para Rousseau, a desordem dos instintos, mas a participação consciente e de acordo com a lei do Estado.<sup>105</sup> Na reflexão de Bobbio se faz possível identificar as três fórmulas: *liberdade (diante) do Estado* (Locke), *servidão no Estado* (Hobbes) e *liberdade no Estado* (Rousseau).<sup>106</sup>

A referência aos jusnaturalistas de corte contratualista (Hobbes, Locke e Rousseau) ajuda a compreender a dimensão transcendental assumida pelo Poder Constituinte do povo nos debates que se seguiram e a inevitável reação em defesa de sua imanência,<sup>107</sup> pois “o

---

de sua origem, devemos considerar o estado em que todos os homens naturalmente estão, o qual é um estado de *perfeita liberdade* para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem.”

<sup>97</sup> BOBBIO, 1995b, p. 46.

<sup>98</sup> Ibid., p. 38-41.

<sup>99</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 74 (Livro I, 7): “o corpo político ou o soberano, não existindo senão pela integridade do contrato, não pode obrigar-se, mesmo com outrem, a nada que derogue esse ato primitivo, como alienar uma parte de si mesmo ou submeter-se a um outro soberano.”

<sup>100</sup> Ibid., p. 85 (Livro II, 1).

<sup>101</sup> BOBBIO, 1995b, p. 46.

<sup>102</sup> ROUSSEAU, 1997, p. 77 (Livro I, 8).

<sup>103</sup> BOBBIO, 1995b, p. 48.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Ibid., p. 47.

<sup>107</sup> MÜLLER, 2004, p. 24: “No quadro do Estado burguês sistematicamente organizado e da soberania popular, o povo foi para o ato da constituição da Constituição novamente a instância à qual o poder correspondente deveria ser atribuído – e isso justamente também porque somente podia ser ‘o’ povo que estava lutando por

problema fundamental dos teóricos da soberania sempre foi apresentá-la não como um simples poder, como um poder de fato, mas como um poder de direito”.<sup>108</sup> É, todavia, inegável a contribuição destes pensadores na busca de uma ordem racional que permita construir “um sistema universal do direito, ou seja, um sistema válido para qualquer tempo e para qualquer lugar”,<sup>109</sup> mas, ainda nas palavras de Bobbio, acabaram estudando o “mundo da história com os mesmos instrumentos conceituais com os quais os físicos estudaram o mundo da natureza, e, ao fazer isso, terminaram – o que não deve parecer um trocadilho – por ‘desnaturá-lo’”.<sup>110</sup> Foram, entretanto, realistas justamente na tentativa de identificar o espaço de liberdade diante do poder estatal, pois com isto reconheceram, cada um com seus limites, pressupostos e conclusões, a autonomia do Estado diante da sociedade, no que confirmaram a preocupação de Nicolau Maquiavel (1469-1527) ao identificarem uma expressiva autonomia de tal dimensão<sup>111</sup> da política,<sup>112</sup> dado que para o pensador político da renascença florentina “virtudes são as qualidades idôneas à conservação do Estado, vícios são as que levam à destruição do Estado”.<sup>113</sup> E tal concepção encontra em Hobbes o limite extremo quando o mesmo sustenta que “não existe uma razão universal sobre a qual há acordo dentro da nação, além da razão daquele que tem o poder soberano”,<sup>114</sup> sendo revelador que em outra passagem da mesma obra observe que “o que faz uma lei não é a sabedoria, e sim a autoridade”.<sup>115</sup>

Tendo presente o sentido de ordem enquanto contraface da liberdade na obra dos contratualistas, resta inequívoco que a “ideologia estatista”,<sup>116</sup> conforme bem apanhado por Manuel Hespanha, representou o “abandono dos pontos de vista historiográficos”<sup>117</sup> e

---

um Estado de novo tipo, que era tanto *fundamentado* por uma Constituição (escrita) – nesse sentido contra o princípio monárquico enquanto expressão da sociedade feudal – quanto também *limitado* (para fins de liberação da nova camada social dominante).”

<sup>108</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 239.

<sup>109</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 31.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>111</sup> GRAU, Eros. Mercado, Estado e Constituição. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos Constitucionais Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 211-221, p. 218: “Pois ainda que em teoria se admita a ausência do Estado produtor de *direito posto* exercendo a função de garantidor dessa unificação e homogeneização, a ausência da *política* é inadmissível.”

<sup>112</sup> MACHIAVELLI, 2003, p. 216: “se um príncipe fizer o que precisa para vencer e sustentar-se no governo, os meios que ele empregar sempre serão julgados honoráveis e louvados por todos”.

<sup>113</sup> BOBBIO, 1995b, p. 14.

<sup>114</sup> HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004, p. 54.

<sup>115</sup> HOBBS, 2004, p. 37. Vide notas [145](#) e [1236](#).

<sup>116</sup> HESPANHA, 1986, p. 41.

<sup>117</sup> *Ibid.*

implicou uma “brutal redução do imaginário político”,<sup>118</sup> pois antes a Europa “vivera num universo político plural”<sup>119</sup> com “diferentes centros autônomos de poder, sem que isto pusesse problemas, nem de ordem prática, nem de ordem teórica”.<sup>120</sup> Neste contexto está presente a

tensão imanente do poder constituinte dentro do Estado, no qual Hespanha destaca que “apesar do imaginário da unidade instituído pelo estatalismo, as revoluções do século passado criaram mecanismos novos na periferização do poder (como a burocracia)”.<sup>121</sup> E neste aspecto Max Weber identifica com precisão a “administração burocrática” com a “dominação em virtude do conhecimento”,<sup>122</sup> sendo este “seu caráter fundamental especificamente racional”.<sup>123</sup>

É, todavia, Michel Foucault quem alerta para o fato histórico de a “teoria jurídico-política da soberania”<sup>124</sup> ter desempenhado quatro papéis, ou seja: 1º) referência ao mecanismo de poder efetivo da monarquia; 2º) instrumento e justificativa para a constituição das grandes monarquias administrativas; 3º) instrumento das lutas políticas em relação aos sistemas de poder (representantes da realeza e últimos vassallos, católicos e protestante, aristocratas e parlamentares) dos séculos XVI e, sobretudo, XVII; e, por último, a 4º) construção de um modelo de democracia parlamentar alternativo ao das monarquias absolutistas. Ocorre que nos séculos XVII e XVIII surge uma nova mecânica de poder incompatível com as relações de soberania, dado que “apóia-se mais nos corpos e seus atos do que na terra e seus produtos”,<sup>125</sup> pois “permite extrair dos corpos tempo e trabalho mais do que bens e riqueza”.<sup>126</sup>

---

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> Ibid.

<sup>120</sup> Ibid.

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva*. Tradução: Regis Barbosa; Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1999, v. 1, p. 147.

<sup>123</sup> Ibid. No mesmo sentido Weber explicita: “uma vez que a administração burocrática é por toda parte – *ceteris paribus* – a mais racional do ponto de vista técnico-formal, ela é pura e simplesmente inevitável para as necessidades da administração de massas (de pessoas ou objetos)” (Ibid., p. 146). Mas os limites de tal imanência da burocracia são explicitados por Reinhold Zippelius: “Segundo a perspectiva do tipo ideal, a competência técnica encontra limites na sua função meramente instrumental. Cabe-lhe apontar qual a via técnica que permite alcançar os objetivos previamente definidos. No entanto, não possui qualquer qualificação especial para tomar decisões acerca dos objetivos políticos a atingir em última instância. Esta limitação da competência técnica reflete-se no facto de os ministérios serem encabeçados por políticos que representam um *engagement* de natureza diferente daquela que corresponde ao caráter instrumental do simples assessor competente na matéria, designadamente um *engagement* a favor de objetivos políticos cuja seleção não é uma questão de meros conhecimentos técnicos” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 12. ed. Lisboa: Calouste, 1997, p. 499, grifo do autor).

<sup>124</sup> FOUCAULT, 2007, p. 186-187. Também em: FOUCAULT, 1999, p. 41.

<sup>125</sup> Ibid., p. 187. Também em: FOUCAULT, 1999, p. 42.

<sup>126</sup> Ibid. Também em: FOUCAULT, 1999, p. 42.

A teoria da soberania, ainda assim, continuou existindo como uma “ideologia do direito”<sup>127</sup> e como “princípio organizador dos grandes códigos jurídicos”,<sup>128</sup> dado que “ela foi, no século XVIII e ainda no século XIX, um instrumento permanente de crítica contra a monarquia e todos os obstáculos capazes de se opor ao desenvolvimento da sociedade disciplinar”,<sup>129</sup> bem como por permitir, junto com a codificação, a sobreposição de “um sistema de direito que ocultava seus procedimentos e técnicas de dominação, e garantia o exercício dos direitos soberanos de cada um através da soberania do Estado”.<sup>130</sup>

Assim, as concepções transcendentais e imanentes do poder constituinte continuam presentes nos dias de hoje, pelo que se observa uma alternância histórica de ênfase entre uma e outra solução. Nesse aspecto mais uma vez tomam destaque as palavras de Norberto Bobbio, pois quando reflete sobre a matriz jusnaturalista de Immanuel Kant (1724-1808) afirma que o pensamento deste “pode ser considerado como uma síntese das doutrinas iluministas do Estado”<sup>131</sup> e encontra nele “tanto a afirmação dos direitos naturais como a teoria da separação dos poderes, ou a da vontade geral, como fundamento do poder de fazer leis”.<sup>132</sup> É significativo, portanto, que Kelsen tenha levado ao extremo tal concepção filosófica e dela tenha extraído os fundamentos de seu compromisso democrático ao procurar limitar e mesmo negar a presença das relações de poder no direito, pelo que apontou que “o poder físico, um mero fenômeno natural, nunca pode ‘ser soberano’ na acepção apropriada da palavra”,<sup>133</sup> sendo que:

O Estado na sua capacidade de autoridade jurídica deve ser idêntico à ordem jurídica nacional. Dizer que o Estado é soberano significa que a ordem jurídica nacional é uma ordem acima da qual não existe nenhuma outra. A única ordem que se poderia supor como sendo superior à ordem jurídica nacional é a ordem internacional. Assim, a questão de saber se o Estado é soberano ou não coincide com a questão de saber se o Direito internacional é ou não ordem superior ao Direito nacional.<sup>134</sup>

A indagação de Kelsen, por óbvio, estava voltada para saber qual ordem jurídica “deriva seu fundamento de validade, a sua norma fundamental relativa, de outra ordem superior”,<sup>135</sup> pois o problema da soberania não é um problema de conhecer as propriedades de um objeto natural, razão pela qual se posiciona no sentido de que “o Direito internacional,

---

<sup>127</sup> Ibid., p. 188. Também em: FOUCAULT, 1999, p. 43.

<sup>128</sup> Ibid., p. 44.

<sup>129</sup> Ibid.

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> BOBBIO, 1995b, p.17.

<sup>132</sup> Ibid.

<sup>133</sup> KELSEN, 1998, p. 545.

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> Ibid.

através do princípio da eficácia, determina a esfera e o fundamento de validade da ordem do Direito nacional”,<sup>136</sup> sendo, por conseguinte, o conteúdo do próprio Direito que impõe a superioridade do plano internacional sobre o nacional.<sup>137</sup> Neste sentido cumpre referir a contribuição de Ari Marcelo Solon ao lembrar que, partindo do ponto de vista do direito internacional, “o princípio da efetividade passa a estar incluído na ordem jurídica, como conteúdo de uma norma positiva que determina o fundamento e o âmbito de validade dos Estados”.<sup>138</sup>

É, assim, certo o paralelo que Norberto Bobbio faz entre Weber e Kelsen, pois mesmo que o primeiro tenha enfatizado a imanência do poder constituinte com a realidade constitucional, enquanto o último tenha partido do reconhecimento da transcendência de tal poder originário, “o primeiro mobiliza a investigação daquilo que torna legítimo o poder (e é o direito), o outro, daquilo que torna efetivo o direito (e é o poder)”,<sup>139</sup> de tal modo que ambos chegam à mesma conclusão: “existe um poder legítimo distinto do poder de fato”.<sup>140</sup> Assim, “o direito público tradicional”<sup>141</sup> partia do poder para chegar ao direito buscando diferenciar o poder de fato do poder legítimo, enquanto Kelsen buscou o poder para tornar efetiva sua teoria normativa do direito. Vale dizer que ambos – Weber buscando a “legitimidade do poder”;<sup>142</sup> e Kelsen, a “efetividade do sistema normativo”<sup>143</sup> – renderam homenagem ao precursor do liberalismo, Thomas Hobbes,<sup>144</sup> pois, conforme já referido, “não é a sapiência,

---

<sup>136</sup> Ibid., p. 546.

<sup>137</sup> Ibid.

<sup>138</sup> SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma e da decisão*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 66. O autor identifica na obra de Kelsen, quando da personificação da ordem jurídica parcial da confederação, especialmente diante da ausência de uma nova pessoa jurídica sobre os Estados, “uma representação auxiliar da teoria do direito”, onde se observa “apenas a inexistência de um grau maior de centralização das normas”, razão pela qual pondera: “A teoria dissolve a substância da pessoa em uma função de um processo em movimento. A dogmática se prende à materialidade do conceito de pessoa. Kelsen, por um triz, não superou a dogmática jurídica.” (Ibid., p. 73).

<sup>139</sup> BOBBIO, 2000, p. 240.

<sup>140</sup> BOBBIO, 2000, p. 240.

<sup>141</sup> Ibid.

<sup>142</sup> Ibid.

<sup>143</sup> Ibid.

<sup>144</sup> Sobre tal particularidade Ricardo Camargo registra que o esforço de “inferir os direitos e deveres naturais não de uma forma exterior aos homens, mas da própria dinâmica das relações entre eles” decorre da percepção de Hobbes, contemporâneo das guerras religiosas, da “fragilidade da doutrina do direito divino dos reis para a fundamentação da obediência dos súditos”, pelo que o grande pensador contratualista busca no dado concreto da necessidade de sobrevivência do ser humano a sustentação da coerção e reconhece que “o soberano é instituído não por determinação de qualquer força externa, mas por ato voluntário cujo fundamento de validade radica na lei natural”, sendo que com acerto também pondera: “Mc Pherson observa que esta visão contratualista do Estado bem se prestava, na sociedade de mercado possessivo, onde surgem interesses competitivos opostos, à manutenção de uma concorrência pacífica.” (CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Breves apontamentos sobre a presença do pensamento hobbesiano na hodierna concepção de segurança. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 165-166, abr./jun. 1994, p. 163). Nestes termos já apontou Georg Jellinek: “La teoría del origen humano del poder del príncipe conduce, desde Hobbes – que es el primero en no dar a la soberanía del poder del Estado un carácter de hecho como Bodino –, a la



mas a autoridade que cria a lei”.<sup>145</sup> Este é o paradoxo do poder constituinte: definir os modelos de poder ao mesmo tempo em que identifica e legitima a sua própria fundação. É assim que Antonio Negri se reporta ao postulado de E. Boutmy – “*O poder constituinte é um ato imperativo da nação, que surge do nada e organiza a hierarquia dos poderes*” – e reverbera: “um poder que surge do nada e organiza todo o direito.”<sup>146</sup> No que é elucidativo o ensinamento de Miguel Reale ao asseverar que:

[...] as regras jurídicas se desenvolvem na experiência histórica também como resultado da *complementaridade essencial e inseparável* existente entre a experiência jurídica pré-categorial e a experiência jurídica cientificamente ordenada, numa *contínua interpenetração de influências*, sem a qual não se abrange o complexo mundo do Direito.<sup>147</sup>

É vigoroso o desvelar da liberdade do ser humano ao longo de muitos séculos após a superação do feudalismo, pois o caráter dinâmico, dialético e integrado desse processo se depara permanentemente com o problema da decisão e nele encontra a dimensão plural da experiência jurídica, a qual hoje tende a transcender o Estado na dimensão puramente econômica. Ainda hoje, entretanto, reside no Estado a “instituição de mais ampla e positiva objetividade”,<sup>148</sup> o que assegura as condições para configurar um espaço público plural, aberto aos diversos contextos culturais e civilizatórios, sendo acessível ao universo de cidadãos de cada esfera estatal sem afastar a imprescindível “correlação essencial entre positividade e objetividade do Direito”<sup>149</sup> e a “‘graduação intra-sistemática’ das normas”.<sup>150</sup> É na esfera de atuação do Estado soberano que se fez possível potencializar a autonomia e a liberdade do ser humano com o constitucionalismo e o desenvolvimento dos “distintos círculos de experiência

---

superación de la doctrina del Estado de la escuela del Derecho Natural sobre la teoría de la soberanía popular, a la que considera como fundamento originario del Estado y de la Constitución. [...] El pueblo cede al rey todo el poder a título de precario, poder que en toda ocasión puede recobrar. El pueblo delega en el rey una parte de su poder, pero reserva el resto para ejercitarlo por sí mismo. El pueblo puede despojarse de su poder; el poder del pueblo es inalienable. Estos son los dos principios fundamentales que con innumerables variaciones se encuentran expresados en las doctrinas de los siglos XVII y XVIII, y que tienen un poderoso influjo en las luchas formidables de aquellos tiempos”. (JELLINEK, 2005, p. 569 e 570).

<sup>145</sup> BOBBIO, 2000, p. 241. Vide notas [115](#) e [1236](#). Neste particular Otfried Höffe refere o realismo da teoria de Kelsen: “Pelo fato de o direito positivo não entrar em vigor porque é reconhecido como eticamente certo (*‘non veritas facit legem’*), mas porque foi decidido pela respectiva autoridade jurídica (*‘sed auctoritas facit legem’*), a vigência positiva não tem, primeiramente, nenhuma outra condição, que a vontade (e o poder) da autoridade *jurídica*” (HÖFFE, 1991, p. 133).

<sup>146</sup> NEGRI, 2002, p. 8-9.

<sup>147</sup> REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 104.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> *Ibid.*

jurídica, os quais por sua vez se influenciam e se interpenetram, constituindo, em cada país, uma experiência jurídica global”.<sup>151</sup>

A vida de relação presente na convivência social consagra o direito em um espaço público e com ele assegura as condições para a liberdade do ser humano na comunidade e em face das diversas esferas de poder. A liberdade do ser humano não se efetiva sem o entendimento de todos os sujeitos da história e de seus atos enquanto manifestações do poder constituinte em suas dimensões imanente e transcendente, o que estabelece uma irreduzível interação entre direito e política na superação do arbítrio.

---

<sup>151</sup> Ibid.

### 3 LIBERDADE NEGATIVA E LIBERDADE POSITIVA

A distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva merece especial atenção diante das infinitas questões em que se faz presente e que estão postas nas ideias de direito, humanidade e cultura. Na reflexão de Norberto Bobbio, “a liberdade negativa é uma qualificação da ação”,<sup>152</sup> enquanto que “a liberdade positiva é uma qualificação da vontade”,<sup>153</sup> mas inequivocamente ambas se dão na vida de relação presente na convivência social, ainda que episodicamente seja possível falar em liberdade fora da relação entre seres humanos.<sup>154</sup> A liberdade negativa, portanto, “consiste em fazer (ou não fazer) tudo o que as leis, entendidas em sentido lato e não só em sentido técnico-jurídico, permitem ou não proibem (e, enquanto tal, permitem não fazer).”<sup>155</sup> A liberdade positiva, por sua vez, revela “a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer de outros”,<sup>156</sup> de tal modo que Bobbio também observa que: “Quando tomamos em consideração a liberdade negativa, o sujeito histórico a que nos referimos é geralmente o indivíduo singular; já quando o objeto de nosso discurso é a liberdade positiva, o sujeito histórico ao qual ela é habitualmente referida é um ente coletivo.”<sup>157</sup>

É da liberdade individual e ao mesmo tempo da autonomia ou autodeterminação do corpo social que se fala, pois, conforme Bobbio mesmo reconhece, também é conceitualmente possível falar em “liberdade negativa em favor de um sujeito coletivo, como é o caso, para dar um exemplo que é sempre de grande atualidade, de uma guerra de libertação nacional”,<sup>158</sup> bem como também é possível haver “liberdade positiva com referência a um indivíduo singular, ainda que o problema da autodeterminação individual seja mais um problema moral (e jurídico) do que político”.<sup>159</sup>

---

<sup>152</sup> BOBBIO, 1997, p. 52.

<sup>153</sup> Ibid., p. 52-53.

<sup>154</sup> Ibid., p. 48-49: “É perfeitamente lícito dizer que o homem conquistou a própria liberdade emancipando-se não apenas das restrições derivadas da sujeição do homem ao homem, mas também da submissão às forças naturais, assim como se pode dizer que um rio (ente natural) é livre para seguir o próprio curso quando não é impedido por um dique ou uma represa (que são obra do homem)”.

<sup>155</sup> Ibid., p. 49.

<sup>156</sup> Ibid., p. 51.

<sup>157</sup> Ibid., p. 57.

<sup>158</sup> Ibid., p. 58.

<sup>159</sup> BOBBIO, 1997, p. 58.

A liberdade também deve ser diferenciada entre a *liberdade em face de* e a *liberdade de (ou para)*, sendo que ambas expressam a liberdade de ação,<sup>160</sup> própria da liberdade negativa,<sup>161</sup> sendo indissociáveis, pois “historicamente, de fato, não pode existir demanda de uma *liberdade de (ou para)* que não implique também uma demanda de, pelo menos, uma *liberdade em face de* e vice-versa” (grifo do autor),<sup>162</sup> interdependência que não existe entre as demandas de liberdade negativa e de liberdade positiva.<sup>163</sup>

Assim, ao aprofundar o tema da relação entre direito e liberdade do ser humano, se faz necessário referir a contribuição dos dois grandes filósofos, que nos séculos XVIII e XIX, conceberam sistemas complexos nos quais, inspirados no entendimento de que todos os seres humanos sobre a Terra são igualmente filhos do mesmo criador do Universo, procuraram explicar a totalidade da realidade conhecida e nela a própria dimensão ética e jurídica. Nesse sentido, conforme referido alhures,<sup>164</sup> enquanto Hegel (1770-1831) sustenta seu sistema filosófico na universalidade concretizada pela história,<sup>165</sup> Kant (1724-1808) suscita um apriorismo que seja capaz de ordenar as condutas, eis que se ampara em um princípio de moralidade fundado na razão.<sup>166</sup> Logo, Kant verteu para uma máxima formal a ideia de imperativo categórico, pois esse é identificado pela sua universalidade, de tal modo que “é, portanto, único e pode ser descrito da seguinte forma: *age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”<sup>167</sup> (grifo do autor). Na reflexão de Kant, “os imperativos não são mais do que fórmulas para exprimir a relação entre as leis objetivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva da vontade desse ou daquele ser racional”.<sup>168</sup> Logo, para Kant “todos os imperativos ordenam, seja hipotética, seja categoricamente”,<sup>169</sup> sendo que os hipotéticos “representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de conseguir qualquer outra coisa que se queira (ou que é possível

<sup>160</sup> Ibid., p. 59: “tanto a *liberdade em face de* como a *liberdade de (ou para)* qualificam a ação”. (Grifo do autor).

<sup>161</sup> Ibid., 1997, p. 62: “nada tendo a ver com a liberdade enquanto autodeterminação.”

<sup>162</sup> Ibid., 1997, p. 61.

<sup>163</sup> Ibid.

<sup>164</sup> TORELLY, Paulo Peretti. *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição*: isonomia e república no direito constitucional e na teoria da constituição. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 154-163.

<sup>165</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 497: “A Razão na história não se mostra diretamente sem esforço. Seu sentido está imerso em meio às contingências. O Estado não deixa de estar pela mesma forma sujeito a essas contingências que mascaram a sua verdadeira essência. A racionalidade que ele expressa é, muitas vezes, nas suas manifestações empíricas, encoberta pela violência, pelos privilégios, pela sujeição do interesse coletivo ao privado, pela irracionalidade, enfim.”

<sup>166</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 51.

<sup>167</sup> Ibid.

<sup>168</sup> KANT, 2003, p. 45.

<sup>169</sup> KANT, 2003, p. 45.

que se queira)”,<sup>170</sup> enquanto que os categóricos representam “uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim.”<sup>171</sup>

A distinção kantiana atende ao domínio das técnicas, em que os imperativos hipotéticos descrevem condições dadas pela experiência (hipóteses) que, sendo satisfeitas, atingem o resultado pretendido, tal como, *v.g.*, o cálculo estrutural de uma obra de engenharia que suporte determinado peso. Os imperativos categóricos, entretanto, valem por si mesmos, tal como, invocando exemplos de dimensão universal, a vida e a dignidade dos seres humanos, dado que tais máximas independem de quem seja o ser humano em questão.

A concepção jusnaturalista de Kant, ao pretender assegurar a liberdade humana, desconsidera a universalidade concreta, identificada no sistema filosófico de Hegel no “espírito objetivo”, desenvolvido no direito, na moralidade e na eticidade, sendo que esta última se afirma em grau crescente em três instituições concretas da comunidade humana – *a família, a sociedade civil e o Estado* –, no que se destaca a conexão entre a sociedade civil (*bürgerliche Gesellschaft*) e o Estado (*Staat*)<sup>172</sup> em um explícito reconhecimento da fragilidade do indivíduo<sup>173</sup> em uma economia liberal que é levada ao imperialismo.<sup>174</sup> Para Kant a justiça tem como conteúdo a igualdade e a liberdade, o que é bem identificado por Joaquim Carlos Salgado ao observar que o filósofo de Königsberg “empreendeu pensar a justiça como uma idéia, cujos elementos de conteúdo são a igualdade e a liberdade, e realizar a sociedade segundo as idéias da Revolução Francesa”,<sup>175</sup> de tal modo que seu pensamento “configura o Estado liberal nascente.”<sup>176</sup> Já em Hegel a igualdade tem como conteúdo a liberdade, onde uma justiça substantiva obsta “um limite abaixo do qual o ser humano seria degradado, sem, contudo, fixar amarras para o desenvolvimento da liberdade de cada um, segundo a realidade da sua individualidade”.<sup>177</sup> Assim, com acuidade, Joaquim Carlos

---

<sup>170</sup> Ibid.

<sup>171</sup> Ibid.

<sup>172</sup> DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. 9. ed. Madrid: Taurus, 1998, p. 154.

<sup>173</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 208, § 244: “Quando um grande número de indivíduos desce além do mínimo de subsistência que por si mesmo se mostra como o que é normalmente necessário a um membro de uma sociedade, se esses indivíduos perdem, assim, o sentimento do direito, da legalidade e da honra de existirem graças à sua própria atividade e ao seu próprio trabalho, assiste-se então à formação de uma plebe e, ao mesmo tempo, a uma maior facilidade para concentrar em poucas mãos riquezas desproporcionadas”.

<sup>174</sup> Ibid., p. 209-210, § 246: “Nesta dialética que lhe é própria, a sociedade civil é impelida para lá dela mesma; tal definida sociedade é obrigada a procurar fora de si os consumidores e, portanto, os meios de subsistir, recorrendo a outros povos que lhe são inferiores nos recursos que ela possui em excesso, em geral na indústria”.

<sup>175</sup> SALGADO, 1996, p. 504-505.

<sup>176</sup> SALGADO, 1996, p. 505.

<sup>177</sup> Ibid.

Salgado observa que “a comunidade livre de Hegel só pode ser compreendida na consideração do momento da sociedade civil do mundo moderno, em que o trabalho é o valor fundamental, direito e dever dos indivíduos”,<sup>178</sup> o que não pode ser confundido com qualquer pretensão totalitária que anule a individualidade humana.<sup>179</sup>

As liberdades civis constituem expressão das liberdades negativas próprias da primeira dimensão dos direitos humanos,<sup>180</sup> sendo inerentes ao indivíduo singular, pois “são historicamente o produto das lutas pela defesa do indivíduo, considerado ou como pessoa moral (e, portanto, tendo um valor em si mesmo) ou como sujeito de relações econômicas”,<sup>181</sup> mas, conforme ainda destacado por Bobbio, não se pode esquecer que a luta contra regimes despóticos passa pela “reconquista das liberdades civis”<sup>182</sup> e pela “busca de uma nova e mais ampla participação popular no poder”.<sup>183</sup> Aqui ingressa o tema das dimensões (gerações)<sup>184</sup> dos direitos fundamentais, em que a unidade e a indivisibilidade destes no direito constitucional e no próprio direito internacional dos direitos humanos afirma as etapas de positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais (segunda dimensão), dos direitos de solidariedade e fraternidade (terceira dimensão),<sup>185</sup> bem como de uma quarta e quinta dimensões, sustentadas com propriedade por Paulo Bonavides, a primeira consagrando a

<sup>178</sup> Ibid.

<sup>179</sup> Ainda que a filosofia hegeliana tenha inspirado leituras conservadoras e progressistas, e mesmo sendo um sistema filosófico que ajude a explicar o fenômeno totalitário dentro da história, por certo não o justifica e sustenta racionalmente, pois a experiência revela que o próprio totalitarismo não é mais do que um fenômeno que, mesmo que eventualmente recrudesça, não se universaliza e com o tempo é invariavelmente superado pela própria história.

<sup>180</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 46, nota 86: “Os direitos fundamentais da primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental.”

<sup>181</sup> BOBBIO, 1997, p. 57.

<sup>182</sup> Ibid., p. 67.

<sup>183</sup> Ibid.

<sup>184</sup> Para evitar uma polêmica de cunho apenas terminológico, adota-se a expressão “dimensão”, pois a continuidade do processo histórico afasta qualquer possibilidade de segmentação, o que os críticos do termo “geração” identificam nesta última, sendo, todavia, sabido que os interesses econômicos e políticos alinhados com as estruturas de poder, quando lhes é conveniente e aparte qualquer circunstância retórica, negam a eficácia dos direitos fundamentais independentemente da dimensão em que se apresentam. É esclarecedora, ainda que posta com certa dose de eufemismo, a seguinte passagem de Norberto Bobbio (1997, p. 83): “onde o desenvolvimento foi ameaçado ou obstaculizado, ele não hesitou em assumir a forma das mais impiedosas ditaduras” (BOBBIO, 1997, p. 83). Em termos mais explícitos, Karl Polanyi aponta que: “A solução fascista do impasse atingido pelo capitalismo liberal pode ser descrita como uma reforma da economia de mercado, alcançada ao preço da extinção de todas as instituições democráticas, tanto no campo industrial como no político.” (POLANYI, Karl. *A grande transformação*: as origens da nossa época. Tradução: Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 276).

<sup>185</sup> SARLET, 2009, p. 55: “Os direitos da primeira, da segunda e da terceira dimensão (assim como os da quarta, se optarmos pelo seu reconhecimento), consoante lição já habitual na doutrina, gravitam em torno dos três postulados básicos da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, que, considerados individualmente, correspondem às diferentes dimensões.”

democracia direta, a informação e o pluralismo, expressão da própria globalização dos direitos fundamentais,<sup>186,187</sup> e a última o direito à paz.<sup>188</sup> Mas é importante ter bem presente a correta assertiva de Norberto Bobbio ao observar, dentre tantos autores que se dedicam ao tema, que “os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação”,<sup>189</sup> sendo que o pensador italiano identifica três fases no desenvolvimento de tais direitos ao registrar que:

num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao* Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como conseqüência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio* do Estado.<sup>190</sup>

Nesse aspecto é ainda Bobbio quem identifica na autodeterminação da liberdade positiva uma “idéia-limite”<sup>191</sup> diante da dificuldade política de conceber, com assumida inspiração em Rousseau, “uma vontade coletiva de natureza tal que as decisões por ela tomadas devam ser acolhidas como a máxima e a melhor expressão da vontade de cada indivíduo”,<sup>192</sup> o que “não exclui que seja um ideal continuamente reproposto, nem que seja lícito considerar que um regime é tanto mais desejável quanto mais se aproximar desse ideal”.<sup>193</sup>

Hoje é possível constatar que a autorreferência dos juristas e o correlato monopólio do Estado na definição do jurídico convivem com uma crise de autoridade diante da pujança do poder econômico e de uma sensível hegemonia de segmentos monopolistas e especulativos no

<sup>186</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>187</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571: “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.”

<sup>188</sup> BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais & Justiça*: revista do Programa de Pós-graduação em Direito da PUCRS, Porto Alegre: PUCRS, a.2, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008.

<sup>189</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 32-33.

<sup>191</sup> BOBBIO, 1997, p. 70.

<sup>192</sup> BOBBIO, 1997, p. 69.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 70.

contexto global, em que notadamente ganha destaque o capital financeiro.<sup>194</sup> Ainda assim, a instabilidade da economia mundial e os limites de seu autogoverno – evidenciada pelo estouro da “bolha imobiliária” nos Estados Unidos em 15 de setembro de 2008 – tem pautado reivindicações de medidas estatais de “socorro” da ordem econômica e mesmo de segmentos específicos da iniciativa privada, o que recoloca a importância estrutural da soberania econômica dos Estados nacionais e com ela do espaço público e do próprio exercício da soberania democrática. Assim, a pretensão de conceber uma nova *lex mercatoria* no vértice da ordem jurídica, fazendo dela uma verdadeira norma hipotética fundamental planetária,<sup>195</sup> tensiona a reflexão quanto ao papel do constitucionalismo hoje na definição e na delimitação do espaço público e do espaço privado.<sup>196</sup>

Não é difícil constatar que a liberdade de um indivíduo ou mesmo de um povo para conformar o modo de vida desejado esbarra em outros valores e não pode ser ilimitada, pois, conforme lembra Isaiah Berlin, igualdade, justiça, felicidade, segurança e ordem pública são

---

<sup>194</sup> É reveladora a advertência do economista neokeinesiano Paul Krugman, ainda em 1999 em seu livro *The return of depression economics*, pois o prêmio Nobel de Economia de 2008 apontava a omissão dos governos diante da crise de demanda e o equívoco dos economistas que tratavam o tema da recessão como secundário ao demonstrarem excesso de confiança no livre mercado. Antes mesmo da atual crise econômica mundial, Krugman observava que: “Não me agrada a ideia de que as nações tenham a necessidade de interferir sobre o andamento dos mercados – que devam colocar limites ao livre mercado para protegê-lo. Mas é difícil imaginar que se possa continuar a evitar tais providências e acreditar que os mercados financeiros recompensem sempre a virtude e punam o vício.” (Texto original: “Non mi piace l’idea che le nazioni abbiano bisogno di interferire sull’andamento dei mercati – che debbano porre dei limiti al libero mercato, in modo da proteggerlo. Ma è difficile immaginare che si possa continuare a fare a meno di questi provvedimenti, e a credere che i mercati finanziari ricompensino sempre la virtù e puniscano il vizio.”). (KRUGMAN, Paul. *Il ritorno dell’economia della depressione: stiamo andando verso un nuovo ’29?* Tradução: Nicolò Regazzoni. Milano: Garzanti, 2001. p. 198).

<sup>195</sup> FERRARESE, Maria Rosaria. *Le istituzioni della globalizzazione*. Bolonha: Mulino, 2000, p. 107: “Per la verità, il nodo che legava le imprese al paese d’origine non è mai stato un nodo gordiano: caratterizzandosi il mercato, fin dalle origini mercantiliste, come un non-luogo, piuttosto che come un luogo, il vincolo territoriale non è mai stato determinante per le imprese; ma la mobilità delle imprese è enormemente cresciuta grazie allo sviluppo tecnologico e alla liberalizzazione dei mercati finanziari degli ultimi decenni.” [...] “la mobilità delle imprese transnazionali è da ascrivere anche all’importante ruolo svolto dalle *transnational law firms*, che elaborano nuove forme di sapere giuridico per assecondare gli scopi di profitto delle imprese e per accrescere la loro capacità di mercato e di investimento al di fuori dei confini statali.” (Tradução livre: “Na verdade, o elo que ligava a empresa ao país de origem nunca foi um nó górdio: caracterizando-se o mercado, desde as origens mercantilistas, como um não lugar, mais do que como um lugar, o vínculo territorial nunca foi determinante para a empresa; mas a mobilidade das empresas cresceu enormemente graças ao desenvolvimento tecnológico e à liberalização dos mercados financeiros das últimas décadas” [...] “a mobilidade das empresas transnacionais é devida também ao importante papel das *transnational law firms*, que elaboram novas formas de saber jurídico para favorecer os propósitos de lucros das empresas e para aumentar sua capacidade de mercado e de investimento fora dos limites estatais.”).

<sup>196</sup> MÜLLER, Friedrich. A limitação das possibilidades de atuação do Estado-nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência. Tradução: Peter Naumann. In: BONAVIDES, Paulo (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 208-218. p. 216.



apenas alguns exemplos óbvios de tal limitação.<sup>197</sup> Uma vez que os fins humanos são muitos e nem todos em princípio são compatíveis, as escolhas são inevitáveis, razão pela qual com acerto o mesmo pensador consagrado por sua obra libertária observa que a liberdade não é “o único critério ou mesmo o critério dominante da ação social.”<sup>198</sup> Algumas necessidades não são essenciais e podem ser sacrificadas em nome de “valores mais elevados – que satisfazem necessidades mais profundas – do que a liberdade individual, determinados por algum padrão que não é meramente subjetivo, um padrão para o qual um *status* objetivo – empírico ou *a priori* – é reivindicado.”<sup>199</sup> É, portanto, falsa qualquer pretensão humana de conceber “soluções finais e sistemas únicos e abrangentes, de eternidade garantida”,<sup>200</sup> o que não impede cada povo de reconhecer ao seu modo a liberdade e a igualdade enquanto fins em si mesmos e não meras necessidades temporárias e contingentes, pois “o respeito pelos princípios de justiça, ou o opróbrio pela desigualdade grosseira de tratamento, é tão básico nos homens quanto o desejo de liberdade”.<sup>201</sup> Pontes de Miranda, com a acuidade própria de sua reflexão, identificou a importância de tal equilíbrio ao observar que:

Quando o quantificador universal “todos” intervém a respeito de princípio de liberdade ou de democracia, já se trata de princípio composto (de liberdade ou de democracia e de igualdade). Em “Todos são livres” está implícito o princípio da igualdade: “Nenhuma diferença há quanto à liberdade”, “Todos são iguais em liberdade”. Isso mostra que a combinação dos três elementos é o sentido mesmo da evolução social. As leis de crescente simetria presidem à ascensão dos povos e à eficácia da política e da economia, como da moral e da cultura humanas.”<sup>202</sup>

A liberdade não está confinada em uma única dimensão (pública, privada, política, econômica) e é inequívoco que uma hierarquia de valores sociais concebida de forma democrática pela soberania popular reforça ao mesmo tempo uma concepção republicana de limitação do poder e a tradição jurídica de máxima eficácia dos princípios superiores do ordenamento jurídico. Mesmo na tradição política liberal de forte contraposição entre Estado e sociedade civil – bem como na correlata noção de liberdade enquanto ausência de interferência (liberdade negativa) e de forma especial na noção de liberdade garantida pela lei (liberdade positiva) – está presente uma relação dialética que pressupõe a liberdade no direito,

---

<sup>197</sup> BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 226-272, p. 271.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>201</sup> BERLIN, 2002, p. 271.

<sup>202</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1979, p. 386.

pois a própria concepção de liberdade negativa é expressão de regras jurídicas asseguradas pelo Estado de Direito.<sup>203</sup>

É emblemática e deve ser entendida em sentido histórico e normativo a definição de liberdade do Barão de Montesquieu (1689-1755) enquanto “o direito de fazer tudo o que as leis permitem”.<sup>204</sup> Ocorre que o sentido republicano de tal definição, lançada em 1748 com a edição da obra *De l'Esprit des lois*, acompanha a clássica defesa dos limites do poder estatal<sup>205</sup> e fica completo com a simplicidade da observação acerca das leis no sentido de que “se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder.”<sup>206</sup> Essa expressão da liberdade negativa – mesmo quando identificada por Benjamin Constant<sup>207</sup> com a liberdade individual em contraposição com a liberdade política – não invalida, portanto, o sentido democrático<sup>208</sup> da formação da *vontade geral* defendido por Rousseau e sua ideia de liberdade – lançada na antes referida obra *Du contrat social* na mesma França do séc. XVIII pré-revolucionário – enquanto “obediência à lei que se estatuiu a si mesma”,<sup>209</sup> pois os séculos que se seguiram testemunharam o esforço de conciliar os dois sentidos da liberdade no Estado de Direito Democrático e Ecosocial.

A vida e a vontade de viver com dignidade constituem dados da experiência histórica e cultural que impugnam qualquer ideal absoluto que pretenda sacrificar tais valores, porquanto, na realidade, devem definir a própria disciplina dos meios técnicos e científicos alcançados pela humanidade. Por tal razão o entendimento humano concebeu no curso da história a soberania enquanto conceito jurídico que conforma o Estado e com ele uma dada ordem para o ser humano viver em paz e prosperar com igualdade e liberdade. E tal desiderato se faz possível em face da dimensão normativa do necessário equilíbrio entre os sentidos negativo e positivo de uma mesma e única liberdade, a qual é conformada e assegurada de modo efetivo e adequado pelo constitucionalismo consagrado pelas decisões fundamentais do poder constituinte de cada povo.

---

<sup>203</sup> BARBERIS, Mauro. *Libertà*. Bologna: il Mulino, 1999, p. 141-142.

<sup>204</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão e La Brède e de. *Do espírito das leis*. [s/t] São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156.

<sup>205</sup> *Ibid.*, 1973, p. 157: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.”

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>207</sup> [Vide Seção 6 do Capítulo 3.](#)

<sup>208</sup> BOBBIO, 2000, p. 103.

<sup>209</sup> ROUSSEAU, 1997, p. 78. [Vide Seção 2 deste Capítulo.](#)

#### 4 SOBERANIA, PODER CONSTITUINTE E DIREITO

Na obra intitulada *A idéia de justiça em Kant*, Joaquim Carlos Salgado alerta para a especificidade de que “o entendimento usa os conceitos para julgar”,<sup>210</sup> razão pela qual o juízo é “um conhecimento mediato do objeto, isto é, *representações de uma representação*”,<sup>211</sup> sendo que o autor esclarece que a “efetividade do direito dada pela coação tem seu fundamento no poder, enquanto força a serviço da razão (ou da liberdade)”.<sup>212</sup> Nesse sentido é significativamente realista a observação de Norberto Bobbio ao ponderar que a definição formal de Estado é a dos juristas, “para os quais o elemento determinante do Estado é a soberania, conceito jurídico por excelência: que o Estado não possa ser definido teleologicamente é um dos lugares-comuns de qualquer tratado de direito público”.<sup>213</sup> Assim,

<sup>210</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant*: seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1986. p. 102.

<sup>211</sup> Ibid. (grifo do autor). O autor prossegue destacando que: “Todos os juízos são, pois, função da unidade entre nossas representações; todos os atos do entendimento podem se tornar em juízos, porque o entendimento é o poder de julgar, de pensar, isto é, conhecer por conceitos, de emitir juízos. Juízo é a forma pela qual umas representações são sub-sumidas no predicado. Daí que, se conseguirmos determinar completamente as funções de unidade nos juízos, conseguimos encontrar todas as funções do entendimento”.

<sup>212</sup> Ibid., p. 286.

<sup>213</sup> BOBBIO, 2000, p. 135. No mesmo sentido conclui Paulo Bonavides, pois, ao apreciar as diversas doutrinas acerca da teleologia estatal, se posiciona pelo critério histórico: “O mais acertado critério metodológico, a nosso ver, para se chegar à consideração do problema seria situá-lo historicamente, e daí submetê-lo às reflexões da filosofia, da história, da política e do direito, ou seja, tratá-lo no plano metafísico ou positivo que abranger, segundo as idéias dominantes em cada época. Teríamos assim por único ponto de partida o histórico, que, uma vez admitido, permitiria o subsequente exame da matéria de todos os possíveis ângulos de indagação.” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66-67). Por outro lado, ainda que não resida nos fins do Estado o fator determinante da sua existência, a trágica experiência dos regimes totalitários acabou por justificar a consagração, no curso do século XX, do reconhecimento doutrinário e mesmo pelo direito positivo dos fins deste enquanto elemento subjetivo de sua identidade: “O *Estado*, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um *poder soberano* de um *povo* situado num *território* com certas *finalidades*. [...] A Constituição consigna, como *objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, vale dizer, do Estado brasileiro*: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de outras formas de discriminação (art. 3º). É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 100-107, grifos do autor). Também neste sentido Reinhold Zippelius lembra que “já Aristóteles havia definido o conceito da constituição: ela regularia a ordenação das magistraturas e, em particular, da magistratura suprema do Estado, isto é, do Governo (Política, 1278 b); mas a ela pertenceria também fixar ‘qual o fim da respectiva comunidade política’ (1289 a), ou seja, na nossa compreensão da constituição, a determinação dos fins fundamentais do Estado”. (ZIPPELIUS, 1997, p. 65). Reconhecendo a imprescindibilidade de uma decisão constitucional que identifique um “mínimo de valores comuns dos seus cidadãos”. (Ibid., *infra*, p. 149), para que um Estado subsista, Karl Doehring aponta para a importância do ideal democrático de tolerância no Estado “garantidor de todos os objetivos”. (Ibid., *infra*). O doutrinador revela, portanto, o que seria uma contradição quando, ao negar a intolerância para assegurar a própria subsistência, o Estado “se identifica com aqueles que querem se proteger da pretensão de exclusividade”, tal como “somente o capitalismo pode

restou consagrada a utilização que se tornou corrente na Modernidade para a ideia de soberania, dado que na Idade Média tal conceito teve um significado relativo e não absoluto,<sup>214</sup> pois só posteriormente, em especial com o aparecimento da obra de Jean Bodin (1529-1596), *Les Six Livres de la République*,<sup>215</sup> editada em 1576, “o adjetivo ‘soberano’ assumiu o seu significado de ‘superior’ de modo que soberania pôde ser considerada exclusivamente, como poder mais alto”.<sup>216</sup> Para Bodin este poder é “absoluto y soberano, porque no está sujeto a outra condición que obedecer lo que la ley de Dios y la natural mandan”.<sup>217</sup> Mesmo destacando que a soberania “no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo”,<sup>218</sup> Bodin não deixa de identificar os limites decorrentes do direito natural em tal poder,<sup>219</sup> mas explicita que o poder soberano em verdade é algo do que não se pode apossar, sendo “el poder absoluto y perpetuo de una república”.<sup>220</sup>

É assim que outras obras fundantes para o direito internacional e a própria teoria do poder constituinte<sup>221</sup> ganham relevo, pois seus autores partem da noção de soberania enfatizando o direito natural, razão pela qual o tratado do jurista e pensador holandês Hugo Grotius (1583-1645), *De Jure Belli ac Pacis*<sup>222</sup> – editado em 1625 e no qual o autor teve bem presente a obra de Bodin –, foi o primeiro a fornecer um sistema de regras e responsabilidades

garantir a liberdade”. (Ibid., *infra*) ou “só o socialismo fornece uma liberdade em termos de perfeição” (Ibid., *infra*). Logo, “a maioria dos constituintes do mundo seguiu um caminho diverso” (Ibid., *infra*) do que seria um regime de tolerância ilimitada, eis que: “Eles postularam determinados valores e declararam a sua proteção como fim precípua do Estado, seja de forma expressa ou tácita. Uma comprovação racional para uma decisão nesse sentido jamais foi possível”. (DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado*. Tradução: Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 151).

<sup>214</sup> GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 233: “La gerarchia delle fonti presuppone una visione rigidamente monistica dell'ordine giuridico, la quale prospetta lo Stato come unico ente legittimato a produrre diritto, l'unico che può anche legittimare a produrlo nell'ambito che esso preordina e definisce. Siamo cioè, necessariamente, in un orizzonte che è l'opposto di quello medievale, l'opposto di una pluralità di ordinamenti, l'opposto di una priorità del giuridico sul politico.” (Tradução livre: “A hierarquia das fontes pressupõe uma visão rigidamente monista da ordem jurídica, a qual prospecta o Estado como único ente legitimado a produzir direito, o único que pode também legitimar a sua produção no âmbito que preordena e define. Estamos, necessariamente, em um horizonte que é o oposto daquele medieval, o oposto de uma pluralidade de ordenamentos, o oposto de uma prioridade do jurídico sobre o político.”).

<sup>215</sup> BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Tradução: Pedro Bravo Gala. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006.

<sup>216</sup> ROMANO, 1977, p. 87.

<sup>217</sup> BODIN, 2006, p. 52.

<sup>218</sup> Ibid., p. 49.

<sup>219</sup> BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução: Sérgio Bath. 8. ed. Brasília: UnB, 1995a, p. 96: “Contrariamente ao que se pensa de modo geral, *poder absoluto* não quer dizer *poder ilimitado*. Quer dizer simplesmente que o soberano, detentor do poder de fazer leis válidas em todo o país, não está sujeito a essas mesmas leis, porque ‘não pode dar ordens a si mesmo’. Contudo, como todos os outros seres humanos, o soberano está sujeito às leis que não dependem da vontade dos homens – isto é, às leis naturais e divinas.” (Grifo do autor).

<sup>220</sup> BODIN, 2006, p. 47, (Capítulo III, nota 1): “*Majestas est summa in civis ac subditos legibusque soluta potestas.*”

<sup>221</sup> MÜLLER, 2004, p. 23: “Com vistas ao caso histórico da constituição da Constituição, o ‘poder constituinte do povo’ é um subcaso do princípio da soberania popular.”

<sup>222</sup> GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução: Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004, 2 vs.

mútuas entre estados soberanos.<sup>223</sup> Por outro lado, Samuel Pufendorf (1632-1694), na sua obra maior, lançada em 1672, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*,<sup>224</sup> tenta combinar o autointeresse dos estados soberanos, defendido por Thomas Hobbes,<sup>225</sup> com a doutrina de Grotius, pois, ao mesmo tempo em que refuta a concepção de crimes universais deste último e assume a premissa hobbesiana de que não pode haver uma lei editada por um ente soberano contra outro ente soberano, reconhece o fato de que os estados podem usar a força militar para coagir ou intimidar outros estados.<sup>226</sup>

Mas, enquanto Pufendorf vai ao ponto de repudiar a concepção de que os tratados devem ser observados mesmo quando uma das partes não tem mais um forte incentivo para honrar seu compromisso,<sup>227</sup> é na obra *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souveraines*,<sup>228</sup> do diplomata suíço Emer de Vattel (1714-1767), editada em 1757, que surge o que parece ser um equilíbrio entre o direito natural e o direito positivo.<sup>229</sup> Inspirado no otimismo dos filósofos iluministas do século XVIII e especialmente seguindo a doutrina dos direitos naturais proposta por John Locke, na qual a concepção de legitimidade do governo está baseada no consentimento dos governados,<sup>230</sup> Vattel sustenta com vigor a igualdade entre os estados. É inegável, por conseguinte, o realismo de Vattel ao conceber, com amparo na sua própria experiência diplomática, a ideia básica de que somente um mundo completamente tomado por estados soberanos pode sustentar restrições e cortesias nas suas interações,<sup>231</sup> o que guarda imanência com a necessidade de estabilidade reivindicada pelos interesses comerciais e é sugerido pelo próprio título da obra.<sup>232</sup> Para Vattel, “o soberano é, portanto, estabelecido unicamente para a segurança e bem-estar da sociedade”,<sup>233</sup> pois na sociedade civil a *soberania* é entendida como sendo “a autoridade pública que comanda, que determina e que dirige o que cada membro deve fazer para atingir a finalidade dessa sociedade”,<sup>234</sup> de tal modo que:

<sup>223</sup> RABKIN, Jeremy A. *Law without nations?: why constitutional government requires sovereign states*. New Jersey: Princeton University Press, 2005, p. 74.

<sup>224</sup> WELZEL, Hans Fritz. *Pufendorf, Samuel von*. ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA, 1980, v. 15, p. 265.

<sup>225</sup> HOBBS, 1997, sobretudo nos Caps. XIII e XV.

<sup>226</sup> RABKIN, 2005, p. 78.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>228</sup> VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Tradução: Vicente Marotta Rangel. Brasília: UnB, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

<sup>229</sup> RABKIN, 2005, p. 78.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 78-79.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>232</sup> RABKIN, 2005, p. 78.

<sup>233</sup> VATTEL, 2004, p. 32.

<sup>234</sup> VATTEL, 2004, p. 32.

Esta autoridade pertence originária e essencialmente ao próprio corpo da sociedade, ao qual cada membro está submetido e pelo qual cedeu os direitos recebidos da natureza, de conduzir-se em todas as cousas segundo seu entendimento e sua própria vontade e de fazer justiça por si mesmo.<sup>235</sup>

A sociedade é, portanto, concebida como um fato natural, decorrente da sociabilidade humana e que deve ser organizada para assegurar justiça nas relações entre os homens, de tal modo que, após a superação da fragmentada e dispersa sociedade medieval, na síntese de Bobbio, “o poder estatal é um poder absoluto: é absoluto porque tornou-se definitivamente o único poder capaz de produzir o direito, isto é, de produzir normas vinculatórias para os membros da sociedade sobre a qual impera”.<sup>236</sup> A justiça e o direito se tornam inseparáveis, pois “é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado”.<sup>237</sup>

É nessa perspectiva que Antonio Negri, após sustentar que “o poder constituinte como poder onipotente é, com efeito, a própria revolução”,<sup>238</sup> identifica na literatura jurídica (Jellinek, Kelsen, Rawls, Lassale, Heller, Smend, Weber, Santi Romano, Schmitt, etc.), em uma visão crítica e desestabilizadora dos sistemas analisados,<sup>239</sup> três soluções para o poder

---

<sup>235</sup> Ibid.

<sup>236</sup> BOBBIO, 1995b, p. 13.

<sup>237</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução: Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995d, p. 23.

<sup>238</sup> O posicionamento de Antonio Negri é claro e assumido diante da inspiração de tal assertiva na famosa frase de Napoleão proclamando o fim da revolução, pois o autor observa que “o problema do liberalismo francês, durante toda a primeira metade do século XIX, continuará a ser o de terminar a revolução” e sustenta que a juridicização do poder constituinte só pode se dar na forma do Termidor, o que o Imperador dos franceses coroado em 1804 pretendeu fazer com a seguinte declaração: “Cidadãos, a revolução está assentada nos princípios que a desencadearam. A Constituição está fundada sobre os sagrados direitos de propriedade, igualdade e liberdade. A revolução terminou”. (NEGRI, 2004, p. 9).

<sup>239</sup> Antonio Negri, dentro da radicalidade de sua tese, na qual sustenta a democracia enquanto teoria do governo absoluto que resiste à constitucionalização e identifica a multidão enquanto sujeito do processo constituinte, refere a existência de uma crise permanente entre o poder constituinte e o poder constituído, pois essa crise seria necessária, ainda que seja paradoxal, para a também permanente legitimidade democrática e para a afirmação do próprio sentido do sistema jurídico. É importante, entretanto, identificar o que o autor entende por democracia absoluta: “Caráter absoluto não é, de forma alguma, totalitarismo. Esta não é uma observação acessória: tal acusação ressoa, com efeito, onde quer que os sacrossantos princípios do liberalismo não sejam glorificados e requer, portanto, uma resposta adequada. Se o nosso ‘sujeito adequado’ não é de nenhum modo ligado a tais princípios e, ao contrário, de certo modo os contradiz, não será por isto totalitário. A equação ‘recusa dos princípios liberais é igual a totalitarismo’ é de fato redutora e mistificadora”. (Ibid., p. 47). Sobre as consequências do debate acerca da origem e dos princípios que movimentaram a luta pelos direitos fundamentais, Norberto Bobbio registra que “ainda estamos demasiadamente imersos na corrente dessa história para sermos capazes de ver onde ela terminará”, mas o próprio pensador com acerto desde já identifica a dificuldade de se “negar que a afirmação dos direitos do homem, *in primus* os de liberdade (ou melhor, de liberdade individual), é um dos pontos firmes do pensamento político universal, do qual não mais se pode voltar atrás”. (BOBBIO, 1992, p. 99-100), reiterando tal convicção em seu *Liberalismo e democracia* Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 77. No mesmo sentido a tese de doutoramento de Ricardo Camargo, em que o autor, inspirado em Bobbio, adota entendimento sobre esta questão que merece reflexão, o que pode ser visto na seguinte passagem: “é de se lembrar que defensores ardorosos do liberalismo econômico ou, para utilizar a terminologia da doutrina italiana, liberismo, reservam à democracia política um caráter secundário em relação à economia de mercado (Hayek), quando não se mostram defensores de regimes políticos fortes para a garantia do livre jogo (Cavour, Tocqueville). Com efeito, desde que se estendam os direitos políticos a outras classes que não as titulares do poder de controle, a

constituente diante das respectivas fontes, variando de intensidade dentro de cada uma das soluções para ir de um grau mínimo a um grau máximo, sendo elas: a) fonte transcendente, b) fonte imanente e c) fonte integrada.

Na primeira solução Negri identifica Georg Jellinek num grau mínimo e Hans Kelsen num grau máximo de transcendência, pois esses autores reconhecem a existência do poder constituinte como precedente ao ordenamento constitucional e fundador do poder constituído, o que se dá “através de um nexo causal imediatamente rompido, de modo que a autonomia do ordenamento jurídico constituído é absoluta”.<sup>240</sup> Todavia, enquanto Jellinek sustenta a necessidade de acolher no ordenamento produções revolucionárias, ainda que admita que o poder constituinte quer “o direito e a constituição”,<sup>241</sup> o que significa dizer que “não quer outra coisa senão a regulação e, portanto, a autolimitação da própria força”,<sup>242</sup> Kelsen, ao sustentar que o direito regula sua própria produção e que as normas seguem as regras da forma jurídica, faz com que o poder constituinte não tenha mais nada a ver com o processo formal de reprodução das normas, pouco ou nada restando deste após a fundação formal do direito.<sup>243</sup>

Na dimensão imanente do poder constituinte, Negri classifica uma série de pensadores de matriz filosófica e ideológica bastante diversa e admite não se tratar de uma “articulação de posições dentro de uma mesma escola”,<sup>244</sup> mas aponta como elemento comum o fato de que neles a “densidade histórica do poder constituinte não foi expulsa *a priori* das considerações científicas”,<sup>245</sup> pois o poder constituinte é o “motor da dinâmica constitucional (e a ciência

própria sobrevivência do sistema depende do atendimento, ainda que em parte, das reivindicações dessas mesmas classes, sendo que o poder desprovido de uma base racional que o legitime tem poucas possibilidades de se fazer valer enquanto tal. Assim, a vinculação entre atuação estatal no domínio econômico e autoritarismo ou entre liberdade de mercado e democracia é apenas aparente”. (CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito econômico: aplicação e eficácia*. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 150-151).

<sup>240</sup> NEGRI, 2002, p. 12.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>242</sup> *Ibid.*

<sup>243</sup> NEGRI, 2002, p. 13-14.

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>245</sup> NEGRI, 2002, p. 14. Aqui, sem desconsiderar o rigor da análise doutrinária referida, se faz necessário ter presente os pressupostos da obra de Hans Kelsen, eis que o mesmo foi sempre explícito ao identificar na efetividade da ordem jurídica a legitimidade e a validade da mesma, o que não significa confundir os fenômenos da validade e da eficácia, dado que “É apenas uma carência continuada de eficácia que põe fim à validade.” (KELSEN, 1998, p. 175). E o próprio catedrático da Universidade de Colônia e desafeto do nazismo observa: “Nenhum jurista sustentaria que, mesmo após uma revolução vitoriosa, a velha constituição e as leis nela baseadas permanecem em vigor, valendo-se do argumento de que elas não foram anuladas da maneira prevista pela velha ordem. Todo jurista presumirá que a velha ordem – à qual não corresponde mais nenhuma realidade política – deixou de ser válida, e que todas as normas válidas dentro da nova ordem recebem sua validade exclusivamente da nova constituição. Segue-se, então, que, a partir desse ponto de vista jurídico, as normas da velha ordem não podem mais ser reconhecidas como normas válidas.” (Op. cit., p. 172). No mesmo sentido, ainda conforme Kelsen: “Se a norma continuar permanentemente ineficaz, ela é

aceita a sua presença)”.<sup>246</sup> Numa incidência mínima dessa imanência Negri aponta John Rawls, dado que o consenso prévio sobre os princípios de justiça que este pensador sustenta ocorre antes do poder constituinte que irá definir a estrutura e a hierarquia legislativa, sendo mínima a imanência em face desta imediata “reabsorção do poder constituinte pelo direito constituído através de uma máquina de vários estágios”.<sup>247</sup> Por outro lado, um grau de imanência forte é identificado em diversos autores dos mais variados matizes ideológicos, indo desde Ferdinand Lassale, com sua identificação do poder constituinte com os “fatores reais de poder”,<sup>248</sup> verdadeiro determinismo sociológico que encontrou aprofundamento jurídico na defesa de um processo constituinte endógeno por Hermann Heller.<sup>249</sup> Passa ainda por Smend e sua ideia de Constituição enquanto “princípio dinâmico de devir do Estado”<sup>250</sup> em uma evolução natural, até a valoração da realidade histórico-social por Max Weber, quando o sociólogo alemão identifica nos tipos ideais de poder a legitimidade<sup>251</sup> e inscreve o poder constituinte entre o poder carismático, violento e inovador, e o poder racional, instrumental e constitutivo.<sup>252</sup> Negri acaba por incluir Carl Schmitt nesta dimensão imanente em face da concretude identificada pelo jurista alemão na “decisão” do soberano enquanto máximo de factualidade e na divisão e confronto entre amigo e inimigo como definição da

---

privada de sua validade por ‘dessuetude’. ‘Dessuetude’ é o efeito jurídico negativo do costume. Uma norma pode ser anulada pelo costume, ou seja, por um costume contrário à norma, assim como pode ser criada pelo costume. A dessuetude anula uma norma criando outra norma, idêntica em caráter ao estatuto cuja única função é revogar um estatuto previamente válido”. (Op. cit., p. 174.).

<sup>246</sup> Ibid., p. 14.

<sup>247</sup> Ibid., p. 15.

<sup>248</sup> LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução: Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985, p. 11: “Os *fatores reais do poder* que atuam no seio de cada sociedade são essa *força ativa* e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*.” (Grifo do autor).

<sup>249</sup> NEGRI, 2002, p. 15. Vide: HELLER, 1968, p. 271: “Uma razão de Estado bem compreendida não exige, [...], de modo algum, a capitulação da consciência jurídica, e a admissão de um direito de resistência de caráter ético não nos leva tampouco à anarquia. Deve ficar bem assentado que não se trata de tal ou qual questão de legalidade, mas exclusivamente do problema da justificação ética do Estado.”

<sup>250</sup> NEGRI, 2002, p. 16. Vide [nota 3](#) e também: SMEND, 1988, p. 153: “Come diritto positivo la costituzione non è soltanto norma, ma anche realtà; come costituzione è realtà integrativa.”; (Tradução livre: “Como direito positivo a constituição não é apenas norma, mas também realidade; como constituição é realidade integrativa.”).

<sup>251</sup> WEBER, 1999, v. 1, p. 141: “Há três tipos puros de dominação legítima.” Acerca da *dominação tradicional*, o sociólogo observa ser “baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade” (Id. p. 141), enquanto que a *dominação carismática* é “baseada na veneração extraordinária da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas” (Id., p. 141) e a *dominação racional* é “baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal)” (Id., p. 141).

<sup>252</sup> NEGRI, 2002, p. 16-17. Importa registrar que a obra de Hermann Heller (*Staatslehre*, 1934) é posterior à de Max Weber (1864-1920), e, pois, a enumeração feita por Negri não obedece, necessariamente, a um critério cronológico, mas sim a um critério de intensidade no grau de imanência do poder constituinte diante de sua fonte.



política,<sup>253</sup> mas refuta tal pensamento pela ruptura com o poder constituinte em favor das determinações abstratas da violência, para as quais a soberania é identificada com uma concepção pura do poder e não da potência.<sup>254</sup>

Por último, na dimensão integrada, Negri aponta o poder constituinte como sendo “constitutivo, coextensivo e sincrônico ao direito constituído”,<sup>255</sup> sendo tal posição identificada nas “grandes escolas institucionalistas do século XX”.<sup>256</sup> Para Negri essa integração dinâmica se manifesta em um grau mínimo na doutrina de Santi Romano e na teoria dos “compromissos dilatatórios”<sup>257</sup> de Carl Schmitt, enquanto que, por outro lado, identifica no institucionalismo francês o grau mais elevado dessa posição, residindo na obra de Maurice Hauriou a expressão de tal ponto extremo. Ainda assim aponta “um ponderado equilíbrio teórico”<sup>258</sup> em autores como Smend, Forsthoff e Mortati, pois “é a partir da ‘constituição material’ que a constituição formal será interpretada, modificada e eventualmente substituída”<sup>259</sup> em face dos “compromissos institucionais contínuos”.<sup>260</sup> Nesse sentido é inegável a identidade material presente no institucionalismo de Hauriou, pois o publicista francês sustenta que o surgimento de uma instituição (Estados, associações, sindicatos, etc.)<sup>261</sup> é o resultado de um processo de interiorização, incorporação e personalização dos entes morais enquanto uma ideia de empreendimento ou de empresa, a qual se realiza e persiste juridicamente em um meio social.<sup>262</sup> Assim, tal empreendimento ou empresa se constituiria em poder como decorrência de uma comunhão entre os seus

<sup>253</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução: Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 51: “A distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre *amigo e inimigo*.”

<sup>254</sup> NEGRI, 2002, p. 17-18.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>256</sup> *Ibid.*

<sup>257</sup> *Ibid.* É realmente significativo o dinamismo decorrente da concepção de compromisso dilatatório – *a qual pode ser identificada como precursora da concepção de norma programática consagrada pelo constitucionalismo* – teorizada por Carl Schmitt diante dos impasses políticos e ideológicos decorrentes dos embates entre as facções contrapostas na Alemanha de Weimar: “La Constitución de Weimar es una Constitución porque contiene las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia política concreta del pueblo alemán, antes enumeradas [...]. Pero en las particularidades de la regulación legal-constitucional, así como en ciertas declaraciones y programas que fueron aceptados en el texto de la Constitución, se encuentran algunos compromisos y oscuridades que no contienen decisión alguna y en los que, por el contrario, los partidos de la coalición buscaron soslayar una decisión. [...] El compromiso no afecta a la solución objetiva de una cuestión por medio de transacciones objetivas, sino que el acuerdo tiende a contentarse con una fórmula dilatoria que tenga en cuenta todas las pretensiones”. (SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução: Francisco Ayala. Madrid: Alianza 2003, p. 52 e 54).

<sup>258</sup> NEGRI, 2002, p. 19.

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> *Ibid.*

<sup>261</sup> HAURIOU, 2009, p. 19.

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 20.

integrantes, razão pela qual Hauriou é categórico ao sustentar que são as instituições que criam o direito, e não as regras de direito que as criam.<sup>263</sup>

Na doutrina institucionalista de Santi Romano, a soberania é identificada com o Estado em termos muito precisos, porquanto “pela ordenação estatal, o Estado é sempre soberano”.<sup>264</sup> Com efeito, “se se considera a ordenação interna do Estado, este, mesmo como pessoa, é sempre soberano, porque no âmbito de eficácia de sua ordenação não há nenhum outro sujeito a ele superior”<sup>265</sup> e mesmo considerando que esta soberania atribuída pelo direito interno “pode ser atribuída ou negada pelo direito de uma comunidade mais ampla, por exemplo, pelo direito internacional”,<sup>266</sup> é “inexato falar, como às vezes se fala, de semi-soberania ou de soberania relativa ou limitada, que alguns Estados teriam, em comparação àquela absoluta”.<sup>267</sup> Nesse sentido, “o Estado tem uma soberania interna, mesmo quando desprovido de uma soberania externa: externa em relação ao direito estatal”,<sup>268</sup> de tal modo que “há tantas posições quantas são as ordenações”,<sup>269</sup> sendo que “soberania significa independência”,<sup>270</sup> pois “a ordenação estatal não depende de nenhuma outra”<sup>271</sup> e por isto recebe a “qualificação de ordenação originária, que a contrapõe às ordenações derivadas, uma vez que decorrem direta ou indiretamente de uma ordenação superior”.<sup>272</sup> Portanto, “a ordenação de um Estado pode, num certo sentido constituir o limite da ordenação de um outro Estado que reconheça o primeiro e esteja com ele coordenado, mas não sua fonte”.<sup>273</sup> Para Santi Romano, em síntese, “é Estado toda ordenação jurídica territorial soberana, isto é, originária”.<sup>274</sup>

A análise da classificação de Negri se justifica menos pelo acerto do autor em identificar cada pensador aqui ou acolá, o que por certo pode ser questionado, mas

<sup>263</sup> Ibid., p. 53. Nesse sentido diz Hauriou: “admitir a criação das instituições sociais pela regra de directo seria admitir sua criação pelo meio social, que deveria criar a própria regra de direito” (Op. cit., p. 17). Assim: “As próprias bases da organização do poder de governo são todas elas espirituais, pois resumem-se a dois princípios, o da separação dos poderes e o do regime representativo” (Op. cit., p. 26). Por outro lado, “a alma humana aparece assim como uma realidade objetiva, tendo a mesma existencia positiva que tem a idéia da obra a realizar numa instituição corporativa”. (Op. cit., p. 32). Vide [Seção 4 do Capítulo 2](#).

<sup>264</sup> ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 92.

<sup>265</sup> Ibid., p. 91.

<sup>266</sup> ROMANO, 1977, p. 92.

<sup>267</sup> Ibid.

<sup>268</sup> Ibid.

<sup>269</sup> Ibid.

<sup>270</sup> Ibid., p. 89.

<sup>271</sup> Ibid.

<sup>272</sup> Ibid. “É óbvio que, neste sentido, originário e soberano são dois adjetivos sinônimos, que podem ser utilizados promiscuamente.”

<sup>273</sup> Ibid., p. 90.

<sup>274</sup> Ibid., p. 92.

especialmente pelo significado revelador da tensão presente no poder constituinte assentado em uma reivindicada plenitude da soberania popular dentro de um determinado espaço territorial, onde se constata uma ambivalência permanente entre uma dimensão transcendente e uma dimensão imanente de tal soberania enquanto “suprema potestas”. Por conseguinte, considerando tais reflexões e diante da crescente relativização do conceito de soberania no contexto global de economias abertas, é necessário – tendo presente a ideia de poder enquanto modo de ser que pressupõe um espaço público no qual o mesmo se constitui<sup>275</sup> – identificar os limites do exercício do poder constituinte e da própria soberania na afirmação e garantia dos direitos fundamentais em face do poder econômico. A respeito disso, Michel Foucault, conforme antes referido, observa que:

O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão.<sup>276</sup>

O poder não se confunde com a coação, dado que, no dizer de Niklas Luhmann, “gera sua capacidade de transmissão através da aptidão a influenciar a seleção de ações (ou omissões) diante de outras possibilidades”,<sup>277</sup> pois na coação “as possibilidades de escolha do coagido são reduzidas a zero”,<sup>278</sup> perdendo, desse modo, “sua função de superar a dupla contingência, na medida em que se aproxima do caráter de coação”.<sup>279</sup> É significativo, via de consequência, que Luhmann parta da suposição de que “os sistemas sociais só se constituem através da comunicação”,<sup>280</sup> em que “múltiplos processos de seleção se determinam mutuamente por antecipação ou reação”,<sup>281</sup> pelo que a “comunicação só se produz quando se compreende a seletividade de uma mensagem, o que significa: quando se emprega para a seleção um sistema próprio.”<sup>282</sup> Via der consequência, é diante das “necessidades de um acordo seletivo que se originam sistemas sociais assim como, por outro lado, tais necessidades só são experimentadas nos sistemas sociais”.<sup>283</sup> Para tal é necessário um contingenciamento das partes, sendo possível uma “recusa das ofertas de seleção apresentadas

<sup>275</sup> Vide notas 36 e 87.

<sup>276</sup> FOUCAULT, 2007, p. 183. Também em: FOUCAULT, 1999, p. 35.

<sup>277</sup> LUHMANN, Niklas. *Poder*. Tradução: Martine Creusot de Rezende Martins. 2. ed. Brasília: UnB, 1992, p. 9.

<sup>278</sup> *Ibid.*

<sup>279</sup> *Ibid.*

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>281</sup> *Ibid.*

<sup>282</sup> *Ibid.*

<sup>283</sup> *Ibid.*

por via comunicativa”,<sup>284</sup> o que não pode ser eliminado, mas, diante da retrocomunicação e da tematização da recusa, revela o conflito. E como “todos os sistemas sociais são conflitos potenciais; somente a medida da atualização deste potencial de conflito varia com a medida da diferenciação do sistema e da evolução da sociedade”.<sup>285</sup>

O poder constituinte oscila, portanto, entre a transcendência e a imanência com a realidade histórico-cultural e encontra no poder econômico uma autoridade que de forma permanente e contínua tenta superar os limites institucionais da realidade estatal, mas é ainda sensível que – especialmente nas sociedades complexas contemporâneas – a configuração de um sistema social que coesione a sociedade e supere potenciais conflitos demanda a contenção dos diversos sujeitos e partes que o integram, o que pressupõe a garantia de direitos em uma ordem democrática, vale dizer, legitimada e reconhecida pela soberania popular.

---

<sup>284</sup> Ibid.

<sup>285</sup> Ibid.

## 5 A DEMOCRACIA NACIONAL E A DEMOCRACIA COSMOPOLITA

O término da Guerra Fria entre as duas grandes potências nucleares do mundo (Estados Unidos da América e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), quando, até meados de 1989, um delicado equilíbrio impunha ao mesmo tempo uma permanente tensão e contenção da violência no planeta, hoje é substituído por novos riscos, tal como o desequilíbrio ecológico – o mais universal de todos os riscos<sup>286</sup> –, ondas migratórias, incremento demográfico, difusão de armas nucleares “táticas” e mesmo de armas convencionais e proscritas pelos tratados internacionais, bem como por uma espantosa assimetria e crescente segmentação na distribuição internacional da riqueza.<sup>287</sup> Nem se fale da atuação de grandes organizações criminosas na sombra de tais questões de risco com a prática do tráfico de armas, drogas, mulheres, migrantes e mesmo com a exploração de trabalho análogo ao escravo. Diante da complexidade do contexto global e tendo presente a importância da tarefa de construção de uma realidade mundial mais equilibrada, na qual o multiculturalismo e o protagonismo dos povos constituem valores fundamentais para a viabilização de condições de paz na Terra, é necessário refletir acerca da democracia nacional e dos esforços de democracia cosmopolita.

Há quem sustente, considerando a fragilidade das instituições globais delineadas pelo direito internacional e a própria limitação da Organização das Nações Unidas na composição dos conflitos mundiais, sobretudo quando presentes os interesses das grandes potências,<sup>288</sup> o projeto de uma democracia cosmopolita que reforce a legitimidade de tais organismos. Assim, não apenas os Estados nacionais teriam representação política internacional, mas uma verdadeira “cidadania”<sup>289</sup> mundial se faria representar em um parlamento da Terra.<sup>290</sup> O

<sup>286</sup> CASSESE, Sabino. *La crisi dello Stato*. Roma-Bari: Laterza, 2002, p. 13: Texto original: “non importa chi emette i cosiddetti gas-serra, il problema riguarda tutti gli abitanti del pianeta; corrispettivamente, la riduzione delle emissioni è efficace indipendentemente dalla zona del pianeta nella quale viene realizzata.”. Tradução livre: não importa quem emite os denominados gases-estufa, o problema é concernente a todos os habitantes do planeta; do mesmo modo, a redução das emissões é eficaz independentemente da zona do planeta na qual é realizada”.

<sup>287</sup> ZOLO, Danilo. *Cosmopolis: la prospettiva del governo mondiale*. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2004b, p. 192.

<sup>288</sup> RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Estado e nação: novas relações? *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 261-272, jan.-jun., 2004, p. 270: “Ampliando-se o risco internacional – hoje reavaliado pela equação ‘probabilidade do dano vezes magnitude do dano’ (Machado, 2003:493) – amplia-se, por consequência, a atuação estatal, incluindo ação militar. Foi o que se verificou no ataque americano ao Iraque, aos 13 de março de 2003, em oposição à manifestação da maioria dos membros do Conselho de Segurança da ONU, configurando ato de agressão tipificado pela Resolução 3.314 (XXIX) de 1974, da Assembléia Geral da ONU.”

<sup>289</sup> A concepção de cidadania, na tradição política e jurídica ocidental, constitui decorrência direta da possibilidade de os integrantes de uma dada sociedade participarem e influírem nos processos decisórios de

avanço, ainda que a ideia da representação e todos os seus limites seja assumidamente supervalorizada em detrimento da participação direta dos interessados, seria inegável. Não obstante isso, é sabido que as Nações Unidas, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional – mesmo considerando o sentido meritório das ações que patrocinam para minimizar riscos e prejuízos sociais em diversas partes do planeta – também constituem a causa de tantos males<sup>291</sup> e expressam em suas estruturas e processos decisórios mais do que princípios e valores superiores, pois o realismo político evidencia uma inequívoca hierarquia em favor das questões militares e econômicas que privilegiam os interesses<sup>292</sup> e o equilíbrio estratégico entre as grandes potências mundiais.<sup>293</sup>

Assim, aparte as virtudes de todos que acreditam e trabalham por tais projetos de aperfeiçoamento democrático das instituições que regem a ordem internacional, ainda que muitas vezes em dimensões utópicas diante da referida realidade mundial, a democracia interna aos Estados nacionais, ao contrário de qualquer posição ambivalente,<sup>294</sup> ainda constitui

---

composição das instâncias do poder e mesmo diretamente das deliberações acerca das principais questões que dizem respeito ao conjunto da sociedade.

<sup>290</sup> ARCHIBUGI, Daniele; BEETHAM, David. *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*. Milano: Feltrinelli, 1998, p. 108: “L’Assemblea generale dell’Onu potrebbe aumentare notevolmente la sua forza rappresentativa all’interno degli stati se i delegati di ciascun paese non fossero nominati solo dal governo, bensì da uno spettro di forze più ampio. Poichè la nomina dei delegati è di diretta competenza dei singoli stati, ciascuno di essi può unilateralmente modificare le modalità della loro nomina. Così, è stato proposto che essi vengano nominati dal parlamento, in modo da rappresentare sia il governo che l’opposizione, o che almeno uno di essi venga eletto direttamente dal popolo. Si tratta di misure che renderebbero la politica di uno stato presso l’Onu assai più vicina all’opinione pubblica.” Tradução livre: “A Assembleia-Geral da ONU poderia aumentar sensivelmente a sua força representativa no interior dos Estados se os delegados de cada país não fossem nomeados apenas pelo governo, mas por um espectro de forças mais amplo. Uma vez que a nomeação dos delegados é da competência direta dos Estados individualmente, cada um deles pode unilateralmente modificar a forma de sua nomeação. Assim, foi proposto que eles sejam nomeados pelo parlamento, de tal modo que representem tanto o governo quanto a oposição, ou pelo menos que um desses seja eleito diretamente pelo povo. Trata-se de medida que faria com que a política de um Estado perante a ONU fosse mais próxima da opinião pública.”

<sup>291</sup> STIGLITZ, Joseph Eugene. *A globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura, 2002, p. 16: “As políticas de reajuste estrutural do FMI – políticas projetadas para ajudar um país a se adaptar a crises e a desequilíbrios mais persistentes – resultavam em fome e em tumultos em muitos lugares; e mesmo quando os resultados não eram tão catastróficos, mesmo quando conseguiam gerar com dificuldade algum crescimento durante determinado período, quem desfrutava desses benefícios era, em geral, os que se encontravam em melhores condições de vida, enquanto aqueles que viviam à margem tinham, muitas vezes, que enfrentar um estado de miséria ainda maior.”

<sup>292</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Dinheiro e as transfigurações da riqueza. In: TAVARES, Maria da Conceição; FIORI, José Luís (Org.). *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 151-193, p. 192: “Para escândalo dos liberais, a grande empresa que se lança à incerteza da concorrência global, necessita cada vez mais do apoio dos estados nacionais dos países de origem. O Estado está cada vez mais envolvido na sustentação das condições requeridas para o bom desempenho das suas empresas na arena da concorrência generalizada e universal.”

<sup>293</sup> ZOLO, 2004b, p. 197.

<sup>294</sup> ARCHIBUGI; BEETHAM, 1998, p. 86: “Il rapporto tra democrazia e relazioni internazionali non è dunque lineare ma ambivalente: la democrazia interna aiuta ma non determina il sorgere di un ordine mondiale democratico, così come un sistema internazionale democratico non comporta necessariamente l’affermazione della democrazia in tutti gli stati.” Tradução livre: “A relação entre democracia e relações internacionais não é, portanto, linear, mas ambivalente: a democracia interna ajuda, mas não determina o surgimento de uma

fator essencial para a eficácia dos direitos fundamentais.<sup>295</sup> Uma vez que todos os órgãos de decisão sobre questões que afetem o conjunto da sociedade devem ser submetidos ao controle e ao contrapeso de outros órgãos, dado que a democracia busca uma aproximação do consenso e o acolhimento da vontade da maioria com pleno respeito pelos direitos da minoria, não há nenhum instrumento mais eficaz do que a aproximação das estruturas de poder da cidadania e a própria participação direta da sociedade nos processos decisórios. Nesse sentido Paulo Bonavides observa que:

Democracia participativa e Estado social constituem, por conseguinte, axiomas que não de permanecer invioláveis e invulneráveis, se os povos continentais da América Latina estiverem no decidido propósito de batalhar por um futuro que reside tão-somente na democracia, na liberdade, no desenvolvimento.<sup>296</sup>

Merece, por conseguinte, destaque a doutrina de Lourival Vilanova, pois este estudioso da obra de Hans Kelsen, ao refletir acerca dos aspectos jurídicos no contexto de uma ruptura revolucionária, destaca que “a mutação constitucional revolucionária não afeta a identidade sociocultural do Estado”,<sup>297</sup> dado que, mesmo nessa situação extrema, em que “a violência coletiva é a negação mesma do direito”, “há continuidade política, social, cultural, mas descontinuidade normativo-constitucional”,<sup>298</sup> porquanto:

A identidade histórico-sociológica é um dado-de-fato que está na base da identidade jurídica do Estado. Mas, se são várias as normas fundamentais para cada Estado – para o Brasil monarquia, o Brasil República, em 1881 [sic], em 1934, em 1937, em 1946 – e nenhuma ligação mantêm tais normas fundamentais, é necessário, para explicar o fato de que o Estado seja o mesmo, ascender um grau, ir além da norma fundamental pressuposta. *Esse grau mais elevado está no direito das gentes*. Com o pressuposto da norma fundamental singular – para cada Estado e para cada revolução –, a revolução fez-se o fato jurídico (*das juristische Grundfaktum*).<sup>299</sup> (Grifo do autor).

E é novamente na obra de Miguel Reale que se vislumbra uma resposta para tal paradoxo, pois a busca pela paz exige um estado de alerta permanente diante da tensão decorrente do crescente número de conflitos em uma sociedade que a cada dia se torna mais complexa, dado que se, por um lado, “o poder anda sempre acompanhado de projeções

---

ordem mundial democrática, assim como um sistema internacional democrático não comporta necessariamente a afirmação da democracia em todos os estados.”.

<sup>295</sup> BOBBIO, 1992, p. 1.

<sup>296</sup> BONAVIDES, 2001, p. 9.

<sup>297</sup> VILANOVA, Lourival. Teoria Jurídica da Revolução (Anotações à margem de Kelsen). In: VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi, 2003, v. 1, p. 268.

<sup>298</sup> Ibid., p. 265-263.

<sup>299</sup> Ibid., p. 268.

ideológicas ou programáticas”,<sup>300</sup> por outro, é no pluralismo que se faz possível “a irrenunciabilidade à liberdade originária e ao conseqüente poder de crítica dos indivíduos”<sup>301</sup> enquanto garantia maior de “continuidade e autenticidade ao direito que se objetiva mediante o poder estatal”.<sup>302</sup>

O direito e o poder – aqui especialmente o poder econômico –, portanto, expressam um “processo dialético de implicação e polaridade de  *fatos, valores e normas*”,<sup>303</sup> em que as normas jurídicas “pressupõem sempre uma atitude da autoridade que se põe diante dos fatos e os julga, firmando uma norma de adesão ou de repulsa, segundo princípios ou diretrizes axiológicas”.<sup>304</sup> Há, assim, uma objetivação heterônoma das normas jurídicas na qual se dá uma “integração dos círculos sociais particulares em círculos sociais mais amplos, até surgir um ordenamento superior que os harmonize e delimite, exercendo, por sua vez, ação própria sobre o que lhe é específico e exclusivo”,<sup>305</sup> pois “quanto mais o poder se institucionaliza, menos se apresenta como força opressora, ou ‘força nua’ incompatível com a existência de círculos autônomos de poder e de ação, ou com a efetiva liberdade dos indivíduos”.<sup>306</sup>

É flagrante que o mesmo processo se dá na esfera internacional, pois, mesmo diante da justificável cautela de Miguel Reale ao entender ser “perigoso antecipar liricamente as etapas da evolução histórica, para considerar-se desde logo constituída a ‘ordem jurídica internacional’”,<sup>307</sup> não há como se negar que a mesma despersonalização do poder que o festejado filósofo identifica na esfera normativa interna, no que pese todos os abusos e violações do direito internacional que se tem notícia, já se faz cada vez mais vigorosa na ordem internacional. E tal se dá paralelamente ao reconhecimento da personalidade internacional dos indivíduos em arestos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>308</sup> e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>309</sup> O Estado, não obstante isso, continua tendo um

<sup>300</sup> REALE, Miguel. O poder na democracia: direito e poder e sua correlação. In: REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998, p. 243.

<sup>301</sup> Ibid., p. 245.

<sup>302</sup> Ibid.

<sup>303</sup> Ibid., p. 224.

<sup>304</sup> Ibid., p. 238.

<sup>305</sup> Ibid., p. 239.

<sup>306</sup> Ibid., p. 237.

<sup>307</sup> Ibid., p. 240.

<sup>308</sup> BARRETO, Ireneu Cabral. O recurso individual no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). *Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade = Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudios en homenaje al profesor Antonio Augusto Cançado Trindade = Trends in the International Law of Human Right: studies in honour of professor Antonio Augusto Cançado Trindade. Liber Amicorum Cançado Trindade*. Porto Alegre: Fabris, 2005, t. I, p. 296.

<sup>309</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros v. República del Peru – Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Serie C. N. 41. § 12. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/seriec/vsc\\_cancado\\_41\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/seriec/vsc_cancado_41_esp.doc). Acesso em: 09 maio 2005.



papel preponderante na afirmação de valores e princípios que devem impor-se frente ao egoísmo e aos abusos de toda sorte praticados em detrimento do interesse público e do bem-estar da coletividade. E em tal contexto a atuação estatal se revela imprescindível até mesmo no exercício da precípua<sup>310</sup> função pública de proteção do próprio mercado<sup>311</sup> em face de suas falhas sistêmicas, desequilíbrios e assimetrias,<sup>312</sup> em que também se fazem sentir diferenças regionais, históricas e culturais.<sup>313</sup>

Assim, *v.g.*, os defensores de uma Constituição Europeia<sup>314</sup> anseiam pela viabilidade de tal intento invocando os marcos referenciais que projetam no plano internacional os princípios do Iluminismo. A dificuldade política de uma codificação legislativa que uniformize o direito privado no plano internacional é superada paulatinamente com a

<sup>310</sup> A expressão precípua é aqui empregada no sentido de reconhecimento da autofagia dos mercados, eis que o livre jogo destes, sem qualquer espécie de regra, revelou, na experiência histórica, a eliminação da concorrência e a oligopolização, limitando a qualidade dos serviços e dos bens fornecidos. Cabe referir, entretanto, a obra de Robert H. Bork, *The antitrust paradox: a policy at war with itself* (New York: The Press Free, 1978), em que o autor sustenta e evidencia que, particularmente no contexto norte-americano, os monopólios, apesar de eliminarem a concorrência, propiciam uma maior produtividade com a formação de economias de escala que ao final e ao cabo obtêm condições econômicas melhores para a garantia de preços acessíveis ao consumo de massas, o que também confirma a imprescindibilidade de uma autoridade pública que coíba o abuso na busca de lucros exorbitantes ou mesmo além do razoável diante das condições de mercado assentadas nos custos de produção e de transação.

<sup>311</sup> WEBER, 1999, v. 1, p. 421: “Os interessados em sentido capitalista continuam desejando a crescente ampliação do livre mercado até que alguns deles se arrisquem, mediante a compra de privilégios do poder político ou simplesmente graças à força de seu próprio capital, a conquistar monopólios para a venda de seus produtos ou para a obtenção de seus meios de produção materiais, fechando então, por sua vez, o mercado”.

<sup>312</sup> FARINA, Elizabeth *et al.* *Competitividade: Mercado, estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997. Quando se fala em mercado se fala em padrão (o mercado precisa conhecer os produtos que estão nele), sendo que o padrão mais importante é o monetário, razão pela qual o mercado sem falhas funciona bem através do sistema de preços, que coloca ordem nas transações, entendendo estas, conforme a reflexão do prêmio Nobel de economia de 1991, Ronald Coase, em seu livro *The firm, the market, and the law* (Chicago: The University of Chicago Press, 1990), como as menores unidades de análise do mercado. É, portanto, inarredável a presença de um árbitro que assegure tais padrões, sendo igualmente inegável que mesmo os mercados mais desenvolvidos, ou seja, não dependentes em tecnologia e financiamento, nos quais os efeitos de externalidades negativas (vide [Capítulo 4](#)) que integram um conjunto de falhas de mercado não estão tão presentes como nos chamados países emergentes e periféricos, também não podem prescindir de tal arbitragem e apenas eventualmente podem confiar no desenvolvimento destas, de forma coordenada entre os próprios agentes econômicos, de tal modo que a crise financeira decorrente da quebra do sistema habitacional norte-americano em 2008 e seus efeitos deletérios sobre a economia mundial constituem apenas o aspecto mais aparente.

<sup>313</sup> LAFER, Celso. *Ensaio liberais*. São Paulo: Siciliano, 1991, p. 87: Nesse sentido cumpre referir o magistério de Celso Lafer no ensaio *Liberalismo, contratualismo e pacto social*, pois aponta com objetividade as limitações do mercado: “Entre essas limitações, podem ser elencadas, dentro da mais rigorosa ortodoxia, as seguintes: 1. O mercado não cria bens públicos, entre os quais está a ordem; 2. O mercado não lida com as externalidades: os efeitos de decisões que afetam terceiros que não tiveram parte nas decisões; é o caso, por exemplo, de decisões de investimento que acarretam a poluição; 3. O mercado não soluciona os problemas dos erros do consumidor, que é o que ocorre quando ele escolhe meios impróprios para a realização de seus desejos, influenciado, por exemplo, pela propaganda comercial; 4. O mercado não contém, embutido na sua lógica, um mecanismo redistributivo que elimine ou atenuie a desigualdade dos pontos de partida. É por isso que o mercado, por si só, não é suficiente para estruturar a ordem social”.

<sup>314</sup> VIEIRA, José Ribas (Org.). *A Constituição Européia: o projeto de uma nova teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

afirmação de postulados normativos gerais (“guidelines”, “disciplines”, “standards”) que assegurem uma casuística adequação aos contextos dinâmicos e cambiantes da economia em diversos países e culturas. Para tal propósito é invocada – com mais ou menos sinceridade de propósitos – a pauta legitimadora dos direitos humanos, pois, conforme observa Immanuel Wallerstein (2007), ignoram outros contextos e realidades,<sup>315</sup> eis que:

Há três tipos principais de apelo ao universalismo. O primeiro é o argumento de que a política seguida pelos líderes do mundo pan-europeu defende os “direitos humanos” e promove uma coisa chamada “democracia”. O segundo acompanha o jargão do choque entre civilizações, no qual sempre se pressupõe que a civilização “ocidental” é superior às “outras” civilizações porque é a única que se baseia nesses valores e verdades universais. E o terceiro é a afirmação da verdade científica do mercado, do conceito de que “não há alternativa” para os governos senão aceitar e agir de acordo com as leis da economia neoliberal.<sup>316</sup> (Grifo do autor).

É significativo, portanto, que a agenda econômica constitua o elemento precursor e de maior apelo na interação entre os povos, mas é imprescindível distinguir o sentido e a importância dos direitos humanos enquanto pauta permanente e irrenunciável no diálogo entre as civilizações, pois os dois aspectos representam uma constante na esfera dos tratados dependentes da adesão soberana das nações, sobremaneira em face da ausência de uma correlação, no plano internacional, entre norma e poder.<sup>317,318</sup> Assim, a “necessária correlação e implicação que devem existir entre o direito internacional e os sistemas de direito de cada país, distribuindo-se em campos distintos e complementares as conexões do poder e do direito”,<sup>319</sup> tem dado ensejo a uma variedade de iniciativas multilaterais nas esferas pública e privada. Neste aspecto toma especial relevo, na tutela internacional dos direitos humanos, a edição do Estatuto de Roma, pois com tal ato – decorrente de uma histórica conferência diplomática de plenipotenciários da Organização das Nações Unidas realizada entre 15 de

<sup>315</sup> WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. Tradução: Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 124: “Estamos no fim de uma época longa que pode ser chamada por vários nomes. Um nome adequado seria época do universalismo europeu. Estamos passando para uma época posterior. Uma alternativa possível é a multiplicidade de universalismos, que lembraria uma rede de universalismos universais.”

<sup>316</sup> WALLERSTEIN, 2007, p. 26.

<sup>317</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 340: “O Estado é uma pessoa jurídica e as normas do Direito internacional, através das quais são impostas obrigações e são atribuídos direitos aos Estados enquanto tais, são normas imperfeitas, normas carecidas de complementação.”

<sup>318</sup> ZOLO, Danilo. *Chi dice umanità: guerra, diritto e ordine globale*. Torino: Einaudi, 2000, p. 163. Após analisar a reflexão de Kelsen acerca dos limites da Sociedade das Nações em face da supremacia de um órgão executivo e não de uma Corte internacional, o autor observa na nota 8 do capítulo quarto: “Kelsen non si nasconde che la difficoltà più grave nasce dall’esigenza di dar vita ad una forza di polizia internazionale, diversa e indipendente dalle forze armate degli Stati, che applichi coercitivamente le sentenze della Corte.” Tradução livre: “Kelsen não esconde que a dificuldade mais grave nasce da exigência de dar vida a uma força policial internacional, diversa e independente das forças armadas dos Estados, que aplique coercitivamente as sentenças da Corte.”

<sup>319</sup> REALE, 1998, p. 240.

junho e 17 de julho de 1998 na capital da Itália – foi concebido e disciplinado o Tribunal Penal Internacional (TPI),<sup>320</sup> o qual, embora previsto na Carta daquela entidade,<sup>321</sup> aguardou em estado latente desde o final da II Guerra Mundial em decorrência das tensões da Guerra Fria. Um pequeno passo para a punição dos autores dos crimes mais graves ocorridos na ordem internacional, mas marcante e representativo de um contexto de mudanças institucionais no interior da mais longeva organização de coordenação internacional em defesa da paz mundial. Neste particular, importa observar que a competência do TPI ficou restrita aos crimes de “genocídio”, “guerra” e “contra a humanidade” e a autoria dos ilícitos está limitada aos atos cometidos no território dos Estados que ratificaram o Estatuto de Roma ou pelos cidadãos destes mesmos entes estatais. A aprovação do Estatuto somente se fez possível após muitos exercícios diplomáticos em face da intensa participação crítica dos EUA, o que culminou com o atendimento das suas exigências, no que tomou destaque a referida restrição da competência do tribunal. As gestões norte-americanas também acarretaram na suspensão dos efeitos da letra “d” do § 1º do art. 5º do Estatuto, que prevê o “crime de agressão”. Segundo o § 2º do art. 5º, após sete anos da entrada em vigor do estatuto este poderá ser emendado para “definir o crime” e serem enunciadas as condições em que o Tribunal exercerá a sua jurisdição sobre a maior das violações, a guerra de agressão, o que se dará em sintonia com os dispositivos pertinentes da Carta das Nações Unidas.<sup>322</sup> Ocorre que desde a entrada em vigor do Estatuto os EUA celebraram tratados bilaterais com mais de cem

---

<sup>320</sup> Instalado no dia 11 de março de 2003 em Haia, na Holanda, o Tribunal Penal Internacional inicia a consolidação do Estatuto de Roma, designação do tratado internacional que delineou esta Corte permanente para julgar os crimes de “genocídio”, “guerra” e “contra a humanidade” (ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil causando homicídio, extermínio, escravidão, deportação de populações, encarceramento desrespeitando as normas fundamentais do Direito Internacional Público). O Estatuto foi concluído e assinado em 17 de julho de 1998, no término da Conferência realizada em Roma com a participação de 160 Estados, sendo que 127 Estados aprovaram o Estatuto, 7 votaram contra (EUA, Iraque, Israel, Qatar, Iêmen, Líbia e China) e 21 se abstiveram. Acerca do TPI vide também nota [1265](#).

<sup>321</sup> Carta das Nações Unidas: “Art. 2. [...] § 4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas. [...] Art. 7. 1. Ficam estabelecidos como órgãos principais das Nações Unidas: uma Assembléia Geral, um Conselho de Segurança, um Conselho Econômico e Social, um Conselho de Tutela, uma Corte Internacional de Justiça e um Secretariado. 2. Serão estabelecidos, de acordo com a presente Carta, os órgãos subsidiários considerados de necessidade.”

<sup>322</sup> Diversos participantes da Conferência de Roma sustentaram que seria uma anomalia a instalação de um tribunal internacional para julgar casos individuais de crimes de guerra ou crimes contra a humanidade ignorando a própria beligerância em larga escala. “A maior parte dos abusos surge durante conflitos armados e a omissão do crime de agressão na competência do estatuto significaria tratar meros sintomas, ignorando as causas patogênicas do problema” (SUNGA, Lyan S. A competência ‘ratione mærie’ da corte internacional criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 191-219, p. 195). Considerando que o Estatuto entrou em vigor internacional em 1º de julho de 2002, com a ratificação por 87 países, incluindo o Brasil. (Decreto Legislativo 112, de 06.06.02, promulgado pelo Decreto 4.388, de 25.09.02, publicado no DOU de 26.09.02), desde então o mesmo já pode ser emendado para definir o “crime de agressão”.

nações para assegurarem a imunidade dos seus cidadãos diante da jurisdição da nova Corte, sendo que o Brasil se recusou a celebrar qualquer tratado bilateral no sentido de excluir a possibilidade de responsabilização dos nacionais norte-americanos diante do Tribunal Penal Internacional.

Não obstante seja procedente o ceticismo de Danilo Zolo diante das dificuldades de uma democracia cosmopolita e da efetiva isonomia entre as nações integrantes da ONU,<sup>323</sup> é inegável a existência de algo como uma opinião pública<sup>324</sup> mundial. Apenas para ilustrar cabe referir que, mesmo antes do início da ofensiva militar ocidental no Iraque em 2003, milhões de pessoas em todo o planeta se concentraram em protestos contra a guerra. E tal atitude espontânea dos povos de diversas partes do planeta – antes e acima de tudo – há de ser interpretada como uma inequívoca expressão do anseio pela exclusão do recurso à força, isto é, da exclusão do arbítrio, conforme bem delineado na reflexão do pensador tomista Gerson Boson,<sup>325</sup> no âmbito das relações supraestatais.

Uma realidade de crescentes interações e intercâmbios em dimensão planetária e em todos os níveis e esferas de conhecimento e atuação da humanidade expressa uma verdadeira interdependência dos povos – ao par com os avanços e dispositivos institucionais conformados pelo direito internacional – e consagra de forma irreversível a efetividade da sanção moral no contexto mundial, a qual tem se mostrado capaz de conter ou no mínimo reduzir a violência por parte de todas as estruturas de poder, mas reside na dimensão normativa da ordem jurídica internacional e na decorrente responsabilização dos atos de violação desta a garantia da paz e a viabilização das relações democráticas no espaço público local e nacional.

---

<sup>323</sup> ZOLO, 2004b, p. 197.

<sup>324</sup> JELLINEK, 2005, p. 170: “Se llama opinión pública a la totalidad de las concepciones morales, religiosas, literarias o económicas que nacen dentro de un círculo social mayor o menor. Puede considerarse como la opinión de la sociedad sobre los hechos de su vida social y política.” Acerca da opinião pública no Estado democrático de massas, Paulo Bonavides lembra a expressão de domínio geral que recomenda “não confundir opinião pública com opinião publicada” (Ibid., *infra*, p. 460) e observa que “o homem, com a sua personalidade, ainda possui – indestrutível tecido de sua consciência! – uma dimensão que nenhum despotismo, nenhuma lavagem cerebral, nenhuma opressão maliciosamente meiga ou brutalmente ostensiva logrará nunca suprimir”. (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 461.). E mesmo o ceticismo de Walter Lippmann não impediu o reconhecimento de que “Quando os homens agem com base no princípio da inteligência, eles saem para descobrir os fatos e obter sua sabedoria. Quando eles a ignoram, vão para dentro de si mesmos e descobrem somente o que há lá. Eles elaboram seus preconceitos ao invés de aumentar seus conhecimentos.” (LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Tradução: Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 333).

<sup>325</sup> BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 193-194.

## 6 DEMOCRACIA, DESENVOLVIMENTO E SOBERANIA: LIBERDADE E DIREITO

A reflexão até aqui desenvolvida procurou evidenciar que qualquer indagação acerca da liberdade e da legitimidade do poder na verdade suscita um debate quanto ao significado do justo e da justiça, o que só pode ser perseguido na realidade histórico-cultural e se dá num permanente esforço dialético de compatibilizar as dimensões transcendente e imanente do poder constituinte. Para tal é necessário ter presente que, conforme bem apanhado por Tercio Ferraz Junior, “em termos de verdadeiro, racional e real, o geral não exclui o específico e o singular, mas os produz e desenvolve a partir de si”.<sup>326</sup> Nesse sentido Miguel Reale observa que o direito deve ser concebido como “atualização crescente de Justiça, dos valores todos cuja realização possibilite a afirmação de cada homem segundo sua virtude pessoal”,<sup>327</sup> pois dessa forma o direito se realiza “como uma *unidade de ordem* que possui valor próprio, sem ofensa ou esquecimento dos valores peculiares às formas de vida dos indivíduos e dos grupos”.<sup>328</sup>

Assim, em um esforço de síntese dialética diante da história e da cultura, é necessário referir a obra “Sobre a Liberdade” (*On Liberty*), publicada em 1859 por Stuart Mill, dado que representa um clássico na afirmação dos direitos individuais e em grande medida consagra preceitos que hoje fazem parte do senso comum em defesa das liberdades públicas no Estado Democrático de Direito. Assumidamente utilitarista,<sup>329</sup> o autor parte da ideia de que apenas a autodefesa – que dialeticamente a todos obriga “evitar dano aos demais”<sup>330</sup> membros da comunidade – autoriza a intervenção na liberdade de ação de qualquer integrante da humanidade, pois a liberdade de pensamento, expressão e manifestação pública, bem como a liberdade dos gostos e escolhas de atividades, junto com a plena liberdade de associação, constituem as premissas de uma sociedade livre. Para Mill, é papel primordial da educação cultivar o amor próprio e as virtudes sociais,<sup>331</sup> mas não deixa de identificar diversas outras

---

<sup>326</sup> FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 32.

<sup>327</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 696.

<sup>328</sup> *Ibid.*, p. 697.

<sup>329</sup> MILL, John Stuart. *A liberdade; Utilitarismo*. Tradução: Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 187: “O credo que aceita a utilidade ou o princípio da maior felicidade como a fundação da moral sustenta que ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas conforme tendam a produzir o contrario da felicidade. Por felicidade se entende prazer e a ausência de dor; por infelicidade, dor e a privação do prazer.”

<sup>330</sup> MILL, 2000, p. 17.

<sup>331</sup> MILL, 2000, p. 117.

situações em que o controle público se faz legitimamente necessário, tal como a proteção dos trabalhadores em atividades perigosas e a prevenção de fraudes.<sup>332</sup> A contribuição de Mill é corretamente identificada por Norberto Bobbio como um “fecundo encontro entre pensamento liberal e pensamento democrático”,<sup>333</sup> pelo que, além de defensor da liberdade negativa, foi o primeiro pensador liberal a questionar o voto censitário para defender abertamente o voto universal e nos “seus últimos escritos considera até mesmo como não incompatíveis o liberalismo e o socialismo”.<sup>334</sup>

É neste sentido que Herman Heller acertadamente observa que o “Estado tem unicamente um conteúdo parcial da complexa realidade da vida”<sup>335</sup> e que a teoria do Estado acaba por isolar a realidade estatal diante da diversidade existencial humana, de tal modo que os conhecimentos de tal teoria “só podem ter valor se esse isolamento se complementar com uma constante referência à realidade total, visto que só nela tem vida e verdade.”<sup>336</sup>

A racionalidade, portanto, na acurada reflexão metodológica de Rüdiger Bubner, não pode ser invocada para emular o irracional, pois é esculpida “a partir do acervo de um mundo-da-vida que se vive e pode viver”,<sup>337</sup> ou seja:

A racionalidade por excelência, acima de qualquer esforço dialético para a atingir, baseia-se numa ilusão. O sistema enciclopédico da filosofia, a ciência unitária não superável, a sociedade futura de sujeitos livres – são tudo paradigmas de uma definitividade onde a ideia da racionalidade estaria completamente preenchida. Porém, a racionalidade não pode ser definida substancialmente a partir do fim de um processo que não conhecemos enquanto estivermos empenhados no próprio processo. A racionalidade deve, sim, ser determinada a partir dos pressupostos que nos levam ao processo.<sup>338</sup>

Cabe, por conseguinte, reconhecer a magnitude da obra de Stuart Mill sem deixar de apontar a marca do tempo em que foi editada com o propósito de “limitar o direito do Estado de restringir a esfera da liberdade individual”,<sup>339</sup> pois o pensador progressista do Século XIX por vezes se contradiz e vacila, tal como ao asseverar, diante de povos com culturas e valores distintos: “não sei se alguma comunidade tem o direito de forçar outra a ser civilizada”.<sup>340</sup> E no início de sua obra é claro ao contradizer os princípios e valores liberais ao afirmar que: “O

---

<sup>332</sup> MILL, 2000, p. 145.

<sup>333</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 72.

<sup>334</sup> BOBBIO, 1988, p. 62.

<sup>335</sup> HELLER, 1968, p. 53. Vide [nota 3](#).

<sup>336</sup> HELLER, 1968, p. 53. Vide [nota 3](#).

<sup>337</sup> BUBNER, Rüdiger. *A dialética como tópica: subsídios para uma teoria da racionalidade no mundo da vida*. Tradução: Inês Martins e Bernd Speidel. Porto Alegre: Fabris, 2013, p. 103.

<sup>338</sup> BUBNER, 2013, p. 103.

<sup>339</sup> BOBBIO, 1988, p. 66.

<sup>340</sup> MILL, 2000, p. 141.

despotismo é um modo legítimo de governo para tratar com bárbaros, desde que a finalidade seja aprimorá-los e os meios realmente se justifiquem para realizar tal fim.”<sup>341</sup> Uma passagem que corretamente mereceu a crítica de Norberto Bobbio ao indagar: “mas quem julga o fim e quem julga a adequação dos meios ao fim?”.<sup>342</sup> Mesmo diante de uma suposta coerência de Mill em decorrência da situação concreta em que a intervenção apenas seria vedada enquanto “as vítimas de uma má lei não invocam o auxílio de outras comunidades”,<sup>343</sup> a legitimidade do questionamento de Bobbio segue inabalável diante da ausência de uma regra de justiça universal. É inegável que esta passagem explicita os limites – sem comprometer a importância do pensamento de Mill na sustentação e defesa da inviolabilidade das liberdades públicas – de uma abordagem exclusivamente consequencialista em contraste com a dimensão substantiva do direito – tal como diante dos valores intrínsecos da vida e da própria liberdade e autonomia moral do ser humano, sem falar da importância da verdade e do *dever de respeito do ser humano pelo ser humano na vida em sociedade e em qualquer circunstância* – e da complexidade de questões em aberto decorrentes do dinamismo e das interações que, sobretudo após a IIª Guerra Mundial, conformaram o significado do Estado Democrático e Social de Direito para a coesão social ao delinear um “regime no qual a tutela do aparato estatal se estendeu dos direitos de liberdade aos direitos sociais”,<sup>344</sup> ou seja, todos são igualmente livres<sup>345</sup> diante da ordem constitucional democrática.

A liberdade do ser humano, portanto, não se reduz a um “estado”,<sup>346</sup> mas tal qual a igualdade, com a qual necessariamente convive, consiste em uma relação ou modo de ser no qual direito, democracia, poder constituinte e soberania, categorias presentes na Modernidade e que ainda gozam de vigor e atualidade, interagem permanentemente na definição dinâmica e dialética do que se entende por liberdade em cada contexto histórico e político. Não por outra razão Georg Jellinek, provavelmente o mais proeminente publicista do século XIX, identificou a influência da doutrina de John Locke (1632-1704)<sup>347</sup> sobre o liberalismo econômico dos fisiocratas e o sistema industrial de Adam Smith (1723-1790) delineado no

---

<sup>341</sup> MILL, 2000, p. 18.

<sup>342</sup> BOBBIO, 1988, p. 67.

<sup>343</sup> MILL, 2000, p. 141.

<sup>344</sup> BOBBIO, 1988, p. 86.

<sup>345</sup> PONTES DE MIRANDA, 1979, p. 386. Vide nota [202](#).

<sup>346</sup> BOBBIO, 1997, p. 7 (grifo do autor): “*Liberdade* indica um estado; *igualdade*, uma relação.” É necessário referir que a própria ideia positivista de “estado” passa por uma evolução na reflexão desenvolvida pelo filósofo italiano no texto citado, dado que mais adiante assevera que a liberdade não é conquistada ou perdida para sempre, mas se dá na história, em que opressão e lutas por liberdade se deparam (vide nota [70](#)).

<sup>347</sup> Vide [Seção 2 deste Capítulo](#).

texto seminal de *A riqueza das nações*,<sup>348</sup> obra lançada no mesmo ano da independência norte-americana (1776) e que, segundo o próprio jurista alemão, exerceu grande influência na resistência dos agentes econômicos diante da expansão das atividades do governo também na Europa continental.<sup>349</sup> Nas palavras de Jellinek acerca daquela tradição política e filosófica, “el Derecho no tiene otra función que la de garantizar la coexistencia de los hombres”,<sup>350</sup> de tal modo que:

Por eso el Estado sólo debe ocuparse de realizar el Derecho y renunciar a realizar el bien común. En el curso del siglo XIX esta doctrina adviene el fundamento de la teoría liberal del Estado, aunque en una forma menos rotunda; mediante ella se tiende a limitar la actividad del Estado hasta reducirla al *minimum* posible. Esta doctrina ha encontrado en Inglaterra su expresión más típica en forma de protesta contra la tensión creciente que la actividad administrativa del Estado había comenzado también allí a tomar.<sup>351</sup>

E é diante da tradição anglo-saxã, na qual a limitação da razão de Estado se dá pela via endógena da racionalidade econômica, que se coloca a importância da reflexão de Michel Foucault, pois o filósofo francês é denso em suas considerações ao delinear um paralelo entre o utilitarismo economicista – “verdade econômica no interior da razão governamental”<sup>352</sup> – e a experiência dos limites formalizados por jurisdições, em que a razão de Estado é limitada por uma via exterior ao Estado, tendo presente que “não são dois sistemas que se sucedem, nem mesmo que vão entrar em conflito insuperável.”<sup>353</sup> Todavia, é clara a distinção entre uma via econômica e outra institucional, pois esta última assume o sentido puramente limitativo para a ação da razão de Estado e, enquanto limitação de direito exterior ao Estado e aos processos econômicos, invoca como fundamento desde uma origem divina até a história remota na qual foram estabelecidos os limites do poder ou mesmo o fato de ter sido originalmente assim formulado ou “contratado” entre os súditos ou cidadãos. Por conseguinte, caso tais limites sejam ultrapassado, o poder receberá do direito a definição de ilegítimo, terá suas usurpações juridicamente objetadas e até mesmo poderá provocar o afastamento do dever de obediência da sociedade e da cidadania<sup>354</sup> diante da violação da liberdade em sua concepção jurídica.<sup>355,356</sup>

<sup>348</sup> Vide [Seção 6 do Capítulo 2](#) e [Seção 2 do Capítulo 3](#).

<sup>349</sup> JELLINEK, 2005, p. 331.

<sup>350</sup> Ibid.

<sup>351</sup> Ibid., p. 331-332.

<sup>352</sup> FOUCAULT, 2008b, p. 30.

<sup>353</sup> Ibid., p. 29: “Heterogeneidade não quer dizer contradição, mas tensões, atritos, incompatibilidades mútuas, ajustes bem-sucedidos ou fracassados, misturas instáveis, etc. Quer dizer também tarefa, incessantemente retomada porque nunca acabada, de estabelecer seja uma coincidência, seja pelo menos um regime comum. Essa tarefa é a de estabelecer em direito a autolimitação que o saber prescreve a um governo.”

<sup>354</sup> FOUCAULT, 2008b, p. 14.

<sup>355</sup> Ibid., p. 57.



Assim, pressupondo que “o princípio da igualdade universal coincide com a política de dignidade”,<sup>357</sup> é necessário concordar com López Pina, pois, no *Prólogo* ao texto de Peter Häberle sobre o Estado constitucional delineado pela Revolução Francesa, destaca a importância do processo de afirmação dos valores iluministas ao observar que o mercado somente poderá ser parte da democracia na medida em que a mão invisível for regulada tendo presente aspectos de justiça distributiva – no sentido de Aristóteles e Cícero – e preceitos morais. Mesmo a boa-fé objetiva no comércio pressupõe uma dada ordem, de tal modo que “la democracia del Estado social debe estar constituida pluralmente sobre valores fundamentales materiales y reglas procesuales”.<sup>358</sup> É necessário, portanto, ter presentes os limites da crítica de Luigi Ferrajoli ao papel da soberania na história, pois, ainda que esteja correta a observação de que o direito moderno é “como as relações de força o determinam”,<sup>359</sup> o jusfilósofo italiano também é convicto quanto ao papel positivo da “filosofia política e da cultura jurídica”<sup>360</sup> na correção dos desvios do que pode ser denominado como soberania autocrática. Mas o acerto de tal constatação vai além da filosofia, dado que se confunde com a aspiração democrática presente em toda a história do constitucionalismo, a qual ganhou efetividade na realidade concreta contra os mesmos desmandos apontados por Ferrajoli ao observar que:

Certamente, a curto prazo, não há razão alguma para sermos otimistas, até porque as orientações das tendências da atual política interna e internacional estão indo em direção exatamente oposta: pense-se no predomínio, por exemplo na Itália, de culturas políticas que tendem à desvalorização das regras e dos contrapesos constitucionais em nome do poder absoluto da maioria; no esvaziamento do papel da ONU nas recentes crises internacionais por obra da iniciativa dos Estados mais fortes; no novo espaço tomado, após o fim dos blocos, pelas políticas de poder; e no fechamento sempre mais rígido das fronteiras.<sup>361</sup>

Diante da diversidade de interesses em contradição na sociedade e no contexto internacional, ainda reside na soberania o pressuposto da ordem jurídica asseguradora de paz, segurança e desenvolvimento, o que representa o esteio substantivo dos processos

---

<sup>356</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 26: “Mingua o espaço da discricionariedade, substituída, a pouco e pouco, pela noção de liberdade vinculada e justificável racionalmente, sem sucumbir a particularismos contrários à idéia de universalização, de sorte que toda discricionariedade (no plano dos mandamentos – [...] – ou na eleição das conseqüências) resta vinculada aos princípios fundamentais, donde se extrai a inexistência de discricionariedade pura.”

<sup>357</sup> TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Tradução: Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 59.

<sup>358</sup> PINA, Antonio López. *Prólogo*. In: HÄBERLE, 1998, p. 15.

<sup>359</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 58.

<sup>360</sup> Ibid.

<sup>361</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 59.

democráticos dos povos e, portanto, o fator preponderante para a preservação de suas liberdades e respectivas identidades. As democracias, desse modo, constituem fatores de preservação da liberdade e dos valores de cada cultura em um mundo multicultural,<sup>362</sup> pois a construção de critérios para a convivência democrática e a coesão social é tarefa de cada povo. Uma vez que o *potencial humano é universal*<sup>363</sup> e somente uma política de reconhecimento igualitário permite valorizar a diferença definidora da identidade de cada pessoa enquanto indivíduo, a vontade de viver expressa a própria integridade do ser humano no diversificado contexto histórico em que o bem-estar social é definido e acolhido pelo Estado de Direito.<sup>364</sup>

É, portanto, necessário ter presente a lição de Bruno Leoni acerca do princípio fundamental de qualquer juízo, ou seja, determinar qual das partes tem razão e qual se equivocou em um conflito, o que, por óbvio, não constitui uma tarefa discriminatória automática própria da regra da maioria e muito menos da força,<sup>365</sup> pois pressupõe uma decisão segundo critérios previamente reconhecíveis e obtida sobre uma base fundamentalmente teórica. O direito e a legislação são e sempre serão o reflexo de um processo muito mais teórico do que um ato de vontade e, enquanto processo teórico, não pode ser o mero resultado de decisões emitidas por grupos de poder em detrimento das minorias dissidentes ou não.<sup>366</sup>

A tomada de posição de Norberto Bobbio, quando se proclama um “positivista inquieto”,<sup>367</sup> por certo, não é fácil, como não é a postura de todos os humanistas diante da crescente tensão política e social que antecedeu o Estado de bem-estar e o acompanha até os dias de hoje, mas traz em si mais do que o ceticismo de Kelsen, pois revela, em um mundo complexo e com tantos conflitos, uma permanente preocupação com “os nexos entre democracia e direitos humanos no âmbito interno do Estado e a possibilidade de paz no plano internacional”,<sup>368</sup> o que expressa os limites e as condições para a liberdade do ser humano.

A liberdade do ser humano guarda uma estreita relação com a identidade histórica e política expressa de forma singular na multiplicidade de culturas concebidas pela

---

<sup>362</sup> TAYLOR, 1998, p. 91-92: “Ao invocar os nossos critérios para julgar todas as civilizações e culturas, a política de diferença poderá acabar por tornar todas as pessoas iguais.”

<sup>363</sup> *Ibid.*, p. 62: “Este potencial, mais do que qualquer outra coisa que se tenha entendido sobre o assunto, é que garante a cada pessoa o facto de merecer respeito. Realmente, o nosso sentido da importância da potencialidade é tão grande que alargamos esta protecção até a pessoas que, devido a certas circunstâncias, são incapazes de realizar normalmente os seus potenciais – os deficientes ou os doentes em coma, por exemplo.”

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>365</sup> LEONI, Bruno. *La libertà e la legge*. Tradução: Maria Chiara Pievatolo. Macerata: Liberlibri, 2000, p. 208.

<sup>366</sup> LEONI, 2000, p. 209.

<sup>367</sup> FILIPPI, Alberto; LAFER, Celso. *A presença de Bobbio: América Espanhola, Brasil, Península Ibérica*. São Paulo: UNESP, 2004, p. 126.

<sup>368</sup> *Ibid.*, 2004, p. 139.

humanidade. É na história e na cultura de cada povo que o pleno desenvolvimento pessoal e coletivo se faz possível e reivindica um processo democrático que ao mesmo tempo seja capaz de interagir com o conjunto da humanidade e assegurar a efetividade dos direitos da pessoa humana. A participação nos destinos comuns da coletividade pressupõe a responsabilidade com a natureza, a dignidade e a vida humana em todo o planeta, dado que a ordem e a coesão social, por definição, demandam legitimidade social.

## 7 CONCLUSÃO DO PRIMEIRO CAPÍTULO

O direito de ter direitos pressupõe um espaço público que assegure a liberdade humana, seja no sentido negativo de não-impedimento pelas diversas manifestações do poder ou no sentido positivo de autodeterminação dos indivíduos e da coletividade, o que evidencia os limites de tal dicotomia e a necessidade de diversos outros valores para a coesão social. A igualdade, a segurança e a ordem pública também representam alguns dos pressupostos de uma composição aberta e em constante equilíbrio no espaço público, pois tal composição é ao mesmo tempo o garante da vida e da dignidade humana e a expressão da noção de justiça de cada povo. O questionamento das manifestações de poder na realidade histórico-cultural constituiu, portanto, as condições para a busca da legitimidade do poder.

A noção de soberania evoluiu desde a expressão de um poder de fato até a ideia atual de um verdadeiro direito de autodeterminação dos povos de forma isolada ou em conjunto com outros povos em um dado território, superando o dogma contratualista que isola tal noção enquanto manifestação ideológica do direito e do poder. Mais do que a existência da soberania de fato ou da soberania enquanto expressão de um dogma, a interdependência dos povos – *que sempre existiu* – reafirma a ideia de direito enquanto expressão cultural que veicula e ao mesmo tempo supera a ideologia de tais povos ao limitar as manifestações arbitrárias de poder. A verdade histórica e os conceitos morais fundamentais de cada povo compõem as noções de poder constituinte e de direito e acabam por conciliar a relatividade das convicções e a liberdade de escolha – *que asseguram o pluralismo* – com o monismo expresso nas decisões fundamentais da comunidade assentadas na Carta Maior.

O Estado, seja ele uma organização política nacional ou plurinacional, constitui uma grandeza histórica conformada pela soberania como direito de autodeterminação dos povos, o que assegura a defesa da vida e da liberdade e o próprio direito enquanto expressão das escolhas democráticas explicitadas pelo poder constituinte de cada povo. A necessidade de identificar pressupostos e definir fins em comum dentre muitas alternativas – o que apenas de forma mitigada pode ser admitido no cenário global – reduz a possibilidade de conflitos diante de interesses contrariados e da incompatibilidade de valores. É assim que, mesmo tendo presente a saudável desconfiança da validade de toda convicção eterna, a reivindicação de um critério supremo, enquanto perdurar sua imprescindibilidade para uma dada ordem e coesão social, constitui a pauta do constitucionalismo.

**SEGUNDA PARTE:  
ANTECEDENTES HISTÓRICOS E ECONÔMICOS  
DA ORDEM CONSTITUCIONAL**

**CAPÍTULOS 2 e 3**

## CAPÍTULO 2

### *LEX MERCATORIA E CODIFICAÇÃO NA ORDEM LIBERAL*

1. As regras da economia de mercado e o direito; 2. O Estado e o mercado na ordem liberal; 3. A relação jurídica, o contrato e a lei; 4. A noção de mercado e a *lex mercatoria*; 5. A *lex mercatoria* e a codificação; 6. Poder econômico e ordem pública; 7. Conclusão do segundo capítulo.

#### 1 AS REGRAS DA ECONOMIA DE MERCADO E O DIREITO

A marcha no sentido de uma crescente liberdade econômica, desde a Idade Média até o advento da Revolução Industrial<sup>369</sup> – quando se verifica uma progressiva absorção das grandes invenções na produção<sup>370</sup> e o acúmulo de capital privado acaba por relativizar ou no mínimo tensionar a intervenção do Estado em investimentos de vulto, o que, mesmo em face do poder econômico público,<sup>371</sup> constitui condições favoráveis ao incremento da

<sup>369</sup> HOBBSAWM, Eric John Ernest. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. Tradução: Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 18. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004, p. 50: “foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornaram capazes da multiplicação rápida, constante, e até o presente ilimitada, de homens, mercadorias e serviços”. Noutra passagem o mesmo autor identifica a revolução industrial como sendo “provavelmente o mais importante acontecimento na história do mundo, pelo menos desde a invenção da agricultura e das cidades”. (Ibid., p. 52).

<sup>370</sup> Indo além da máquina a vapor, concebida por James Watt em 1784, é possível identificar inovações práticas e técnicas dela decorrentes que vão desde a primitiva utilização nas minas de carvão e no tear até a construção das ferrovias e da indústria pesada de ferro e aço. O registro do estadista Winston Churchill destaca os efeitos sociais de tal inovação tecnológica: “Gradualmente as máquinas a vapor foram atreladas para servirem todo o campo da indústria contemporânea. Os engenheiros aperfeiçoaram máquinas operatrizes de precisão, o que multiplicou a produção. A fiação do algodão foi mecanizada e o sistema de industrialização foi crescendo paulatinamente. O artífice independente que até então trabalhava por conta própria foi deslocado de pouco em pouco. O parque industrial, o aumento da população, extensas alterações na colocação da mão-de-obra, tudo isso representava formidável problema social. Em decorrência da educação recebida e do meio de onde provinham, os componentes do Governo não entendiam as causas dos males que lhes competia remediar. Concentraram-se, pois, na tarefa que entendiam: a defesa da propriedade.” (CHURCHILL, Winston Spencer. *História dos povos de língua inglesa: as grandes democracias*. Tradução: Leonid Kipman. São Paulo: IBRASA, 2008, v. 4, p. 22).

<sup>371</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 243-249. Para o autor, “o Poder Econômico Público incumbe-se do controle e da orientação do Poder Econômico Privado, enquadrando-o nos parâmetros da ‘Política Econômica’ traçada de acordo com os princípios da ‘ideologia’ constitucionalmente estabelecida”. (Ibid, p. 244).

mundialização das relações econômicas<sup>372</sup> –, não autoriza o desconhecimento acerca dos percalços e contradições da história dos povos e de suas respectivas economias. É sintomático, apenas para exemplificar, que até meados do século XX ainda eram sentidos os lamentos pela falta de planejamento quando da abolição da escravatura no Brasil,<sup>373,374</sup> o que evidencia os limites estruturais presentes na economia de mercado,<sup>375</sup> bem como, nas palavras de Clóvis do Couto e Silva, atesta a fragilidade da própria liberdade de contratar, dado que:

O poder econômico, no plano sociológico, altera sensivelmente, ou até mesmo anula, a faculdade de uma das partes estabelecer cláusulas ao negócio jurídico, influenciando não apenas nos contratos celebrados entre empresas e indivíduos, mas também entre sociedades, pelos efeitos da sua concentração.

A liberdade absoluta de contratar, sem legislação marginal ao mercado, que harmonizasse as forças econômicas em litígio, ocasionou, nos países altamente industrializados, profundas restrições ao princípio da autonomia da vontade.<sup>376</sup>

<sup>372</sup> HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade*. Tradução: Wanda Caldeira Brant. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 15: “A atual economia altamente internacionalizada tem precedentes: é uma das diversas conjunturas ou estados da economia internacional que existiram desde que uma economia baseada na tecnologia industrial moderna começou a ser generalizada a partir dos anos 1860. Em certos aspectos, a economia internacional atualmente é *menos* aberta e integrada do que o regime que prevaleceu de 1870 a 1914.”

<sup>373</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 1, p. 86: “E nada mais! Nenhuma providência para atenuar a repercussão funesta da reforma sobre a lavoura desamparada. A Câmara timbrou apenas em apressar a eficiência da medida radical; no dia 9 acrescentou ao artigo 1º: ‘desde a data desta lei’. Assim redigiram, a 10, o artigo referido, afim de enviarem ao Senado a proposta imperial: ‘É declarada extinta, desde a data desta lei, a escravidão no Brasil’. O ramo conservador do Poder Legislativo não acrescentou uma palavra. A 13 de maio a Princesa assinava, radiante, a Lei n. 3.353. Deliraram de júbilo os habitantes da cidade. Quem não conhecesse a psicologia das multidões, julgaria consolidado o trono da dinastia de Bragança.”

<sup>374</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 21: “Acontece que a rejeição da liberdade de participar do mercado de trabalho é uma das maneiras de manter a sujeição e o cativo da mão-de-obra, e a batalha contra a privação de liberdade existente no trabalho adscritício é importante em muitos países do Terceiro Mundo hoje em dia por algumas das mesmas razões pelas quais a Guerra Civil Americana foi significativa. A liberdade de entrar em mercados pode ser, ela própria, uma contribuição importante para o desenvolvimento, independentemente do que o mecanismo de mercado possa fazer ou não para promover o crescimento econômico ou a industrialização. De fato, o elogio ao capitalismo feito por Karl Marx (que não foi nenhum grande admirador do capitalismo em geral) e sua caracterização (em *O capital*) da Guerra Civil Americana como ‘o grande evento da história contemporânea’ relaciona-se diretamente à importância da liberdade do contrato de trabalho em oposição à escravidão e à execução forçada do mercado de trabalho.”

<sup>375</sup> O economista Celso Furtado (1920-2004) reconhece, em documentário cinematográfico acerca de sua trajetória e reflexão, homônimo de um de seus últimos livros (*O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999), que *Formação Econômica do Brasil* (6. ed. São Paulo: Fundo de Cultura, 1964) é uma obra deliberadamente inconclusiva, porque, nas suas palavras, não queria prejudicar “o avanço das idéias”, de tal modo que assevera: “A lógica do processo histórico do Brasil é levar à concentração de renda, levar ao subdesenvolvimento. A parte final do meu livro poderia ser uma análise de como sair do subdesenvolvimento. Mas a reflexão histórica mostra que tudo leva à concentração do poder. Leva a quem manda no Brasil, a quem manda na distribuição de renda. Eu não estava disposto a comprar aquela briga. [...]. Antigamente, dava o maior barulho dizer que o problema do Brasil era estrutural. Acusavam a gente de marxista. Mas hoje está na cara. A estrutura que o Brasil tem exige a concentração de renda.” (In: *Jornal Valor Econômico*. Caderno EU&, sexta-feira e fim de semana, 12, 13 e 14 de maio de 2006, Ano 7, n. 294, p.10-11).

<sup>376</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 30.

Ainda no aspecto sociológico Pierre Rosanvallon é enfático ao observar que “os homens do século 18 viviam numa sociedade pré-capitalista”,<sup>377</sup> sendo que as teorias do contrato social, ao fundamentarem a paz civil, não equacionaram a “questão da paz e da guerra entre as nações”<sup>378</sup> e, ao pretenderem responder ao tema da instituição da sociedade, passaram ao largo do “problema da regulação da sociedade”,<sup>379</sup> o que encontrou resposta na “representação da sociedade civil como mercado”,<sup>380</sup> dado que:

A teoria da troca permite conceber que, contrariamente às relações militares, as relações econômicas entre as nações constituem uma soma de resultado diferente de zero. Por outro lado, torna possível o tratamento simultâneo e coerente do duplo problema da instituição e da regulação do social: a necessidade e o interesse regem as relações entre os homens.<sup>381</sup>

É elucidativa, por isso mesmo, a análise de Karl Polanyi acerca da fragilidade das relações internacionais no século XIX, pois naquele período, o qual antecedeu imediatamente os dois grandes conflitos mundiais, vigorou pela primeira vez uma concepção de mercado autorregulável e de Estado liberal, a primeira de matriz econômica e a segunda eminentemente política, o que se fundou em um sistema de equilíbrio de poder entre as nações, portanto também político, e no padrão-ouro como “tentativa de ampliar o sistema doméstico de mercado no campo internacional”.<sup>382</sup> Mais do que ao comércio, todavia, a paz se deveu ao papel da *haute finance* combinada com o Concerto da Europa,<sup>383</sup> que sucedeu ao furor ideológico da Santa Aliança<sup>384</sup> e seu “cartel de dinastias e feudistas cujas posições

<sup>377</sup> ROSANVALLON, Pierre. *O liberalismo econômico: história da idéia de mercado*. Tradução: Antonio Penalves Rocha. Bauru: EDUSC, 2002, p. 11.

<sup>378</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>379</sup> ROSANVALLON, 2002, p. 9.

<sup>380</sup> *Ibid.*

<sup>381</sup> *Ibid.*

<sup>382</sup> POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Tradução: Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, 10. reimp., p. 17.

<sup>383</sup> CHURCHILL, Winston Spencer. *História dos povos de língua inglesa: a era da revolução*. Tradução: Aydano Arruda. São Paulo: IBRASA, 2007, v. 3, p. 372-373: “O ímpeto da Revolução Francesa fora espalhado pelo gênio de Napoleão nos quatro cantos da Europa. Os ideais de liberdade e nacionalismo, nascidos em Paris haviam sido levados a todos os povos europeus. No século XIX, eles iriam entrar ruidosamente em choque contra o mundo ordeiro por que lutara o Congresso de Viena. Se a França foi derrotada e seu imperador caiu, os princípios que a inspiravam continuaram vivos. Iriam desempenhar papel notável na modificação das formas de governo em todos os países europeus, sem exceção da Grã-Bretanha.”

<sup>384</sup> Entre setembro de 1814 e junho de 1815 as grandes potências que se aliaram contra a França de Napoleão, ou seja, a Rússia, a Grã-Bretanha, a Áustria e a Prússia, reuniram-se em Viena para estabelecer uma paz duradoura e refazer o mapa político da Europa. Foi quando se vislumbrou um sentido político aristocrático e retrógrado diante do sentimento popular nacionalista e da aspiração de liberdade, contexto no qual a autoridade da Grã-Bretanha e a liberdade de mercado constituíram um ponto de equilíbrio objetivo diante de tais pretensões. (*In*: ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA, 1980, v. 3, p. 991-992). É significativo o registro de Winston Churchill acerca da Santa Aliança e da destacada atuação do ministro das relações exteriores da Grã-Bretanha entre 1812 e 1822 (Henry Robert Stewart Castelreagh) no Congresso de Viena em 1815: “pelo amor à estabilidade, Castelreagh estava disposto a ver os Romanovs, Hohenzollerns e Habsburgos restabelecerem



patrimoniais eram ameaçadas pela onda revolucionária de patriotismo que avassalava o continente”,<sup>385</sup> pois naquela “paz armada de dúzias de estados praticamente mobilizados na Europa de 1871 até 1914”<sup>386</sup> se observa que:

A finança – um dos seus canais de influência – agia como poderoso moderador nos conselhos e na política de uma série de pequenos estados soberanos. Os empréstimos e a renovação dos empréstimos se articulavam com o crédito e este dependia do bom comportamento. Uma vez que, sob um governo constitucional (e os governos inconstitucionais não eram vistos com bons olhos), o comportamento se reflete no orçamento e o valor externo da moeda não pode ser isolado da apreciação do orçamento, os governos em débito eram aconselhados a vigiar cuidadosamente seu câmbio e evitar políticas que pudessem se refletir na solidez da posição orçamentária. Essa máxima bastante útil tornava-se uma regra de conduta convincente, uma vez que o país adotasse o padrão-ouro que limitava ao mínimo as flutuações permitidas. O padrão-ouro e o constitucionalismo eram os instrumentos que tornaram conhecida a voz da City de Londres em muitos dos países menores que adotaram esses símbolos de adesão à nova ordem internacional. Às vezes a Pax Britannica mantinha esse equilíbrio através dos canhões dos seus navios, entretanto, mais freqüentemente, ela prevalecia puxando os cordéis da rede monetária internacional.<sup>387</sup>

Não há dúvida de que “a organização da paz repousava sobre a organização econômica”,<sup>388</sup> de tal modo que o livre comércio vigorou entre 1846 e 1879 para logo agudizar com “o início de uma era de protecionismo e expansão colonial”<sup>389</sup> entre soberanias

---

sua autoridade reacionária na maior parte da Europa Central e Oriental, num desafio a todos os movimentos populares de nacionalismo e liberdade”. (CHURCHILL, 2007, p. 372).

<sup>385</sup> POLANYI, 2000, p. 21-22.

<sup>386</sup> Ibid., p. 29.

<sup>387</sup> Ibid. A síntese crítica de tais atos de violência pode ser identificada na nota diplomática do governo da República da Argentina, elaborada pelo então Ministro das Relações Exteriores daquele país, Luis M. Drago, quando da ameaça de bombardeio da cidade de Caracas e a decorrente tensão entre os governos da República da Venezuela e os da Grã-Bretanha e da Alemanha no ano de 1902, pois com propriedade registra que: “El reconocimiento de la deuda, la liquidación de su importe, pueden y deben ser hechos por la nación, sin menoscabo de sus derechos primordiales como entidad soberana, pero el cobro compulsivo é inmediato, en un momento dado, por mérito de la fuerza, no traería otra cosa que la ruina de las naciones más débiles y la absorción de su gobierno con todas las facultades que le son inherentes por los fuertes de la tierra” (MARÍA DRAGO, Luís. *Cobro coercitivo de deudas públicas*. Buenos Aires: Coni Hermanos, 1906, p. 12). Neste particular Rui Barbosa, embora tenha sustentado que ninguém devesse defender a violência, pois esta seria o recurso extremo após a submissão aos órgãos de arbitragem e jurisdição internacional, criticou tal doutrina na célebre Conferência da Paz realizada em Haia no ano de 1907 (BARBOSA, Rui. A segunda conferência da paz. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, vol. XXXIV.1907, 1966, t. II. p. 79). Acerca do tema cumpre referir o texto de Ricardo Camargo, publicado na Revista Consulex. (CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Ressuscitando a doutrina de Drago. *Revista Consulex*, Brasília, ano V, n. 103, p. 12-17, 30 de abril/2001).

<sup>388</sup> POLANYI, 2000, p. 33.

<sup>389</sup> POLANYI, 2000, p. 34. Vide também: HOBBSAWM, Eric J. *A era do capital: 1848-1875*. Tradução: Luciano Costa Neto. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 50: “As revoluções de 1848 deixaram claro que a classe média, o liberalismo, a democracia política, o nacionalismo e mesmo as classes trabalhadoras eram, daquele momento em diante, presenças permanentes no panorama político.” O autor analisa e apresenta um retrato do período de consolidação do capitalismo industrial e das suas organizações sociais sindicais e partidárias premidas pelas tensões ideológicas que irão delinear as vertentes liberal, socialista, comunista, fascista e nacionalista no século XX, identificando a superação das revoluções sociais e populares suscitadas em 1848 enquanto referência histórica inicial de tal período e a década de 1870 enquanto termo

independentes. Assim, Karl Polanyi sustenta que a dificuldade dos economistas liberais de reconhecerem os limites de um sistema de mercado autorregulável e com ele o padrão-ouro enquanto um mecanismo social e não uma instituição puramente econômica,<sup>390</sup> acabou por comprometer as próprias instituições liberais e propiciar o ascenso de regimes de arbítrio com a substituição da instituição central do século XIX – a produção baseada em mercados livres – por ditaduras totalitárias e “novas formas de economia”.<sup>391</sup> Entender, portanto, o que se passou naquele período e mesmo nos séculos precedentes, é fundamental para se ter uma dimensão mais precisa da transição entre o que Polanyi chama de “arte de governar tradicional”<sup>392</sup> para uma “nova arte de governar”,<sup>393</sup> dado que a Revolução Industrial pautou “o impacto da máquina numa sociedade comercial”<sup>394</sup> e propiciou o estabelecimento da economia de mercado, onde o sistema econômico deve funcionar sem interferências externas. Assim, o mercador dispõe do capital necessário e assume a tarefa de produzir “com a ajuda de ferramentas e fábricas especializadas, complicadas, dispendiosas”,<sup>395</sup> mas para tal reivindica que, além do capital, todos os demais fatores de produção – matérias-primas, terra e força de trabalho – estejam à venda, ou seja, disponíveis na quantidade necessária para serem comprados sem que a produção seja interrompida.<sup>396</sup>

É patente que para consagrar a economia de mercado, na qual “a motivação do lucro passa a substituir a motivação da subsistência”<sup>397</sup> e todas as rendas derivam de vendas, seja do trabalho ou de bens, ganhando força a ideia de um mercado autorregulável, se fez necessária a intervenção direta dos Estados nacionais na defesa e consolidação de tais valores, pois o Estado, novamente nas palavras de Clóvis do Couto e Silva, “intervinha para tornar orgânicos, na vida social, os princípios apregoados pelo liberalismo e erradicar tudo aquilo que se vinculasse à estrutura de classes ao estilo do sistema feudal.”<sup>398</sup> Neste aspecto Michel Foucault observa que a superação do feudalismo e a incidência de tal mudança sobre o exercício da soberania territorial pelo Estado, especialmente diante da população e das relações econômicas, representou uma distinção entre o que até então era um poder de “fazer

---

final dado pelo começo de uma época de recruscimento do colonialismo e do protecionismo econômico nacionalista.

<sup>390</sup> POLANYI, 2000, p. 36.

<sup>391</sup> Ibid., p. 44.

<sup>392</sup> Ibid., p. 51.

<sup>393</sup> Ibid., p. 57.

<sup>394</sup> Ibid., p. 59.

<sup>395</sup> Ibid., p. 59.

<sup>396</sup> Ibid., p. 60.

<sup>397</sup> Ibid.

<sup>398</sup> COUTO E SILVA, 2007, p. 28-29.

morrer ou deixar viver”<sup>399</sup> e passou a ser um poder de “fazer viver e de deixar morrer”,<sup>400</sup> retomando com isso a ideia do pastorado religioso,<sup>401</sup> agora em sua dimensão laica, mas onde é destacado do processo político “uma economia dirigida pelos preços do mercado e nada além dos preços do mercado”.<sup>402</sup>

Ocorre que desde então o mercado constitui uma autêntica instituição que, com alguns sobressaltos, se expressa enquanto ordem jurídica.<sup>403</sup> O próprio mercado, todavia, ao assegurar a regularidade e a previsibilidade do agir de seus agentes supera a individualidade destes, pois, conforme Natalino Irti observa, se evidencia que:

A regularidade, a reiteração de determinados comportamentos nas mesmas circunstâncias, permite um cálculo *sobre o futuro*, aquele ‘pre-ver’ ou ver antes, em que um sujeito confia no agir do outro. A ordem nem tanto olha o passado, quanto o futuro: ela reduz ou anula as incógnitas daquilo que deve ainda acontecer. Os comportamentos, ao reiterar-se segundo uma regra, e conseqüentemente ao se associarem às mesmas circunstâncias e situações, assumem caráter de tipicidade e uniformidade. A *forma* de uma ordem é dada, precisamente, por conteúdos típicos, racionalmente previsíveis e calculáveis pelas partes.<sup>404</sup>

Estes conteúdos típicos, previsíveis e calculáveis pelas partes, possibilitam que estas possam antever os comportamentos futuros dos agentes econômicos com quem contratam, de tal forma que o próprio “sistema jurídico, em contínuo processo de adaptação, busca neutralizar os fatores de instabilidade que comprometeriam a preservação do mercado”.<sup>405</sup> Nas palavras de Emilio Betti, o negócio jurídico é um fato jurídico no qual a causa caracteriza o negócio e contempla os elementos necessários e indispensáveis da sua função típica, o que

---

<sup>399</sup> FOUCAULT, 1999, p. 287.

<sup>400</sup> *Ibid.*

<sup>401</sup> FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a, p. 170: “O poder pastoral é um poder de cuidado. Ele cuida do rebanho, cuida dos indivíduos do rebanho, zela para que as ovelhas não sofram, vai buscar as que se desgarram, cuida das que estão feridas.”

<sup>402</sup> POLANYI, 2000, p. 62.

<sup>403</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. ‘A reforma do sistema judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no Brasil.’ *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 12, n. 43, p. 9-16, jan./mar. 2009, p. 10.

<sup>404</sup> IRTI, 2003, p. 5. Texto original: “La regolarità, il reiterarsi di dati comportamenti nelle medesime circostanze, permette un *calcolo sul futuro*, quel ‘pre-vedere’, o vedere prima, onde un soggetto confida nell’agire altrui. L’ordine non tanto riguarda il passato quanto il futuro: esso riduce o annulla le incognite di ciò che deve ancora accadere. I comportamenti, nel reiterarsi secondo una regola, e dunque nel collegarsi alle medesime circostanze e situazioni, assumono carattere di tipicità e uniformità. La *forma* di un ordine è data, appunto, da contegni tipici, ragionevolmente prevedibili e calcolabili dalle parti.”

<sup>405</sup> FORGIONI, Paula. “A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil.” *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, v. 42, n. 130, abr.-jun. 2003, p. 9.

está expresso na própria “função de interesse social da autonomia privada”,<sup>406</sup> pois, mesmo antes de ser reconhecido pela ordem jurídica, é um fenômeno social, dado que:

a causa ou razão do negócio se identifica com a *função econômico-social* de todo o negócio, considerado despojado da tutela jurídica, na *síntese* dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada.<sup>407</sup>

No mesmo sentido aponta Vincenzo Roppo, pois “contrato é meio insubstituível de organização e funcionamento das relações sociais e econômicas”.<sup>408</sup> Também Pontes de Miranda, ao analisar os elementos do suporte fático do negócio jurídico, observa que “a causa é a função, que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando a eficácia.”<sup>409</sup>

A questão que se coloca, entretanto, reside na viabilidade de a totalidade da sociedade adotar o mercado como seu princípio básico organizador, pois a história desconhece qualquer precedente concebido por tal determinismo e, “anteriormente à nossa época, nenhuma economia existiu, mesmo em princípio, que fosse controlada por mercados,”<sup>410</sup> o que, em face do Poder Constituinte do povo, apresenta os limites do mero reconhecimento de que “o Estado possui funções de formador subsidiário do meio econômico e social”<sup>411</sup>, pois a boa-fé objetivamente delineada e sua exigência de colaboração, honestidade, lealdade e fidelidade entre as partes contratantes<sup>412</sup> não basta para conformar e assegurar o processo econômico.

<sup>406</sup> BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, t. I. p. 260.

<sup>407</sup> Ibid.

<sup>408</sup> ROPPO, p. 533 Texto original: “il vincolo ha soprattutto una ragione funzionale”,<sup>408</sup> dado que o “contratto è mezzo insostituibile di organizzazione e funzionamento dei rapporti sociali ed economici”.

<sup>409</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. III, p. 107.

<sup>410</sup> POLANYI, 2000, p. 62: “Embora a instituição do mercado fosse bastante comum desde a Idade da Pedra, seu papel era apenas incidental na vida econômica.”

<sup>411</sup> COUTO E SILVA, 2007, p. 29.

<sup>412</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 17. Judith Martins-Costa lembra que a boa-fé subjetiva denota ignorância ou mesmo crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma dada situação, enquanto que a boa-fé objetiva expressa um “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico” (Id. Ibid., *infra*, p. 411) que contempla as “expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412). Também Cristina Pezzella destaca que a boa-fé subjetiva “refere-se ao sujeito do ponto de vista da sua consciência ou ignorância a uma qualidade referente a ele próprio, num estado psíquico de conhecimento ou desconhecimento, de conformidade a uma expectativa jurídica a ela atribuível da qual ele deva agir ou omitir-se, do questionar-se em determinados momentos da intenção ou falta de intenção na prática de um determinado ato, ou dada situação” (Id. Ibid., *infra*, p. 118), enquanto que: “A boa-fé objetiva compreende, também, a interpretação integradora das cláusulas contratuais e o reconhecimento dos deveres decorrentes diretamente da boa-fé objetiva, independente da vontade manifestada pelas partes, para serem observados antes, durante a fase de formação e no cumprimento da obrigação, após a execução, como também nas obrigações decorrentes da lei.” (PEZZELLA, Maria Cristina

Longe de qualquer ordem natural espontânea, a liberdade das transações decorre de uma ordem legal que define com objetividade o regime da propriedade, dos contratos, do estatuto das sociedades comerciais e profissionais, da falência, das patentes, bem como da moeda e do sistema financeiro,<sup>413</sup> de tal modo que, no seu difícil processo de afirmação, contou com os mecanismos institucionais de jurisdição e as grandes codificações legislativas do século XIX, ou seja, com a lei enquanto instrumento de política econômica.<sup>414</sup>

---

Cereser. *A eficácia jurídica na defesa do consumidor: o poder do jogo na publicidade: um estudo de caso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 130-131).

<sup>413</sup> IRTI, Natalino. *Norma e luoghi: problemi di geo-diritto*. 5. ed. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 137.

<sup>414</sup> GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: il Mulino, 2005, p. 91.

## 2 O ESTADO E O MERCADO NA ORDEM LIBERAL

A essência do Estado, tal como o conhecemos na Modernidade, é simultânea à essência do direito, pois, segundo aponta Ruy Cirne Lima, ambas residem na “criação de certeza pela autoridade”,<sup>415</sup> sendo este o traço característico do direito público. O autor, todavia, é claro ao identificar a precedência do direito diante do Estado na afirmação do bem comum<sup>416</sup> quando observa que:

O Estado, entretanto, não é chamado à vida para dar o direito; antes o direito, a relação de justiça, é que o chama à vida. O Estado é chamado à vida pelo direito, ou pela relação jurídica, a fim de aplicar e executar o direito e, através da ordem jurídica em realização, assegurar o bem comum.<sup>417</sup>

Aqui novamente cumpre atentar para a reflexão de Michel Foucault, pois, em uma acurada análise do processo de evolução da noção de soberania desde a Idade Média, o filósofo francês identifica o surgimento dos temas do direito natural, do contrato social, do direito originário e das instituições judiciárias com o fortalecimento intrínseco do poder real,<sup>418</sup> o que também Kelsen anteriormente apontara ao observar que:

Está fora de causa que a doutrina do direito natural foi dominante nos séculos XVII e XVIII e que, após um recuo durante o século XIX, voltou de novo ao primeiro plano da filosofia social e jurídica, acompanhada da especulação metafísico-religiosa, no século XX, como sequela das duas guerras mundiais e da reacção contra o nacional-socialismo, contra o fascismo e, especialmente, contra o comunismo; assim como está fora de questão que esta doutrina do direito natural é de origem metafísico-religiosa.<sup>419</sup>

É assim que, após o advento da monarquia absolutista, o desenvolvimento dos problemas e das teorias que ampararam o direito público passam a dar substrato, nos séculos XVII e XVIII, para a oposição ao discurso da razão de Estado,<sup>420</sup> manifestada como Estado de polícia, mesmo que “certo número de teóricos favoráveis ao poder real retome o problema e procure integrá-lo, procure integrar as questões de direito, a interrogação do direito, à razão de

<sup>415</sup> LIMA, Ruy Cirne. *Preparação à dogmática jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1958, p. 31-32: “certeza, que a mesma natureza da regra jurídica indispensavelmente reclama; certeza ‘in abstracto’ pela legislação; certeza ‘in concreto’, e definitiva, pela coisa julgada; certeza ‘in concreto’, mas provisória, pelo ato de administração”.

<sup>416</sup> Vide notas [90](#) e [213](#).

<sup>417</sup> LIMA, 1958, p. 17.

<sup>418</sup> FOUCAULT, 2008b, p. 13.

<sup>419</sup> KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 97-98.

<sup>420</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 74: “Estudam-se as concepções de *necessitas*, bem público, interesse público, mas também a razão de Estado como um conceito jurídico: a transgressão da letra da lei para a realização de seu espírito, favorecendo cada vez mais a autoridade política.”

Estado e à sua justificação.”<sup>421</sup> E por Estado de polícia se entende o exercício ilimitado da soberania interna por um governo que se confunde com o quotidiano da administração,<sup>422</sup> onde a realidade territorial estatal específica e descontínua diante de outras realidades estatais busca “encarregar-se da atividade dos indivíduos até em seu mais ténue grão.”<sup>423</sup> Trata-se de expressão da clássica síntese explicitada por Georg Jellinek, com amparo na doutrina de Jean Bodin, entre a soberania interna e a soberania externa como manifestações do mesmo poder supremo em um território enquanto representação de um Estado.<sup>424</sup> Por conseguinte, o princípio da razão de Estado ganha vigor com o mercantilismo na economia urbana e rural<sup>425</sup> e constitui uma estrutura diplomático-militar permanente para assegurar a soberania externa<sup>426</sup> e com isso “manter a pluralidade dos Estados fora de qualquer absorção imperial e de tal modo que certo equilíbrio possa se estabelecer entre eles”.<sup>427</sup>

Acerca do desenvolvimento do mercantilismo, entre finais do século XVI e meados do século XVIII, Avelãs Nunes observa que por detrás do mesmo “encontra-se uma nova concepção da sociedade e do estado, que reflecte, por exemplo, na ideia da unificação do mercado nacional e na laicização dos fins últimos da sociedade”,<sup>428</sup> de tal modo que:

Os novos estados nacionais centralizados constituídos na Europa viram-se muito cedo confrontados com a necessidade de resolver os problemas de financiamento das suas estruturas administrativas e de encontrar os meios indispensáveis à consolidação do poder real, fora dos quadros da sociedade feudal e muitas vezes contra os antigos senhores feudais. Os problemas económicos passam a ser encarados na óptica do estado e os autores que agora escrevem sobre questões económicas já não são os teólogos, mas os homens de negócios, os administradores, os conselheiros do soberano.<sup>429</sup>

---

<sup>421</sup> FOUCAULT, 2008b, p. 13.

<sup>422</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>423</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>424</sup> JELLINEK, 2005, p. 563.

<sup>425</sup> HECKSCHER, Eli F. *La época mercantilista: historia de la organizacion y las ideas económicas desde el final de Edad Media hasta la sociedad liberal*. México: Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 195: “Se traslucía aquí el ideal económico general del mercantilismo: su aversión contra todo lo que fuese ociosidad y holgazanería (*l’oisivité, la fainéantise*). A los ojos de los gobernantes, el gran método de la industria casera rural era que daba trabajo a toda la población, desde lo niños de 4 años en adelante.” Vide notas [427](#), [431](#) e [901](#).

<sup>426</sup> BERCOVICI, 2008, p. 77: “não se trata mais, como pensava Maquiavel, de afirmar a dominação do príncipe sem gerar o ódio do povo, mas de relações entre o poder coletivo do Estado (não o poder pessoal do príncipe apenas) e sua substância ativa e laboriosa, a população.”

<sup>427</sup> FOUCAULT, 2008b, p. 8: “O mercantilismo não é uma doutrina econômica, é muito mais, é algo bem diferente de uma doutrina econômica. É certa organização da produção e dos circuitos comerciais de acordo com o princípio de que, primeiro, o Estado deve se enriquecer pela acumulação monetária; segundo, deve se fortalecer pelo crescimento da população; terceiro, deve estar e se manter num estado de concorrência permanente com as potências estrangeiras.”

<sup>428</sup> NUNES, António José Avelãs. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 292.

<sup>429</sup> NUNES, 2007, p. 290.

A atuação estatal é orientada pelo interesse político e pela necessidade de fortalecer o potencial financeiro do Estado, o que é convergente com o interesse econômico da classe mercantil de multiplicar o volume da produção e expandir a vida econômica, de tal modo que tais fatores – *interesse* e *necessidade* – definem a tendência de valorizar o volume de exportações e o comércio internacional enquanto verdadeira fonte de excedente e, por consequência, de acumulação e renda estatal.<sup>430</sup> O direito comercial nos Estados absolutistas, conforme refere Francesco Galgano, chega a ser identificado enquanto direito público, pois diz respeito ao governo e a política estatal em face do privilégio conferido aos comerciantes arbitrariamente pela lei e não pelo direito natural.<sup>431</sup> O discurso jurídico, entretanto, invoca os direitos naturais, a teoria do contrato e sustenta que tais razões são imprescritíveis diante do poder absoluto do monarca, pois são constitutivas do próprio Estado, o que paulatinamente concebe o surgimento do Iluminismo e o advento das revoluções liberais. Mas é somente no curso do século XIX, com a constituição de mercados para dois elementos da natureza, ou seja, a terra e o trabalho, que se fez possível a conformação de uma economia de livre mercado e a própria definição de sua noção, sendo elucidativo o quanto Karl Polanyi observa sobre tal tema, eis que:

A comercialização do solo foi apenas um outro nome para a liquidação do feudalismo, que se iniciou nos centros urbanos ocidentais, inclusive na Inglaterra, no século XIV e terminou cerca de quinhentos anos mais tarde, no decurso das revoluções européias, quando foram abolidos os remanescentes da servidão feudal.<sup>432</sup>

E o mesmo Karl Polanyi pondera que “a teoria do trabalho como mercadoria foi apresentada em primeiro lugar, e enfaticamente, não por economistas, mas por advogados”,<sup>433</sup> pois, também no curso do século XIX, a vedação da liberdade de organização e de associação

<sup>430</sup> GALGANO, 2005, p. 76.

<sup>431</sup> Ibid. Acerca da distinção entre *ius privatum* e *ius publicum* e a sua origem na Roma antiga, Galgano observa que na Idade Média ficou sem sentido e lentamente passou a readquirir o mesmo com a contraposição entre o direito emanado do Estado (direito público) e o direito consuetudinário produzido de forma extra-estatal, correspondente ao antigo direito romano. A identificação do direito comercial com o direito público quando do mercantilismo alterava a harmonia ideológica do sistema, pois a liberdade econômica era retirada do direito natural, mas não comprometia o equilíbrio formal diante do entendimento de que as relações comerciais não se davam entre particulares, mas entre “soggetti esercenti un privilegio sovrano” (Op. cit., p. 90). Tradução livre: “sujeitos que exercem um privilégio soberano. A nova classe dominante apreendeu com a nobreza que “la legge può essere un formidabile strumento di politica economica; ora è la borghesia che sollecita l’intervento regolatore dello Stato nei rapporti sociali; e, anzi, la codificazione civile è fra i primi obiettivi del programma delle forze rivoluzionarie.” (Op. cit., p. 91). Tradução livre: “a lei pode ser um formidável instrumento de política econômica; agora é a burguesia que solicita a intervenção reguladora do Estado nas relações sociais; aliás, a codificação civil está entre os primeiros objetivos do programa das forças revolucionárias.”.

<sup>432</sup> POLANY, 2000, p. 215.

<sup>433</sup> Ibid., p. 218. No mesmo sentido: KEYNES, John Maynard. O fim do laissez-faire. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (Org.). *Os grandes cientistas sociais: John Maynard Keynes*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1984, p. 106-126, p. 107. v. 6.



dos trabalhadores através da legislação foi fundamental para a constituição de um mercado livre de trabalho.<sup>434</sup> Todavia, reside na função social exercida pela exploração da terra, em contraste com os povos nômades, a razão do longo período de tempo decorrido até a plena superação do feudalismo e a constituição de um mercado para a terra, o que também permite o entendimento objetivo de que “o caráter territorial de soberania não era apenas um resultado de associações sentimentais porém de fatos concretos, inclusive fatos econômicos.”<sup>435</sup> Nesta perspectiva Eros Grau observa que a “universalidade do direito”<sup>436</sup> reflete, “ainda que de modo distorcido”,<sup>437</sup> a característica do modo de produção econômica expressa na “*universalidade da troca mercantil*”.<sup>438</sup> É assim que com acerto Avelãs Nunes, ao analisar a teoria dos sistemas econômicos, observa que:

toda a economia é um *sistema*, no sentido em que toda a economia é um conjunto de elementos (pessoais e materiais), de processos e relações (de produção, de distribuição, v.g.) interligados de acordo com um princípio orientador, um princípio de unidade, que assegura uma certa coerência e estabilidade à *estrutura* constituída por aqueles elementos, processos e relações económicas.<sup>439</sup>

Logo, no plano jurídico, Avelãs Nunes identifica três situações distintas nas relações sociais em face da “estrutura fundamental de cada sistema econômico”,<sup>440</sup> ou seja, as relações entre as diversas categorias de agentes econômicos e os meios de produção, entendendo esses últimos enquanto “conjunto dos objetos de trabalho e dos meios de trabalho”,<sup>441</sup> de tal modo que no âmbito da teoria dos modos de produção constata que:

1) se os produtores directos são eles próprios, simultaneamente, proprietários dos meios de produção, estamos perante um *sistema de produção de mercadorias simples* ou *sistema de produção independente*: o produto do trabalho produtivo pertence por inteiro ao *produtor autónomo*; 2) se os meios de produção pertencem a pessoa diferente do produtor directo, esta circunstância vai permitir ao proprietário dos meios de produção, em certas condições históricas, assumir a direcção do processo produtivo, contratar trabalhadores assalariados e apropriar-se do sobreproduto social (é esta a essência do sistema capitalista); 3) se não existir propriedade privada dos meios de produção e estes pertencerem a toda a comunidade, a esta caberá a direcção do processo produtivo, revertendo o produto social para a coletividade dos produtores (é esta a essência do sistema socialista).<sup>442</sup>

---

<sup>434</sup> POLANY, 2000, p. 215.

<sup>435</sup> *Ibid.*, 220.

<sup>436</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003a, p. 119.

<sup>437</sup> *Ibid.*

<sup>438</sup> *Ibid.*

<sup>439</sup> NUNES, 2007, p. 60.

<sup>440</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>441</sup> NUNES, 2007, p. 63, nota 17.

<sup>442</sup> *Ibid.*, p. 63.

As formas de propriedade sobre os meios de produção assumem, via de consequência, uma expressão jurídica que irá definir o modo de produção e a posição relativa dos seres humanos no sistema de produção social, a qual também define ou não a divisão da sociedade em classes e a natureza da relação entre elas: cooperação ou antagonismo.<sup>443</sup> Por outro lado, Walter Eucken (1891-1950),<sup>444</sup> inspirado nos tipos ideais de Max Weber, delineou a teoria dos tipos de coordenação, pela qual pretendeu construir “os tipos abstractos de organização económica, as ‘ordens económicas’ puras, às quais seriam suscetíveis de reconduzir-se todos os sistemas ou organizações concretas, passados ou presentes.”<sup>445</sup> Na referência de Avelãs Nunes é possível observar que Eucken reafirma a distinção entre “*economia de mercado e economia de direção central*”,<sup>446</sup> quando também sustenta que “a atividade do homem enquanto produtor se desenvolve de acordo com um *plano orientador* daquela actividade e defende que o importante é saber *quem dita o plano*”,<sup>447</sup> o que pode ser o mercado com a oferta e a procura ou alguma entidade exterior ao mercado e à economia,<sup>448</sup> de tal modo que:

Nas **economias de direção central**, a economia é dirigida a partir do centro, com base num plano único imposto pelo estado (ou por uma unidade central) às unidades técnicas de produção e aos consumidores, cabendo ao estado (ou à unidade central) determinar os objetivos a prosseguir, os meios a utilizar, os preços a fixar.<sup>449</sup>

Ainda no âmbito da teoria dos sistemas económicos, é importante observar – ao lado da teoria dos modos de produção<sup>450</sup> e da teoria dos tipos de coordenação – a teoria dos estágios de evolução económica, a qual trabalha com critérios históricos e sustenta a existência de um processo evolutivo, tendo tomado expressão com a Escola Histórica Alemã. Dentro de tal concepção, além do critério da atividade dominante em cada fase (pastoreio; agricultura; agricultura e indústria; agricultura, indústria e comércio) e do critério dos sucessivos instrumentos de troca (troca direta; troca monetária; venda a crédito e empréstimo), tem importância determinante o critério territorial, o qual vai desde o restrito

<sup>443</sup> Ibid., p. 65.

<sup>444</sup> Walter Eucken foi um dos expoentes e precursores do neoliberalismo alemão, conhecido como Escola de Friburgo, tendo sido professor de economia em Tübingen e Friburgo, onde viveu até a morte. Estudou economia em Bonn e Berlin e foi influenciado pelo historicismo alemão até romper com tal doutrina quando constatou os limites da mesma em face do sentido dinâmico da economia, cujos limites ficaram expressos diante da inflação. (FOUCAULT, 2008b, p. 166).

<sup>445</sup> NUNES, 2007, p. 70.

<sup>446</sup> Ibid.

<sup>447</sup> Ibid.

<sup>448</sup> Ibid., p. 70.

<sup>449</sup> Ibid., p. 63.

<sup>450</sup> Ibid., p. 60: “Do conceito de *sistema económico* costuma distinguir-se o conceito de *forma económica*, referindo-se este último aos vários modos (tipificados) de manifestação de um determinado sistema, modos que se distinguem em função de critérios como o grau de desenvolvimento das forças produtivas, a forma e a dimensão das unidades de produção, a organização dos sujeitos económicos, o modo de coordenação da economia, etc.”

espaço da *economia doméstica* (família, tribo, domínio senhorial e feudal), passa pela *economia urbana* (atividades artesanais das cidades em relações de troca com as populações agrícolas) e toma expressão maior na economia nacional, na qual se verifica o desenvolvimento das relações de troca entre os diversos núcleos urbanos.<sup>451</sup> Por consequência, tal concepção também enseja a defesa de uma fase mundial da economia, “que corresponderia a um novo período de relações económicas estabelecidas entre as várias comunidades nacionais”.<sup>452</sup>

Aparte o mérito das concepções teóricas referidas na elucidação do contexto econômico, é significativamente relevante e pressuposta ao debate em foco – o qual em certa medida é sempre permeado por concepções políticas e ideológicas – a reflexão de Max Weber acerca dos limites do mercado, pois o sociólogo alemão observa que:

*A comunidade de mercado como tal constitui a relação vital prática mais impessoal que pode existir entre os homens.* Não porque o mercado implica a luta entre os interessados. Toda relação humana, mesmo a mais íntima – também a entrega pessoal mais incondicional –, é em algum sentido de caráter relativo e pode significar uma luta com a outra parte, para salvar sua alma, por exemplo. Mas porque ele é orientado de modo especificamente objetivo, pelo interesse nos bens de troca e por nada mais. *Quando o mercado é deixado à sua legalidade intrínseca, leva apenas em consideração a coisa, não a pessoa, inexistindo para ele deveres de fraternidade e devoção ou qualquer das relações humanas originárias sustentadas pelas comunidades pessoais.*<sup>453</sup>

Aqui ganham destaque os contrastes decorrentes da primeira e breve experiência mundial com a irrestrita liberdade de mercado, pois no século XIX o protecionismo começou a ser praticado na década de 1870 como uma resposta para a grande crise de então, e “se os estados organizados da Europa podiam se proteger contra a repercussão do comércio livre internacional, o mesmo não ocorria com os povos coloniais, politicamente não organizados”,<sup>454</sup> de tal modo que:

A revolta contra o imperialismo foi principalmente uma tentativa dos povos exóticos de alcançar o status político necessário para protegê-los das distorções sociais causadas pelas políticas comerciais européias. A proteção de que o homem branco podia assegurar-se com facilidade, pelo status soberano de suas comunidades, estava fora do alcance do homem de cor enquanto lhe faltasse o pré-requisito – o governo político.<sup>455</sup>

---

<sup>451</sup> Ibid., p. 61-62.

<sup>452</sup> Ibid., p. 62.

<sup>453</sup> WEBER, 1999, v. 1, p. 419-420 (grifo nosso).

<sup>454</sup> POLANYI, 2000, p. 219.

<sup>455</sup> Ibid.

Trata-se da mesma instrumentalidade que no passado reivindicou o surgimento do Estado e em ato contínuo invocou o estado de exceção diante da ameaça ao *status quo*,<sup>456</sup> mas que hoje pretende sustentar a legitimidade social no ponto extremo da exclusiva relação de mercado, no qual uma “nova e terrível espécie de monismo ocupa os múltiplos e divididos territórios”.<sup>457</sup> Nas palavras de Natalino Irti, os tratados “objetivam criar um ‘espaço sem fronteiras internas’, um espaço para a circulação de capitais, trabalho, bens”,<sup>458</sup> onde a “concreta e limitada historicidade é descartada em favor da espacialidade: não conta a transformação do homem no tempo, mas o seu fazer no espaço”.<sup>459</sup> É neste sentido que Alain Touraine identifica a afirmação do sujeito pessoal – *defesa dos direitos do homem* – e a racionalidade instrumental enquanto articulação do liberalismo clássico consagrado com as revoluções que eliminaram a monarquia absoluta. Entretanto “a história dos dois séculos seguintes será a da separação crescente destes dois princípios, tão fortemente associados no pensamento de Locke”,<sup>460</sup> dado que quanto mais a razão “construir um mundo de técnicas e de poder, mais o apelo aos direitos do homem se dissociará”<sup>461</sup> da confiança em tal racionalidade. É, portanto, cruamente realista o registro de Carl Schmitt, em texto lançado em 1951 com o título de *A unidade do mundo*, no sentido de que “hace ya más de cien años”<sup>462</sup> os bons observadores se deram conta de que:

El ideal de la unidad global del mundo en perfecto funcionamiento responde al actual pensamiento técnico-industrial. No confundamos este ideal técnico con el cristiano. El desarrollo técnico produce por esencia cada vez mayores organizaciones y centralizaciones. Se podría, pues, decir que hoy el sino del mundo es la técnica más que la política, la técnica como proceso irresistible de centralización absoluta.<sup>463</sup>

Mais do que nunca a essência do direito e o sentido do Estado se identificam em contraposição com tal mundo de técnicas e de poder insubmisso e reivindicam a preservação de um espaço público que assegure os direitos fundamentais dos seres humanos, o que somente a vontade humana pode ou não traduzir em democracia e constitucionalismo.

<sup>456</sup> BERCOVICI, 2008, p. 343: “os destituídos de propriedade e de poder econômico são os maiores interessados na instituição de um regime efetivo de igualdade, além de constituírem a maioria da população”.

<sup>457</sup> IRTI, Natalino. *Nichilismo giuridico*. Roma: Laterza, 2004, p. 102. Texto original: “nuova e terribile specie di monismo occupa i molteplici e divisi territori”.

<sup>458</sup> Ibid. Texto original: “mirano a creare uno ‘spazio senza frontiere interne’, uno spazio per la circolazione di capitali lavoro beni”.

<sup>459</sup> IRTI, 2004. Texto original: “concreta e finita storicità è scartata in favore della spazialità: non conta il divenire dell’uomo nel tempo, ma il suo fare nello spazio”.

<sup>460</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Tradução: Elias Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 63.

<sup>461</sup> TOURAINE, 1994, p. 64.

<sup>462</sup> SCHMITT, Carl. *Escritos de política mundial*. Tradução: Horacio Cagni. Buenos Aires: Ediciones Heracles, 1995, p. 136.

<sup>463</sup> Ibid.

### 3 A RELAÇÃO JURÍDICA, O CONTRATO E A LEI

É plena de significado no âmbito das relações contratuais a passagem da obra de Emílio Betti na qual o autor observa, assumindo a sua inspiração na categoria hegeliana “ser reconhecível por outros”,<sup>464</sup> que a ideia de autonomia privada é socialmente reconhecível, o que não ocorre diante do subjetivismo da palavra “vontade” oriunda dos pandectistas alemães do séc. XIX (desde Savigny a Windscheid).<sup>465</sup> Assim, a lição do doutrinador italiano ressalta que “a essência normativa do negócio escapa, completamente, à evanescente qualificação de ‘vontade’, e que não pode reconhecer-se a essa qualificação o valor científico de uma rigorosa construção conceitual”,<sup>466</sup> sendo possível constatar o brilho de suas conclusões no seguinte excerto de sua obra, quando afirma que:

Bem longe de se fundar numa delegação de poderes, numa investidura do autor, a competência dispositiva dos particulares deriva do fato de a ordem jurídica reconhecer e sancionar uma autonomia, que os próprios particulares já realizaram no terreno social, nas relações entre eles. Precisamente esta autonomia extrajurídica, entendida como o fato social do auto-regulamento de interesses próprios, dá-nos, antes de mais, a razão do reconhecimento e da sanção por parte da ordem jurídica.<sup>467</sup>

É, via de consequência, possível constatar que o negócio jurídico, atualmente presente na definição legal posta pelo Estado,<sup>468</sup> existia muito antes de tal conceituação ser precisada, de tal modo que o adequado entendimento dos hoje sensíveis limites do modelo estatal de produção do direito exige uma leitura da própria realidade em que se dão tais mudanças e tensões. Nesse compasso é importante ter presente o registro de Orlando Gomes ao ponderar que a noção de contrato “acolhida nos Códigos, a partir do Código de Napoleão, não provém

<sup>464</sup> BETTI, 2003, t. I, p. 80 e nota 26: “Somente declarações ou comportamentos são entidades socialmente reconhecíveis e, portanto, capazes de poder constituir objeto de interpretação, ou instrumento de autonomia privada. O fato de que, na interpretação e valoração de declarações e comportamentos, não devemos deter-nos na forma exterior ou literal da conduta alheia, devendo, antes, procurar descobrir-se a *mens* animadora, ou o sentido nela objetivado não significa que *mens* e sentido se possam adivinhar, prescindindo da forma sob que se tenham tornado reconhecíveis. Só um dado objetivo, uma entidade reconhecível, precisamente, no ambiente social, pode ser objeto de interpretação e de valoração social. De resto, a exigência de reconhecibilidade, e se descobre na antinomia entre *mens* de forma representativa, esclarece, à luz de uma antítese dialética entre ser íntimo imanente em si mesmo (*Na-sich-sein*) e ser reconhecível por outros (*Sein-für-Anderes*), que a lógica moderna pôs em relevo, como uma posição necessária do pensamento especulativo. (HEGEL, *Wissenschaft der Logik*. 2. ed. 1842; *Encyklopädie*, § 91. Equivale ao ‘Sein-für-Änderes’ de Hegel, o ‘Für-uns-Sein’ de N. Hartmann, *Probl. d. geist. Seins*, 144, 365, 387)”.

<sup>465</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>466</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>467</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>468</sup> GOMES, 2004, p. 34 (grifo do autor): “A lei é sempre a *causa eficiente* de toda e qualquer obrigação; jamais sua *condição determinante*.”

do direito romano, nem do direito canônico medieval”,<sup>469</sup> pois “deve-se a sua construção a filósofos europeus, notadamente jusnaturalistas como Grocius e Pufendorf, que legaram sua concepção de contrato aos romanistas e aos pandectistas.”<sup>470</sup> Assim, o ciclo jus-racionalista dos séculos XVII e XVIII, conforme bem apanhado por António Manuel Hespanha – em que o *BGB* alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1900 praticamente concluiu o trabalho da pandectística do século XIX naquele país –, revela que “os códigos contemporâneos são um trabalho final de síntese de ciclos doutrinários muito longos”.<sup>471</sup>

O caráter ideológico do esforço de codificação, em que a pluralidade da sociedade restou sublimada em fórmulas legais, é também identificado pelo doutrinador português como sendo “um repositório não do direito ‘voluntário’, sujeito às contingências e às mudanças da vontade humana, mas do direito ‘natural’, imutável, universal, capaz de instaurar uma época de ‘paz perpétua’ na convivência humana”.<sup>472</sup> Ainda assim, o reducionismo da codificação sempre foi minimizado pela prática social, pois, conforme anteriormente referido, com acerto, Emílio Betti observa que “antes ainda de qualquer intervenção da ordem jurídica, os particulares procuram, por si mesmos, obter os meios mais aptos”,<sup>473</sup> sendo estes os negócios jurídicos que derivam da reconhecida relevância social decorrente do “nexo incidível entre sociedade e direito”,<sup>474</sup> de tal modo que:

Se os particulares, nas relações entre eles, são senhores de procurar atingir, graças a sua autonomia, os escopos que melhor correspondam aos seus interesses; a ordem jurídica continua, porém, a ser o árbitro para valorar tais escopos, segundo os seus tipos de acordo com a relevância social, tal como ela a compreender, de harmonia com a sociabilidade da sua função ordenadora. Efetivamente, é óbvio que o direito não pode dar o seu apoio à autonomia privada para a consecução de qualquer escopo que ela se proponha atingir.<sup>475</sup>

Assim, tendo bem presente que os vínculos jurídicos de natureza patrimonial, “que se formam entre sujeitos determinados para a satisfação de interesses tutelados pela lei”,<sup>476</sup> estão sistematizados em um conjunto de noções, princípios e regras denominado *Direito das Obrigações*, é, contudo, na infraestrutura econômica que se vislumbra a identidade da relação jurídica contratual, sendo que Eros Grau, com precisão, aponta que:

---

<sup>469</sup> GOMES, Orlando. Os contratos e o direito público. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 10, p. 45-55, 1977, p. 47.

<sup>470</sup> *Ibid.*

<sup>471</sup> HESPANHA, 1996, p. 180.

<sup>472</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>473</sup> BETTI, 2003, t. I, p. 64.

<sup>474</sup> *Ibid.*, p. 76-77, nota n. 22.

<sup>475</sup> *Ibid.*, p. 76-77.

<sup>476</sup> GOMES, 2004, p. 5.

*A relação jurídica* – que tem por forma de expressão o contrato – compõe o *direito pressuposto* e nela ‘está refletida a relação econômica’; o seu conteúdo ‘é determinado pela própria relação econômica’. *A relação jurídica*, pois, já está na base econômica. Tanto é assim que é uma relação de vontade ‘esteja ou não legalmente regulada’ – isto é, esteja ou não colhida, ordenada, pelo *direito posto* (*direito positivo*).<sup>477</sup> (Grifo do autor).

O contrato, portanto, enquanto “ato constituído pelo *concurso de vontades e gerador de obrigações*”,<sup>478</sup> é sobremodo fruto do seu meio, ou seja, o mercado, o qual, no dizer de Natalino Irti, “ha bisogno di spersonalizzante oggettività, non conosce il concreto e l’individuale, applica le pure forme del funzionare”,<sup>479</sup> pois os seres humanos individualmente “prendono la veste, anonima e ripetitiva, di ‘venditore’ o ‘produttore’ o ‘consumatore’”.<sup>480</sup> Diante do incremento do comércio mundial e da internacionalização da economia, ganha força a tendência e a própria pretensão dos mercados de fazerem da lei a expressão da sua hegemonia, de tal modo que este autêntico instrumento estatal de ordenação de condutas assume, ainda na acurada análise de Irti, um caráter contratual, dado que:

Nell’analisi delle leggi-incentivo, come di altre categorie di norme, è subito apparso che la legge contemporanea assume a mano a mano un deciso *carattere contrattuale*. [...]. Allora, la vecchia proposizione del ‘contratto che ha forza di legge tra le parti’ (ripetuta, appena ieri, dall’art. 1372 del codice civile) si lascia meglio convertire in quella della ‘legge che ha la forza di contratto tra le parti’, ossia che attinge la propria energia vincolante, non già dai poteri costituzionali, ma dal prévio accordo dei grandi gruppi organizzati.<sup>481</sup>

É, nesse contexto, pertinente atentar mais uma vez para a acurada doutrina de Emílio Betti, pois consigna que “a vida é movimento e exige uma perene renovação das posições dos vários consorciados relativamente aos bens, num geral respeito pelos valores econômicos e sociais existentes”,<sup>482</sup> de tal modo que “a boa-fé continua a ser o sumo critério de valoração das obrigações contratuais recíprocas, mesmo depois de ter sobrevivido a sanção do direito”,<sup>483</sup> razão pela qual o consagrado doutrinador conclui afirmando que:

<sup>477</sup> GRAU, 2003a, p. 61-62.

<sup>478</sup> GOMES, 1977, p. 45.

<sup>479</sup> IRTI, 2004, p. 103. Tradução livre: “necessita de objetividade despersonalizante, não conhece o concreto e o individual, aplica as puras formas do funcionamento”.

<sup>480</sup> Ibid. Tradução livre: “tomam a veste, anônima e repetitiva, de ‘vendedores’ ou ‘produtores’ ou ‘consumidores’”.

<sup>481</sup> IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 36-37. Tradução livre: “Na análise das leis-incentivo, como de outras categorias de normas, logo é revelado que a lei contemporânea assume gradualmente um decisivo *caráter contratual*. [...] Assim, a velha proposição do ‘contrato que tem força de lei entre as partes’ (repetida, ainda ontem, pelo art. 1372 do código civil) deixa-se converter melhor em ‘lei que tem a força de um contrato entre as partes’, ou seja, que retira a própria energia vinculante, não mais dos poderes constitucionais, mas do acordo prévio dos grandes grupos organizados.”

<sup>482</sup> BETTI, t. I, 2003, p. 68.

<sup>483</sup> Ibid., p. 66.

A perene renovação da distribuição dos bens existentes, a sua circulação, a utilização dos serviços e de um modo geral o desenvolvimento de relações entre particulares, garantindo a capacidade de colaboração, nos escopos comuns, por parte dos diversos membros, asseguram a vitalidade e a coesão do próprio organismo social.<sup>484</sup>

Assim, Maria Ferrarese identifica duas importantes tendências jurídicas contemporâneas relativamente ao mercado, sendo estas a crescente privatização dos mecanismos de produção jurídica, pela qual se desloca o poder do Estado para as forças econômicas, e, por outro lado, o crescimento dos fatores de natureza informal exercidos sobre a medida jurídica do mercado. O efeito de tais tendências provoca uma tensão permanente do estatuto constitucional do mercado em favor dos interesses econômicos privados, o que torna frágil não apenas a distinção entre as esferas pública e privada, mas a própria ideia de direito, pois “a barreira que divide o direito dos interesses é cada vez mais frágil e em volta dessa se institucionaliza uma complexa interação de sujeitos diversos em face de contínuas redefinições jurídicas que respondam melhor aos propósitos de ‘aquisição’.”<sup>485</sup>

É manifesto, em última instância, o comprometimento do próprio mercado, pois, quando se fala em mercado, se fala em padrão, eis que o mercado precisa conhecer os produtos que estão nele, sendo que o padrão mais importante é o monetário, de tal modo que mesmo um hipotético mercado sem falhas funciona bem através do sistema de preços,<sup>486</sup> que coloca ordem nas transações, entendendo estas, conforme a reflexão de Ronald Coase, como as menores unidades de análise do mercado.<sup>487</sup> Ocorre que o Estado, ao mesmo tempo em que viabiliza a livre circulação de mercadorias também propicia um delicado equilíbrio social com a afirmação dos valores de igualdade e liberdade, de tal modo que a retrospectiva de tal processo vivenciado pelo direito revela que o ente soberano estatal ainda hoje exerce um papel destacado na afirmação e preservação de tais valores e princípios diante do “*ethos* do sucesso individual e da vantagem privada”,<sup>488</sup> o que ressalta a importância da irredutível<sup>489</sup>

<sup>484</sup> Ibid., p. 69.

<sup>485</sup> FERRARESE, 2000, p. 62: “la barriera che divide il diritto dagli interessi si fa sempre più debole e intorno a essa si istituzionalizza una complessa interazione di soggetti diversi per continue ridefinizioni giuridiche che rispondano meglio a fini di ‘acquisizione.’”

<sup>486</sup> FARINA, 1997.

<sup>487</sup> COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 158: “Stigler anuncia o Teorema de Coase nos seguintes termos: ‘[...] sob condições de competição perfeita os custos privados e sociais serão uniformes.’ (Texto original: “Stigler states the Coase Theorem in the following words: ‘...under perfect competition private and social costs will be equal.’”).

<sup>488</sup> GRAU, 2003a, p. 146: “Os valores individualistas e a valorização do ganho monetário tornaram-se claramente dominantes em todas as esferas.”

<sup>489</sup> A expressão irredutível é aqui empregada no sentido de reconhecimento da autofagia dos mercados, em que o livre jogo destes, sem qualquer espécie de regra, revelou, na experiência histórica, a eliminação da concorrência e a oligopolização, numa clara limitação da qualidade dos serviços e dos bens fornecidos.



função estatal de proteção do próprio mercado em face de suas falhas sistêmicas, o que é reconhecido até mesmo pelos defensores do livre mercado.<sup>490</sup>

Diante de tal realidade, é inarredável a presença de um árbitro que assegure tais padrões, ainda que os mercados mais desenvolvidos institucionalmente – ou seja, não dependentes de condicionantes estruturais externos, tal como precipuamente se colocam a tecnologia e a capacidade de financiamento, além das externalidades que ensejam distorções e abusos no mercado – tenham eventualmente prescindido de tal arbitragem para desenvolvê-las de forma coordenada entre os próprios agentes econômicos.<sup>491</sup> Ainda assim, a generalização de condutas oportunistas por parte dos agentes econômicos em face da crescente informalidade, o que não excetua os países centrais da economia capitalista, afasta a distinção entre países desenvolvidos ou não em termos de fragilidade dos limites institucionais autorregulados pelo mercado. O episódio Enron,<sup>492</sup> verificado ainda em 2001, pode ser apontado como um verdadeiro sinal de alerta diante da desatenção dos órgãos públicos em face da ausência de ética e da agressividade dos agentes privados na busca da maximização de ganhos em detrimento da ordem e do interesse públicos, o que quase dez anos depois é

<sup>490</sup> HAYEK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Tradução: Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985, v. 3, p. 70: “O modelo da concorrência perfeita baseia-se na presunção de fatos que só existem em alguns setores da vida econômica e que não seríamos capazes de criar em muitos outros, em que, por vezes, nem seria desejável que o fizéssemos, se nos fosse possível.”

<sup>491</sup> BERNSTEIN, Lisa. Opting out the legal system: extralegal contractual relation in the diamond industry. *Journal of legal studies*, v. 21, p. 115-157, 1992. É curiosa a experiência da indústria de diamantes na praça de Nova York retratada pela autora. A professora da *Boston University School of Law* descreve detalhadamente as condições singulares que propiciaram o desenvolvimento pelos próprios operadores do mercado de um conjunto de regras e instituições que os mesmos reconhecem como sendo claramente superiores ao sistema legal para a composição de conflitos. O mercado de diamantes é organizado para promover a redução dos custos e uma rápida disseminação de informações dentro do setor sobre a reputação dos operadores, o que permite o uso de vínculos de confiança, práticas consuetudinárias e procedimentos arbitrais para criar normas e um sistema privado de sanções cujos julgamentos afastam por completo o sistema legal, de tal modo que, na perspectiva dos participantes do referido mercado, a verdade e a confiança acabam sendo qualidades vistas como essenciais para fazer negócios e obter lucro. A singularidade de tal mercado pode ser verificada pela passagem em que a autora registra que: “The market for rough and polished diamonds functions not only as a commodities market but also as an implicit capital market.” (Ibid., p. 131). Tradução livre: “O mercado para diamantes lapidados e polidos funciona não apenas como um mercado de commodities, mas também como um mercado implícito de capital.”

<sup>492</sup> BORZI, Nicola. *La parabola Enron: e la crisi di fiducia del mercato mondiale*. Milano: Feltrinelli, 2002. Em 2 de dezembro de 2001 a Enron, então quinta maior empresa financeira norte-americana, sediada em Houston, faliu após ter migrado, no curso dos anos noventa, de um faturamento e de atividades centradas na venda de gás para a gestão privada de uma bolsa especulativa. Até a liberalização do mercado de gás natural, com a edição em 1985 da Ordem 436 pela Comissão Federal que edita normas sobre energia (Ibid., p. 20), o mercado de metano nos EUA era disciplinado por normas estabelecidas em um regulamento federal editado em 1938 no âmbito do *New Deal*, o qual vetava a competição das empresas do setor de energia no mercado financeiro (Ibid., p. 19). A investigação oficial sobre as causas da quebra apurou a existência de uma carteira financeira secreta na contabilidade da empresa (Ibid., p. 111) com o propósito de que a mesma parecesse financeiramente sólida e pudesse conduzir suas atividades de *trading* de energia, pois o caminho tradicional de aumentar o capital vendendo novas ações na bolsa era aparentemente pouco atraente em face da previsão de crescimento limitado dos rendimentos nos primeiros anos dos novos investimentos (Ibid., p. 112).

confirmado pelo recente colapso global deflagrado após a quebra do gigantesco Banco Lehman Brothers nos EUA, em 15 de setembro de 2008, decorrência direta da irrefreada especulação com derivativos de contratos imobiliários e de mútuo em geral e principal causa da imediata queda mundial nas vendas de bens dependentes de crédito.

A lição de Pontes de Miranda evidencia o desconhecimento do sentido jurídico de tal contexto pelos agentes públicos e privados responsáveis por tais desastros, pois o jurista adverte que “somente dentro de limites pré-fixados, podem as pessoas tornar jurídicos atos humanos e, pois, configurar relações jurídicas e obter eficácia jurídica”,<sup>493</sup> razão pela qual observa que o que “caracteriza o autorregramento da vontade é poder-se, com ele, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade”,<sup>494</sup> mas jamais a investidura do particular na condição de legislador para definir arbitrariamente tal suporte fático, o que vale para todos os ramos do direito.<sup>495</sup>

Também merece registro a obra de sociologia do direito de Rudolf von Jhering, pois o autor da célebre conferência denominada de *A luta pelo direito* – proferida na Sociedade Jurídica de Viena na primavera de 1872 – foi profícuo na reflexão desenvolvida sobre as interações do direito com a realidade social, o que na própria época justificou repetidas edições do texto. Ainda assim, mesmo considerando a importância da obra de Jhering, deve ser registrado que o autor foi muito criticado pela passagem em que argumenta em favor de um suposto direito do usurário Shylock – personagem retratado na peça *O mercador de Veneza* de William Shakespeare – poder em tese executar a cláusula contratual que lhe permitia extrair uma libra de carne do corpo de um comerciante inadimplente, o que levou o jurista posteriormente a relativizar o contexto de suas palavras. Realmente, é revelador que em prefácio de nova edição do mesmo texto Jhering tenha observado de forma cautelosa: “Eu não sustentei que o juiz deveria ter reconhecido como válido o título de Shylock, mas disse que, uma vez isso feito, não podia, fora de tempo, por uma reles velhacaria esquivar-se à execução da sentença.”<sup>496</sup>

A função econômico-social do direito e dos contratos e a própria noção de autonomia privada guardam estreita relação com a realidade na qual ganham eficácia e ao mesmo tempo limitam o arbítrio nas relações jurídicas públicas e privadas, pois é inegável que em uma economia de mercado os contratos guardam estreita relação com a circulação da riqueza e não

---

<sup>493</sup> PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 82.

<sup>494</sup> Ibid., p. 85.

<sup>495</sup> Ibid.

<sup>496</sup> JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução: João de Vasconcelos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. X.

se prestam para arredar a ordem pública ou mesmo consagrar caprichos de seus protagonistas em detrimento dos interesses de toda a coletividade.

#### 4 A NOÇÃO DE MERCADO E A *LEX MERCATORIA*

Diante do até aqui exposto é possível observar que o mercado não se constitui em um elemento da natureza, dado que enquanto instituição é uma obra humana. Nesse sentido, cumpre retomar a teoria institucionalista de Maurice Hauriou (1856-1929), visto que, conforme referido anteriormente,<sup>497</sup> o publicista francês identifica o surgimento de uma instituição, contemplando desde os Estados até as empresas e os sindicatos, em um processo de interiorização, incorporação e personalização dos entes morais enquanto uma ideia de empreendimento ou de empresa que se realiza e persiste juridicamente em um meio social, em razão do que constitui um poder decorrente de uma comunhão entre os seus integrantes, de tal modo que são as instituições que criam o direito, e não as regras de direito que as criam.<sup>498</sup> Nesse particular, é importante a distinção delineada por Hauriou entre as instituições que se personificam e as que não se personificam. O jurista pondera que nas primeiras “o poder organizado e as manifestações de comunhão dos membros do grupo interiorizam-se no âmbito da idéia de obra”,<sup>499</sup> enquanto que nas instituições da segunda categoria “os elementos do poder organizado e das manifestações de comunhão dos membros do grupo não são interiorizados no âmbito da idéia da obra; eles existem, contudo, no meio social, mas permanecem exteriores à idéia”.<sup>500</sup> Assim, “a regra de direito estabelecida socialmente é uma instituição desse segundo tipo; ela é uma instituição porque, na qualidade de ideia, ela se propaga e vive no meio social”,<sup>501</sup> de tal modo que notadamente “ela não engendra uma corporação que lhe seja própria; ela vive no corpo social, por exemplo no Estado, tomando emprestado deste último seu poder de sanção e aproveitando as manifestações de comunhão que ocorrem dentro dele.”<sup>502</sup> Aquí reside o sentido institucional da regra de direito, visto que “não pode engendrar uma corporação porque ela não é um princípio de ação ou de empresa, mas ao contrário, um princípio de limitação.”<sup>503</sup>

É significativa, portanto, a importância da teoria institucional de Hauriou no entendimento da instituição enquanto uma comunhão de esforços em torno de uma ideia ou mesmo a expressão do referido “princípio de limitação”. Mas, mesmo que tal teoria tenha sido fortemente inspirada no direito natural neotomista e ainda renda frutos, é necessário referir os

---

<sup>497</sup> [Vide Seção 4 do Capítulo 1](#) e [nota 3](#).

<sup>498</sup> HAURIOU, 2009, p. 53. Vide [nota 3](#).

<sup>499</sup> *Ibid.*, p. 19-20.

<sup>500</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>501</sup> *Ibid.*

<sup>502</sup> *Ibid.*

<sup>503</sup> *Ibid.*

limites da reflexão de Hauriou, para o que Edgar Bodenheimer lembra que Georges Renard – provavelmente o maior discípulo do precursor institucionalista francês – “encontra a mais perfeita definição de instituição no artigo primeiro da antiga Carta do Trabalho da Itália fascista”,<sup>504</sup> ou seja: “*A nação italiana é uma organização dotada de um fim, de existência e de meios de ação que transcendem os dos indivíduos, que a compõem.*”<sup>505</sup> E o mesmo Bodenheimer ainda consigna que para o institucionalismo “o estado é a mais importante manifestação do fenômeno institucional”,<sup>506</sup> mas com justiça faz a seguinte ressalva acerca da contribuição teórica em questão:

Os defensores da teoria, porém, não consideram o estado uma entidade onipotente e totalitária. Há outras instituições, dizem eles, que desfrutam de considerável autonomia e independência, no que se refere à interferência do estado, e que devem mesmo representar um eficaz contrapeso em relação ao poder do estado.<sup>507</sup>

No mesmo sentido, Luis Recasens Siches é enfático quando faz o seguinte registro:

Adviértase, desde luego, que de ninguna manera se trata de suponer gratuita y fantasmagoricamente una conciencia colectiva como algo real, en sentido próprio y estricto, pues es notorio que no existe; tal conciencia colectiva es solo una arbitraria imaginación, mera palabrería romântica. [...] Tal como la he expuesto, entiendo yo la teoría de la institución – y creo que este es el sentido fértil que anida en los trabajos de Hauriou, de Renard y de Delos, los cuales adquirirán todo su relieve en la medida en que se los comprenda en la forma en que acabo de interpretarlos.<sup>508</sup>

Não é sem propósito que Carl Schmitt (1888-1985), diante da densidade da reflexão teórica de Hans Kelsen (1881-1973) e da coerente teoria do direito concebida pelo mesmo – *particularmente quando aborda e explica o fenômeno “Estado” identificando o mesmo com o puro normativismo* – tenha homenageado a vertente institucionalista em face da idêntica busca de objetividade e segurança jurídica em um empreendimento estável. É revelador que, desarmado diante dos argumentos do mestre da escola de Viena em defesa do normativismo e contra as críticas de cunho voluntarista dirigidas ao formalismo jurídico, o maior expoente do pensamento jurídico nazista<sup>509</sup> tenha invocado o institucionalismo para defender a necessidade

---

<sup>504</sup> BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Tradução: Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 161-162.

<sup>505</sup> Ibid.

<sup>506</sup> Ibid.

<sup>507</sup> Ibid.

<sup>508</sup> SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. Mexico: Porrúa, 1970. p. 276-277.

<sup>509</sup> ANGELINO, Carlo. *Carl Schmitt sommo giurista del Führer: testi antisemiti (1933-1936)*. Genova: il Melangolo, 2006. Trata-se da descrição das circunstâncias históricas que, diante da conduta e da produção intelectual de C. Schmitt no curso do regime nazista, revelam tal identificação, ainda que a adesão do jurista conservador alemão ao credo de Adolf Hitler possa ser identificada como expressão de mero oportunismo, conforme pondera Gilberto Bercovici ao referir a existência de uma controvérsia sobre o papel do jurista na queda da República de Weimar. A controvérsia oscila desde a acusação de que C. Schmitt sempre foi nazista,

de uma clara valorização da ordem jurídica concreta e do assento da sociedade na decisão sobre a espécie e forma da unidade política de um povo. No seu próprio texto doutrinário, Carl Schmitt observa, ainda em 1933, quando da segunda edição de sua obra *Teologia política*, que:

Atualmente, não distinguiria duas, mas três formas do pensamento científico-jurídico, a bem dizer, além da forma normativista e decisionista, ainda a institucional. A discussão de minha doutrina das ‘garantias institucionais’ na ciência jurídica alemã, e a ocupação com a profunda e significativa teoria da instituição de Maurice Hauriou me propiciaram esse conhecimento.<sup>510</sup>

É, via de consequência, significativa a contribuição do institucionalismo para a ordem e a segurança jurídica, todavia se faz necessária uma grande dose de cautela ao se identificar, ainda que aparentemente não mereça reparos, a *lex mercatoria* enquanto expressão do direito criado pela própria classe empreendedora, sem qualquer mediação do poder legislativo dos Estados, sendo constituído por regras que visam disciplinar de modo uniforme, além da unidade política dos Estados, as relações comerciais que se instauram no contexto de unidade econômica dos mercados.<sup>511</sup> E a cautela se deve especialmente ao fato de ser necessário distinguir a antiga *lex mercatoria*, vigente até a época das codificações e nascida na Idade Média em meio a um poder político atomizado, da nova *lex mercatoria*, que surge na sociedade pós-industrial em um mundo subdividido em Estados que são condescendentes com a mesma diante das lacunas e da complexidade do direito internacional do comércio, de tal modo que os entes estatais até mesmo estimulam uma grande autonomia dos operadores econômicos em face da diversificação desses e da ausência de um organismo internacional de arbitragem de seus conflitos.<sup>512</sup>

Na mesma senda é importante referir a síntese de Hermes Marcelo Huck do conceito de Bertold Goldman, pois a *lex mercatoria* constitui “um conjunto de princípios gerais e de regras costumeiras aplicadas espontaneamente ou elaboradas para o comércio internacional, sem se referir a um específico sistema de direito nacional”,<sup>513</sup> o que também suscita os limites da pretensão de erigir tal ordenamento das relações comerciais internacionais em norma fundamental de um mercado global autorregulável. É assim que José Carlos de Magalhães

---

passa pelo reconhecimento da mera contrariedade dele ao texto da Constituição e vai até ao ponto extremo de identificar na obra do mesmo o esforço intelectual de quem queria salvar a República ao defender o sistema presidencial. (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 141).

<sup>510</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 4.

<sup>511</sup> GALGANO, 2005, p. 238.

<sup>512</sup> MARRELLA, Fabrizio. *La nuova lex mercatoria: principi unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*. Padova: CEDAM, 2003. p. 21.

<sup>513</sup> HUCK, Hermes Marcelo. Sentença estrangeira e “Lex Mercatoria”: horizontes do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 105.

corretamente registra que o Estado “deixou de ser o único ator das relações internacionais, passando a conviver com as organizações internacionais governamentais e não governamentais, tornando-se sensível, ademais, a atuação de grupos de pressão de diversa ordem”,<sup>514</sup> pois também explicita que igualmente toma relevo a presença de segmentos que vão além das forças econômicas, como “os relacionados com os direitos humanos e refugiados, até os voltados com a ecologia”.<sup>515</sup> Por outro lado, o mesmo autor constata que “tomou relevância a participação das empresas privadas, em multiplicidade de acordos e contratos de comércio internacional, tendo, frequentemente, como contraparte, Estados estrangeiros”.<sup>516</sup>

E é Bertold Goldman quem observa, diante da nova *lex mercatoria* e das relações comerciais internacionais, que “paraissent échapper à l’emprise d’un droit étatique, voire d’un droit uniforme intègre dans la législation dès Etats qui y ont adhéré”.<sup>517</sup> Neste aspecto poder-se-ia falar novamente de uma “expressão mais autêntica de um direito emanado do ‘espírito do povo’ (*Volksgeist*)”, próprio das nações que na primeira metade do séc. XIX “ainda não tinham encontrado uma expressão estadual (como a alemã ou a italiana)”,<sup>518</sup> mas é claro que tal manifestação jurígena<sup>519</sup> encontra limites diante da diversidade de culturas existentes no planeta e se dá nos termos de um *direito pressuposto*, pois, conforme Eros Grau aponta, o próprio direito natural ganha legitimidade na medida em que se identifica com o direito pressuposto, dado que:

Não se trata mais, neste passo, de afirmar que cada modo de produção pressupõe a existência do *seu direito*, senão de afirmar que em cada sociedade manifesta-se *um determinado direito*, produto da coexistência do *direito pressuposto* do modo de produção dominante nessa sociedade com os *direitos pressupostos* de outros modos de produção que, nessa sociedade, coexistam com o modo de produção dominante.<sup>520</sup>

<sup>514</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. “Lex Mercatoria”: evolução e posição atual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 709, p. 42-45, nov. 1994.

<sup>515</sup> Ibid.

<sup>516</sup> Ibid.

<sup>517</sup> GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et “lex mercatoria.”* Archives de Philosophie du Droit, n. 9, p. 177-192, 1964. p. 177. Tradução livre: “essas relações parecem escapar ao domínio de um direito estatal, isto é, de um direito uniforme integrado na legislação dos Estados que a ele tenham aderido”.

<sup>518</sup> HESPANHA, 1996, p. 174.

<sup>519</sup> No exato sentido de expressão de atos e fatos geradores de direito, conforme bem sintetizado em PLÁCIDO E SILVA (*Vocabulário jurídico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 26): “JURÍGENO. Exprime a qualidade do ato ou do fato, que produza ou possa produzir um direito. É indicativo da qualidade do que é elemento gerador do direito”.

<sup>520</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003b, p. 138.

É digno de nota que a sociologia tenha denominado de sociedades pós-industriais aquelas em que o número de ocupações na indústria é inferior ao número de ocupações no setor de serviços, uma transformação que se deu, na segunda metade do século XX, nos principais países do Ocidente e atualmente na maior parte dos países do planeta.<sup>521</sup> São claros, portanto, os limites da relação entre o mercado e o Estado em uma sociedade plural e complexa, onde a liberdade individual e de associação ou mesmo a identidade coletiva não pode ser reduzida ao aspecto econômico.<sup>522</sup> Logo, no que pese o reconhecimento da importância histórica e contextual do desenvolvimento econômico capitalista, sobretudo com o advento do livre comércio de bens e serviços, é necessário ter presente que:

A história econômica mostra que a emergência de mercados nacionais não foi, de forma alguma, o resultado da emancipação gradual e espontânea da esfera econômica do controle governamental. Pelo contrário, o mercado foi a consequência de uma intervenção consciente, e às vezes violenta, por parte do governo que impôs à sociedade a organização do mercado, por finalidades não-econômicas.<sup>523</sup>

E tal constatação decorre da mesma leitura contextual realizada por Tullio Ascarelli em face dos limites do direito comercial, pois conclui que este é uma “categoria histórica”<sup>524</sup> e identifica a razão da diversidade da disciplina nas “exigências econômicas que hoje em dia denominaríamos capitalísticas.”<sup>525</sup> Nesse sentido é necessário ter presente que “os *conceitos meramente formais* não possuem realidade histórica própria”,<sup>526</sup> mas são indispensáveis para as valorações normativas, dado que guardam uma “analogia com a matemática”<sup>527</sup> (v.g., ônus, sujeito jurídico, obrigação), enquanto que as *regulae juris* “sintetizam o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas”<sup>528</sup> (v.g., propriedade), mas o mercado constitui uma instituição que expressa um *conceito jurídico tipológico (fattispecie)*, dado que esses conceitos “em verdade não são conceitos, mas *noções*”.<sup>529</sup> Tais conceitos são identificados pela linguagem

<sup>521</sup> DE MASI, Domenico. *Il futuro del lavoro: fatica e ozio nella società postindustriale*. Milano: Bur, 2007. p. 146.

<sup>522</sup> *Ibid.*, p. 148: “siamo consapevoli che la nuova società non si caratterizza più per il modo di produzione industriale, ma non siamo ancora in grado di afferrare quale fattore o quale processo occuperà da ora in poi la posizione egemone.” Tradução livre: “sabemos que a nova sociedade não se caracteriza mais pelo modo de produção industrial, mas ainda não estamos em condições de afirmar qual fator ou qual processo ocupará de agora em diante a posição hegemônica”.

<sup>523</sup> GRAU, 2002, p. 290.

<sup>524</sup> ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 22.

<sup>525</sup> *Ibid.*

<sup>526</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003b, p. 219.

<sup>527</sup> *Ibid.*, 2003b, p. 219.

<sup>528</sup> *Ibid.*, 2003b, p. 219.

<sup>529</sup> *Ibid.*, 2003b, p. 220.



comum e, na lição de Eros Grau, são caracterizados como “expressões da história e indicam os ideais dos indivíduos e grupos, povos e países”,<sup>530</sup> eis que:

[...]; ligam-se a esquemas e elaborações de caráter lógico – independentemente dos quais é eventualmente impossível a disciplina e que poderão ser diferentes, mesmo obedecendo, cada um, a uma coerência própria –, bem como a preocupações e hábitos econômicos e a fé religiosas; à história do Estado e à estrutura econômica; a orientações filosóficas e a concepções do mundo [Ascarelli 1952:XIV]. Referem-se a fatos típicos da realidade [Comparato 1983: 269]. Aí encontramos conceitos cujos termos são, v.g., ‘boa-fé’, ‘bom pai de família’, ‘coisa’, ‘bem’, ‘causa’, ‘dolo’, ‘culpa’, ‘erro’. Atribuir significado a esses termos equivale à identificação das espécies de fato alcançadas por um texto normativo [MERONI, 1989, p. 283].<sup>531</sup>

Logo, o mercado hoje existente também é uma categoria histórica,<sup>532</sup> sendo resultante de vários modos de produção ou sistemas econômicos<sup>533</sup> e épocas históricas, pelo que é possível falar em *noção (conceito tipológico) de mercado*, mas não em *conceito formal* ou mesmo em *regulae juris*, o que pode ser delimitado com precisão nessa tricotômica distinção, formulada por Tullio Ascarelli e sintetizada com maestria por Eros Grau. Nesse aspecto Maria Ferrarese observa que “la storia rivela una grande varietà di forme di mercato”<sup>534</sup> e apresenta uma interessante classificação dos seus diversos significados, pois, ainda que seja meramente analítica, individualiza ao menos quatro noções que confirmam a ideia de mercado enquanto conceito tipológico, sendo elas:

- a) O *mercado como lugar*, ou seja, pode ser um lugar fisicamente determinado ou um lugar ideal, uma área da vida social dedicada às trocas e às transações econômicas.<sup>535</sup>

<sup>530</sup> Ibid.

<sup>531</sup> Ibid.

<sup>532</sup> WOOD, 2001, p. 31: “E o mercado interno integrado tampouco foi um descendente direto ou uma evolução natural do comércio local ou de longa distância que o antecederam. Foi produto, argumentou Polany, da intervenção do Estado – e, mesmo nesses casos, numa economia que ainda era grandemente baseada na produção de famílias auto-suficientes de camponeses que trabalhavam pela subsistência, a regulação estatal continuou a preponderar sobre os princípios da concorrência”.

<sup>533</sup> NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 100: “por sistema econômico quer-se significar um particular conjunto orgânico de instituições, através do qual a sociedade irá enfrentar ou equacionar o seu problema econômico”.

<sup>534</sup> FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto e mercato: il caso degli Stati Uniti*. Torino: Giappichelli, 1992. p. 18. Tradução livre: “a história revela uma grande variedade de formas de mercado.”

<sup>535</sup> Ibid., p. 22. Quanto ao mercado como lugar é curiosa a passagem das cartas de relatos de Hernan Cortez ao Reino da Espanha a ao Imperador Carlos V acerca da sangrenta tomada do México, pois em 1519 o conquistador registra a existência de comércio em diversos povoados e antes mesmo de chegar ao centro da Confederação Asteca na cidade de Tenochtitlán, hoje Cidade do México, descreve o que hoje é a cidade de Tlascala nestes termos: “Tem bons edifícios com muita gente e melhor abastecida de coisas da terra do que Granada. Tem pão, legumes, aves, pescado, caça e outras coisas boas mais que eles comem. Há nesta cidade um mercado em que cotidianamente chegam mais de trinta mil almas vendendo e comprando. Ali há de tudo, vestido, calçado, comidas, jóias de ouro e prata, pedras preciosas tão bem elaboradas que podem ser expostas em qualquer mercado do mundo. Há casas onde lavam as cabeças como barbeiros e as raspam. Há banhos. Finalmente, se tem que dizer que entre eles há ordem e policiamento, sendo gente muito melhor do que a da

- b) O *mercado como ideologia*, para a qual a liberdade de mercado parece ser essencial para o propósito de preservação de um quadro político liberal.<sup>536</sup>
- c) O *mercado enquanto paradigma* para as ações sociais, dado que possibilita a previsão do comportamento dos atores sociais diante de uma série de incertezas, o que expressa bem a ideia de uma racionalidade econômica diante dos propósitos dos indivíduos.<sup>537</sup>
- d) O *mercado como instituição*, ou seja, mais do que uma mera função econômica de alocação de recursos, o mercado também é um eficaz organizador das relações sociais.<sup>538</sup>

Tendo presente o significado do mercado enquanto instituição, a questão que se coloca diante da integração dos mercados no planeta não é outra senão a da proibição de excesso ao se identificar a *noção de mercado* vigente dentro de cada contexto nacional. E aqui é crucial ter bem claro que o comércio expressa relações de troca, geralmente visando lucro, sendo que, especialmente quanto ao comércio internacional, tal expressão não pode ser tratada como sinônimo de mercado,<sup>539</sup> o que é inequívoco precisamente diante do sentido institucional de tal sistema aberto de preços em contraposição com o mero fato econômico caracterizado pela troca comercial e sua expressão contratual, que pode ou não se perfectibilizar com legitimidade no contexto nacional ou internacional. É neste sentido que Fernand Braudel observa que “a troca é tão velha como a história dos homens”<sup>540</sup> e também identifica a distinção entre “o *trade* (o comércio, a troca) e o *market* (o mercado auto-regulador dos preços)”. Com propriedade Braudel pondera que “a noção de ‘mercado auto-regulador’ que nos é proposta – é isto, é aquilo, não é tal coisa, não admite esta ou aquela linha – está relacionada com um gosto teológico pela definição”,<sup>541</sup> de tal modo que:

Esse mercado em que “só intervêm a procura, o custo da oferta e os preços, que resultam de um acordo recíproco”, na ausência de qualquer “elemento externo”, é uma criação da mente. É demasiado fácil batizar de economia uma forma de troca e de social uma outra. Na realidade, todas as formas são econômicas, todas são sociais.<sup>542</sup>

---

África”. (CORTEZ, Hernan. *A conquista do México*. Tradução: Jurandir Soares dos Santos. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2008. p. 45).

<sup>536</sup> FERRARESE, 1992, p. 32.

<sup>537</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>538</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>539</sup> FERRARESE, 1992, p. 18.

<sup>540</sup> BRAUDEL, Fernand. *Civilização material, economia e capitalismo: séculos XV-XVIII*: Volume 2. Os jogos das trocas. Tradução: Telma Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 193.

<sup>541</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>542</sup> *Ibid.*, p. 195.

Cabe referir, apenas para ilustrar, que em todos os contextos econômicos há produtos cuja comercialização é moral e legalmente proibida, vale dizer, encontra restrições de ordem cultural e social.<sup>543</sup> É esclarecedor o preceito de que, na dicção de Humberto Ávila, a “realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia”,<sup>544</sup> posto que a livre iniciativa não é fundamento suficiente para a descaracterização da identidade da economia nacional diante do comércio ou mesmo dos mercados internacionais, pois não pode sobrepor-se aos demais princípios elencados nos arts. 1º, 3º e 170 da Constituição do Brasil.<sup>545</sup> Nesse aspecto a própria realidade econômica sofre temperamentos em decorrência da força normativa da Constituição, pois, mesmo diante do diagnóstico de Celso Furtado no distante contexto de 1977, os direitos assentados na história e na cultura dos povos reclamam especial atenção, dado que:

O traço mais característico do capitalismo na sua fase evolutiva atual reside em que ele prescinde de um Estado, nacional ou plurinacional, com a pretensão de estabelecer critérios de interesse geral disciplinadores do conjunto da atividade econômica. A doutrina que presidiu à nova ordenação é essencialmente uma reconstituição da ideologia liberal inglesa que servira de justificação e ponta de lança à implantação do antigo sistema de divisão internacional do trabalho. Os acordos de Bretton Woods (1944) codificaram para o dólar funções de moeda de reserva similares às que adquirira a libra quando mais de metade das exportações mundiais de manufaturas se originavam nos portos ingleses.<sup>546</sup>

E na sequência Celso Furtado complementa observando que:

Estabelecido o princípio básico de unificação crescente do espaço econômico dentro do sistema capitalista, foi possível aos americanos apoiar ampla e generosamente a reconstrução das antigas economias rivais. Também apoiaram com entusiasmo os distintos projetos de uniões aduaneiras, zonas de livre comércio e mercados comuns, conscientes de que se tratava de etapas na destruição dos resquícios dos antigos ‘projetos nacionais’. Aspecto difícil desse trabalho de limpeza de terreno, que

<sup>543</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: “Art. 199 [...] § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

<sup>544</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 97.

<sup>545</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [...] Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Vide nota [1099](#) com o texto do Art. 170 da Constituição do Brasil.

<sup>546</sup> FURTADO, Celso. *Prefácio a nova economia política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, p. 74.

provocaria ocasionais fricções, foi o dismantelamento das velhas estruturas coloniais.<sup>547</sup>

Diante de tal realidade, tão bem apanhada por Miguel Reale ao observar a influência da globalização econômica sobre as instituições,<sup>548</sup> as iniciativas que têm sido implementadas sem a participação da sociedade contraditoriamente reforçam a importância do Estado na defesa das relações sociais e do próprio mercado – *o que hoje parece inequívoco diante dos efeitos deletérios da crise econômica mundial deflagrada em setembro de 2008*<sup>549</sup> – como atributos da soberania nacional, princípio primeiro elencado no art. 170 da Constituição do Brasil em sintonia com a dignidade da pessoa humana e os valores do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político, porquanto constituem inequívocos fundamentos da República (CB, art. 1º) e vetores da ordem econômica nacional (CB, arts. 3º e 170). Nesse aspecto ganha destaque o magistério de Eros Grau ao observar que:

O primeiro dos princípios enunciados, entre aqueles a serem observados, de modo que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, realize o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, é o da *soberania nacional* (art. 170, I). Trata-se, aí, de *princípio constitucional impositivo* (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumental e como objetivo específico a ser alcançado. É que a *soberania nacional* – assim como os demais princípios elencados nos incisos do art. 170 – consubstancia, concomitantemente, instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. Neste segundo sentido, assume a feição de *diretriz* (Dworkin) – *norma-objetivo* – dotada de caráter *constitucional conformador*. Enquanto tal, justifica reivindicação pela realização de políticas públicas.<sup>550</sup>

A soberania nacional é, via de consequência, um “princípio constitucional impositivo” que visa à proteção da sociedade, da economia e do mercado interno diante de qualquer absolutismo em nome de uma “racionalidade econômica” que atente apenas para a maximização do lucro privado em detrimento da valorização dos demais princípios que regem a ordem econômica. A identidade histórica e cultural da nação e o desenvolvimento sustentado constituem os pontos de equilíbrio delineados na Constituição enquanto fatores de unidade política que, pressupondo a máxima efetividade dos direitos fundamentais, seja na

<sup>547</sup> Ibid.

<sup>548</sup> REALE, Miguel. *Crise do capitalismo e crise do Estado*. São Paulo: SENAC, 2000. p. 63-64: “o aspecto negativo da globalização, ao lado dos inegáveis benefícios resultantes da universalização dos modos de pensar e de agir, é o fato de ser posto por ela em crise o ordenamento jurídico-político de cada nação, o que nos permite falar em *desinstitucionalização da sociedade*. Como a globalização é um fenômeno inevitável, a tarefa política por excelência, neste fim de milênio, é encontrar novos modelos para o ordenamento jurídico, mediante uma compreensão mais aberta e plástica das normas de Direito, como há muito tempo venho reclamando”.

<sup>549</sup> Vide [Seção anterior](#).

<sup>550</sup> GRAU, 2006, p. 225.

acepção qualitativa própria dos “mandamentos de otimização”<sup>551</sup> ou na também qualitativa avaliação do peso de cada princípio,<sup>552</sup> orientam de forma permanente a atuação dos setores público e privado na regulação da economia e na definição das iniciativas de incentivos, investimentos oficiais e políticas públicas que assegurem a necessária coesão social.

---

<sup>551</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”

<sup>552</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42: “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.”

## 5 A LEX MERCATORIA E A CODIFICAÇÃO

A transformação histórica que ora se verifica no modo de produção capitalista – “transformação que decorre, fundamentalmente, da revolução da informática, das telecomunicações e da microeletrônica”<sup>553</sup> – mitiga a autoridade do Estado e propicia uma maior valorização dos referenciais próprios da disciplina contratual privatista, diante do que há quem sustente uma suposta racionalidade dada pela “natureza das coisas”. E, nesse exato sentido, a solução dos problemas político-jurídicos na atualidade testemunha o revigoreamento de tal argumento de modo diverso daquele fundado no direito natural, pois na realidade não expressa mais do que uma representação antropomórfica do mercado<sup>554</sup> ao pretender identificar inteligência e vontade própria no mesmo. Na realidade a capacidade do Estado de editar normas jurídicas é confrontada, na síntese de Eros Grau, com o fato histórico da globalização, o que não se confunde com o sentido ideológico do neoliberalismo,<sup>555</sup> mas representa uma profunda mudança na base econômico-social daquele direito posto pela ordem estatal, dado que “cada direito, em cada modo de produção puro, é expressão de um *direito pressuposto*”.<sup>556</sup>

A indiscriminada abertura dos mercados e a pretensão de se conceber um único mercado global decorrem, entretanto, de uma opção política adotada dentro da ordem econômica vigente em face dos limites e da instabilidade dos mercados nacionais e da consequente fragilidade da atuação do Estado enquanto agente de desenvolvimento e definidor da própria ordem jurídica nos marcos e pressupostos daquela mesma ordem econômica. A circularidade e a confusão entre causa e efeito é evidente e, portanto, diante de tais aspectos, no estrito sentido econômico, é ainda sensível a importância do Estado enquanto espaço de transcendência de valores e projetos civilizatórios que rompem com um círculo vicioso utilitarista, eis que:

O mercado apenas resiste às contradições do capitalismo na medida em que ordenado e conformado pela mão visível do Estado, instrumentada por um direito por ele posto, comprometido com a preservação dos mercados, a serviço da fluência da circulação mercantil.<sup>557</sup>

---

<sup>553</sup> GRAU, 2003a, p. 138.

<sup>554</sup> BIN, Roberto. Che cos'è la costituzione? *Quaderni costituzionali: rivista italiana di diritto costituzionale*, Bologna, v. 27, n. 1, marzo 2007, p. 11-52, p. 46.

<sup>555</sup> GRAU, 2003b, p. 126.

<sup>556</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>557</sup> GRAU, 2003b, p. 126.

Neste aspecto é lapidar a lição de Norbert Reich inspirada na autorreferência dos sistemas sociais de Günther Teubner, pois observa que o direito enfrenta processos de mudança diante da economia quando “agentes econômicos possam transformar o imperativo jurídico em cálculo econômico”,<sup>558</sup> eis que o ambiente encontrado pelo direito é “controlado por meio da moeda, ou do sistema político que obedece o meio do poder”,<sup>559</sup> razão pela qual também ressalta que “o direito como instituição é preferível ao direito como meio”.<sup>560</sup> Com acerto Günther Teubner observa que “o papel *integrador* do direito não pode mais ser o de imprimir uma etiqueta de validade a valores, princípios e normas”,<sup>561</sup> de tal modo que o que lhe cabe “é impor, do lado de fora, limites internos à dinâmica livre de um discurso específico para resguardar o interesse de integridade de outros discursos.”<sup>562</sup> Assim, mesmo que o mercado institucionalizado constitua e valorize práticas voltadas para a preservação da própria economia de mercado, há que se ter presente, com amparo na reflexão de Ellen Wood, que “nem os mercados locais nem o comércio de longa distância que caracterizou as economias pré-capitalistas eram essencialmente competitivos”.<sup>563</sup> Onde “existiam mercados nas sociedades pré-mercado, e mesmo nos casos em que estes eram extensos e importantes, eles se mantinham como um aspecto subalterno da vida econômica, dominada por outros princípios de comportamento econômico”,<sup>564</sup> em uma “lógica muito distinta da do mercado capitalista moderno”.<sup>565</sup> É, neste particular, instigante e merecedora de reflexão a seguinte passagem de *O capital* de Karl Marx:

As corporações da Idade Média procuraram impedir coercitivamente a transformação do mestre artesão em capitalista, limitando a um mínimo o número máximo de trabalhadores que cada mestre podia empregar. O possuidor de dinheiro ou de mercadorias só se transforma realmente em capitalista quando a soma mínima adiantada para a produção ultrapassa de muito esse limite medieval. Aqui, como nas ciências naturais, evidencia-se a justeza da lei descoberta por Hegel, em sua *Lógica*: modificações quantitativas, além de certo ponto, se transformam em modificações qualitativas.<sup>566</sup>

---

<sup>558</sup> REICH, Norbert. Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica). *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 94, abr./jun. 1990, p. 265-281, p. 272.

<sup>559</sup> Ibid.

<sup>560</sup> Ibid.

<sup>561</sup> TEUBNER, Günther. Altera pars audiatur: o direito na colisão de discursos. In: LINDGREN ALVES, J. A. *Direito e cidadania na pós-modernidade*. Piracicaba: UNIMEP, 2002, p. 93-126, p. 124.

<sup>562</sup> Ibid.

<sup>563</sup> WOOD, Ellen Meiksins. *A origem do capitalismo*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 30.

<sup>564</sup> Ibid.

<sup>565</sup> Ibid.

<sup>566</sup> MARX, Karl. *O capital*. Tradução: Reginaldo Sant’Anna. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, v. 1, p. 355.

A concepção de uma economia refreada pela inibição social e cultural presente na Idade Média parece ter sido uma das leituras de Karl Marx acerca do sentido histórico dos processos humanos, mas o “homem econômico” de Adam Smith, que atua em uma economia de mercado e tem uma “propensão [natural] a comerciar, permutar e trocar”,<sup>567</sup> é contestado por Karl Polanyi quando aponta que os mercados funcionam principalmente fora da economia, pois “são locais de encontro para um comércio de longa distância”,<sup>568</sup> onde se verifica que:

A presença ou ausência de mercados ou de dinheiro não afeta necessariamente o sistema econômico de uma sociedade primitiva. Isto refuta o mito do século XIX de que o dinheiro foi uma invenção cujo aparecimento transforma inevitavelmente uma sociedade, com a criação de mercados, forçando o ritmo da divisão de trabalho, liberando a propensão natural do homem à permuta, à barganha e à troca. Com efeito, a história econômica ortodoxa se baseou numa perspectiva imensamente exagerada do significado dos mercados, como tais. Um ‘certo isolamento’ ou talvez uma ‘tendência à reclusão’ é o único traço econômico que pode ser inferido corretamente da ausência de mercados; no que diz respeito à organização interna de uma economia, sua presença ou ausência não faz necessariamente qualquer diferença.<sup>569</sup>

É igualmente significativa a seguinte passagem do Visconde de Cairu, onde aponta o desgosto dos romanos pelo comércio:

Os Romanos, cuja Jurisprudencia faz a base principal da Legislação dos Povos civilizados da Europa, não prezarão devidamente a Profissão Mercantil. O seu espírito militar, de conquista, e dominação, e o odio aos Carthaginezes seus rivaes, que tanto se avantajarão em riqueza, e poder pelo Commercio, e Estabelecimentos de Marinha, ocasionarão o abandono, e vilipendio daquella profissão, que aliàs tanto influe na communição, e felicidade do Genero Humano. De que serve a fertilidade das terras, e a preciosidade das suas producções, onde não ha pessoas habeis, que se informem dos lugares onde ellas abundão, e as fação transportar para onde ellas faltão, em mutuo socorro, e proveito do Productor, Conductor, e Consumidor? Como prosperarão as Artes, e Manufaturas não sendo as obras do braço, e engenho humano levadas aos opportunos mercados?<sup>570</sup>

Diante de tais aspectos sociais e culturais é significativo que o Visconde de Cairu também tenha advertido que “os Comerciantes são, ou sempre se presumem, habeis,

<sup>567</sup> WOOD, 2001, p. 30.

<sup>568</sup> POLANYI, Karl. *A grande transformação*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 78. Ainda nas palavras de Polanyi: “O ensino ortodoxo partiu da propensão do indivíduo à permuta; deduziu daí a necessidade de mercados locais, bem como a divisão do trabalho; inferiu, finalmente, a necessidade do comércio, eventualmente do comércio exterior, incluindo até mesmo o comércio de longa distância. À luz do nosso conhecimento atual, podíamos quase reverter a seqüência do argumento: o verdadeiro ponto de partida é o comércio de longa distância, um resultado da localização geográfica das mercadorias, e da ‘divisão do trabalho’ dada pela localização. O comércio de longa distância muitas vezes engendra mercados, uma instituição que envolve atos de permuta e, se o dinheiro é utilizado, de compra e venda. Eventualmente, porém não necessariamente, isto oferece a alguns indivíduos a oportunidade de utilizar a sua alegada propensão para a barganha e o regateio” (Ibid., 2000, p. 79).

<sup>569</sup> Ibid., 2000, p. 78.

<sup>570</sup> LISBOA, José da Silva. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do M.J.N.I., 1963, p. 605.



atitados, e perspicazes em seus negócios: he-lhes por tanto inadmissível allegarem lesão em tratos mercantis por escusa de ignorancia.”<sup>571</sup> A necessidade de novos referenciais institucionais para a solução dos conflitos de interesses nas relações mercantis, o que não se confunde com a tutela do hipossuficiente nas relações de consumo,<sup>572</sup> bem como entre as nações em face daqueles mesmos interesses, lembra a era que antecedeu as grandes codificações e coloca o debate acerca da existência de condições para um novo período de racionalização sistêmica da ordem jurídica em uma dimensão global.<sup>573</sup> A complexidade do problema, ou seja, a definição de institutos e instituições que ordenem uma instável realidade econômico-social, ressalta a ausência de uma única resposta diante de um número crescente de perguntas,<sup>574</sup> mas o diagnóstico parece correto, pois o papel do Estado e do próprio espaço público está em debate em face das profundas alterações ocorridas na infraestrutura<sup>575</sup> da

<sup>571</sup> Ibid., p. 596.

<sup>572</sup> No aspecto particular do direito contratual cabe referir a crítica de Eros Grau e Paula Forgioni diante da confusão entre as regras que regem os contratos “celebrados sob a égide da nova *lex mercatoria*” e os contratos consumeristas: “É corrente a afirmação de que os *paradigmas* tradicionais do contrato sofreram alteração, o que atribuí, a quem o afirme, atestado de boa cultura: desde o início dos anos 80 do século passado está na *moda* a alusão a *paradigmas*. [...] O observador atento, contudo, diante dessa sentença com tanto de *auctoritas* ditada – a falsa *auctoritas*, fundada no uso de uma linguagem que tanto mais impressiona quanto mais hermética – indagará de qual *contrato* se cuida”. (GRAU, Eros; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 16-17). Vide nota [1408](#).

<sup>573</sup> Neste sentido António Hespanha aponta a matriz racionalista do positivismo (*Op.cit.*, 1996, p. 149-150): “Embora Descartes não se tenha ocupado do direito, o seu método influenciou, sem dúvida, os juristas que buscavam a segurança. Também estes fizeram fé nas idéias claras e distintas, na evidência racional dos primeiros princípios do direito, na possibilidade da sua extensão através da dedução; enfim, no poder da *razão individual* para descobrir as regras do justo, de um justo que fugisse à contingência, por se radicar numa ordem racional (quase matemática) da natureza (*mathesis universsalis*), de que a razão participava. E é com este direito natural racionalista que se vai avançar no sentido de tornar mais certo o direito positivo”. Joaquim Carlos Salgado também registra a importância do racionalismo na construção de categorias como liberdade, igualdade e justiça social, pois destaca que se Kant “introduziu definitivamente o conceito de liberdade como conteúdo da igualdade que até então definiu a justiça, esse conteúdo e essa igualdade permanecem, contudo, abstratos”, de tal modo que reside em Hegel “a perspectiva da formulação mais precisa desse novo conceito de justiça, a social, que depois se desenvolverá nas várias vertentes do pensamento contemporâneo”, sendo que tal liberdade “está no fundo da era antropológica da filosofia aberta por Descartes e Galileu, que orientou a perspectiva do domínio da natureza, por um método que torna o homem o centro, isto é, sujeito ou produtor do saber”. (SALGADO, 1986, p. 343-345).

<sup>574</sup> MARX, Karl. Prefácio. *Para a crítica da economia política*. Tradução: Edgar Malagodi. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 26: “Uma formação social nunca perece antes que estejam desenvolvidas todas as forças produtivas para as quais ela é suficientemente desenvolvida, e novas relações de produção mais adiantadas jamais tomarão o lugar, antes que suas condições materiais de existência tenham sido geradas no seio mesmo da velha sociedade. É por isso que a humanidade só se propõe as tarefas que pode resolver, pois, se se considera mais atentamente, se chegará à conclusão de que a própria tarefa só aparecer onde as condições materiais de sua solução já existem, ou, pelo menos, são captadas no processo de seu devir”. Noutro sentido, divergindo de Marx, encontra-se Boaventura de Souza Santos (*A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 36): “O que faz mudar as sociedades e as épocas é precisamente o excesso de problemas que suscitam em relação às soluções que tornam possíveis. A teoria crítica é a consciência desse excesso”.

<sup>575</sup> MARX, 1982, p. 25. No exato sentido de antítese de superestrutura: “na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A

ordem econômica mundial. É assim que com acerto Ricardo Camargo vislumbra a adequada pertinência entre o tema em foco e seus limites, pois a integridade do ser humano é incompatível com o entendimento corrente de *lex mercatoria* enquanto um “sistema no qual é lícito aos contratantes convencionarem o que quer que seja para o fim de expandirem a possibilidade de obtenção de lucros”.<sup>576</sup>

Neste aspecto é igualmente lúcida a constatação de John Gray quanto ao inconstante processo simbiótico desenvolvido entre as empresas multinacionais e os Estados soberanos. Ainda no final do século passado Gray observou que “a hiperglobalização comete um erro grave ao depreciar os Estados soberanos como sendo instituições secundárias”,<sup>577</sup> pois aquelas corporações nunca deixaram de cortejar os Estados em face da manifesta influência dos mesmos sobre os negócios, a qual “pode ser maior em alguns aspectos hoje do que o foi no passado.”<sup>578</sup> John Gray foi enfático e mesmo clarividente ao ponderar que “a realidade do mercado global do final do século 20 é que ele é ingovernável tanto pelos Estados soberanos quanto pelas corporações multinacionais”,<sup>579</sup> sendo que aponta os antecedentes de tal desgoverno ao registrar que:

As empresas hoje em dia não mantêm com os governos as relações privilegiadas que algumas delas gozaram no apogeu do imperialismo. Se é verdade que as corporações podem pechinchar ao redor do mundo em busca de tributos e do regime regulador que desejam é também verdade que os riscos políticos cresceram em muitas partes do mundo. Em Estados frágeis, é mais difícil regulamentar a mobilidade da produção e do capital, mas é também mais difícil para os negócios costurar um relacionamento empresarial duradouro com os governos. Isto é uma limitação do poder tanto dos Estados quanto das corporações.

A disputa atual entre os Estados pelo investimento das empresas multinacionais lhes permite exercer uma influência que elas não tinham numa ordem mundial hierarquizada. Ao mesmo tempo, esta competição restringe a liberdade de ação dos Estados soberanos. A influência que os Estados podem exercer sobre as corporações deve ser posta em prática em um ambiente global, no qual a maior parte das pressões competitivas que os afetam trabalha para limitar, dentro de uma estreita margem, o controle dos governos sobre a economia das corporações.

*Os Estados soberanos continuam sendo o campo fundamental da busca de influência pelas corporações. As multinacionais exercem influência sobre as políticas dos Estados soberanos assim como exercem sua engenhosidade para*

---

totalidade dessas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência”.

<sup>576</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Lex mercatoria, exclusão social e direitos humanos*. In: LEÃO, 2005, t. III, p. 315: “E, deste modo, cada sujeito que não integre a relação contratual somente passa a valer na condição de comprador em potencial, no sentido de propiciador em potencial dos lucros, ou de ofertante de sua força de trabalho em potencial, isto é, de materializador da atividade econômica em si mesma. Se o sujeito nada significar em termos de benefício imediato aos participantes da relação contratual, passa a ser considerado como um ser descartável.”

<sup>577</sup> GRAY, 1999, p. 94.

<sup>578</sup> Ibid., p. 94-95.

<sup>579</sup> Ibid., p. 95-96.

*escapar de sua jurisdição.* Esta é uma típica interação dos Estados soberanos com o mundo dos negócios no final do século 20.

Não pode haver dúvida de que o Nafta prevaleceu sobre a oposição política interna nos Estados Unidos em grande parte devido às bem coordenadas atividades lobísticas das grandes corporações americanas.<sup>580</sup>

É assim que a opção por *standards* normativos, com maior grau de generalidade para que o intérprete possa adequar com ampla liberdade o caso concreto ao comando normativo, expressa o reconhecimento tácito do fim de um ciclo de codificações que pretenderam romper com a ordem feudal, embora nunca tenham deixado de conviver com os limites da pretensão de encerrar a complexidade das relações econômico-sociais em textos jurídicos, o que chegou a ser identificado como crise do direito. A reflexão histórica revela o sentido político e ideológico das grandes codificações concebidas no século XIX, sendo emblemático que, conforme bem aponta Francesco Galgano, ao menos até a metade do século XVIII nem mesmo a burguesia defendia a liberdade de comércio, pois a classe mercantil era fechada em corporações cujo acesso era rigidamente controlado pelos seus órgãos dirigentes,<sup>581</sup> de tal modo que:

Il senso rivoluzionario della codificazione è duplice: diritto uguale per tutti, senza distinzione di classe, significa anzitutto soppressione dei privilegi di classe, dei quali aveva goduto la nobiltà; ma significa anche, e soprattutto, che la nuova classe dominante concepisce se stessa come classe socialmente aperta, quale non era stata la classe deposta, quale la stessa borghesia non era stata per il passato.<sup>582</sup>

É perceptível que se por um lado as grandes codificações do século XIX tinham como objetivo maior romper definitivamente com as relações feudais em nome da liberdade de mercado, hoje os textos legais disciplinados coerentemente em sistemas editados pelos Estados nacionais representam um limite para a expansão da mesma liberdade de mercado no contexto mundial.

<sup>580</sup> GRAY, 1999, p. 95 (grifo nosso).

<sup>581</sup> GALGANO, 2005, p. 101.

<sup>582</sup> GALGANO, 2005, p. 101. Tradução livre: “O sentido revolucionário da codificação é duplo: direito igual para todos, sem distinção de classe, significa acima de tudo a supressão dos privilégios de classe, os quais tinham sido usufruídos pela nobreza; mas significa também e sobretudo que a nova classe dominante concebia a si mesma como classe socialmente aberta, como não tinha sido a classe deposta, nem a própria burguesia tinha sido no passado.”

## 6 PODER ECONÔMICO E ORDEM PÚBLICA

Tendo presente que o processo civilizador se dá na história<sup>583</sup> e contempla a economia e o poder econômico, é necessário refletir sobre o sentido da ordem pública enquanto um pressuposto ou não do desenvolvimento humano e social dos povos. E tal se coloca em uma realidade na qual o poder econômico se estrutura e constitui laços e raízes profundas nas instituições e na própria cultura que as concebe,<sup>584</sup> enquanto que hoje, nas palavras de Luís Eduardo Schoueri, “a liberdade revela-se, pois, coletiva, já que a sociedade exige sua liberdade como instrumento para a inclusão social”,<sup>585</sup> de tal modo que:

Diversamente do modelo firmado na antiguidade, a liberdade coletiva faz-se, agora, após a incorporação de todas as camadas sociais, por meio do processo democrático. Afinal, a coletividade, na antiguidade, identificava os homens livres, que representavam pequena parcela da população; com o processo democrático atual, a coletividade passa a representar os interesses da nação.<sup>586</sup>

É cabível, desse modo, desde logo delimitar o entendimento do que seja ordem pública, posto ser imprescindível para o próprio entendimento do sentido conformador da ordem econômica assentado na Constituição. Antes, porém, cabe observar que diante das normas de ordem pública, nas palavras de Vicente Ráo, “não podem as partes regular livremente a sua relação só podendo fazê-lo pelo modo que o legislador previu e quis por meio de prescrição universal e *cogens*.”<sup>587</sup> É, todavia, importante referir que o mesmo autor registra a dificuldade de “indicar *a priori*, por via de definição ou conceito geral, todas as normas de ordem pública,”<sup>588</sup> dado que tal caráter resulta “da natureza de cada disposição, da

<sup>583</sup> ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Tradução da versão inglesa: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, v. 2, p. 194: “O que aqui se coloca no tocante ao processo civilizador nada mais é do que o problema geral da mudança histórica. Tomada como um todo, essa mudança não foi ‘racionalmente’ planejada, mas tampouco se reduziu ao aparecimento e desaparecimento aleatórios de modelos desordenados. Como teria sido isso possível? Como pode acontecer que surjam no mundo humano formações sociais que nenhum ser isolado planejou e que, ainda assim, são tudo menos formações de nuvens, sem estabilidade ou estrutura?”

<sup>584</sup> GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do poder*. Tradução: Hilário Torloni. São Paulo: Pioneira, 1984, p. 112: “O que não padece dúvida é que a Revolução Industrial envolveu uma ampla, até mesmo espetacular, mudança nas fontes de poder e, em menor escala, nos instrumentos de sua imposição. A propriedade permaneceu fundamental como fonte de poder; houve, no entanto, outra mudança dramática no seu caráter. Deixou de ser o estoque disponível e o capital de giro do mercador e transformou-se no ativo fixo – moinhos, fábricas, maquinaria – do capitalista industrial.”

<sup>585</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tributação e liberdade*. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira. *Princípios de direito financeiro e tributário*: estudos em homenagem ao prof. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431-471, p. 464.

<sup>586</sup> *Ibid.*, 2006, p. 465.

<sup>587</sup> RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v. 1, p. 213, nota 18.

<sup>588</sup> RÁO, 1997, p. 213.

natureza das relações contempladas e das razões sociais determinantes de cada norma”.<sup>589</sup> Logo, “o legislador tende a imprimir esse maior grau de eficácia à disciplina de um número sempre crescente de relações, que, outrora, eram regidas pelas normas meramente dispositivas do direito privado.”<sup>590</sup> Neste sentido Eros Grau observa que a ordem pública visa a assegurar a estrutura orgânica da sociedade com a ideia de continuidade inserida no direito da organização dos mercados, o que evidencia a diferença com as normas de intervenção, dado que:

as normas de ordem pública estão voltadas à preservação das condições que asseguram e sobre as quais repousa a estrutura orgânica da sociedade, ao passo que as normas de intervenção por direção instrumentam políticas públicas cuja dinamização envolve não meramente a preservação da paz social, mas a perseguição de determinados fins, nos mais variados setores da atividade econômica; as normas de ordem pública não apenas são compatíveis com ela, mas se compõem no núcleo da ordem jurídica do liberalismo, enquanto que as normas de intervenção por direção conduzem à transformação dessa ordem jurídica.<sup>591</sup>

Ainda com Eros Grau cumpre destacar que “o conteúdo da *ordem pública econômica* se opõe, traço por traço, à *ordem pública clássica*; está última é uma ordem de *exceção* (a liberdade contratual é a regra)”,<sup>592</sup> de tal modo que “a ordem pública clássica é definível pelo seu conteúdo: é constituída pelo conjunto dos princípios fundamentais sobre os quais repousa a sociedade”.<sup>593</sup> Assim, é necessário advertir que a ordem pública clássica:

é puramente proibitiva ou negativa; já a ordem pública econômica não é mais uma noção de exceção, porém um ‘instrumento técnico de uma legislação diversificada da concorrente com o Direito Civil clássico’, cuida-se de uma noção funcional; a natureza do comando é que se transformou: à interdição (proibição, negação), sucedeu uma grande diversidade de técnicas de intervenção.<sup>594</sup> – *grifado nesta citação.*

Tal distinção entre a ordem pública assentada no texto constitucional e que pretende conformar a realidade econômica e social e a ordem pública clássica voltada para a proibição não deixa de atentar para o fato que, nas palavras de Abelardo Torr , “las ideas dominantes en una sociedad se transforman incesantemente”.<sup>595</sup> Neste sentido Hely Lopes Meirelles observa que a variabilidade de tal conceito no tempo e no espaço decorre da própria expressão da ordem pública enquanto “situa o f tica de respeito ao interesse da coletividade e aos direitos

---

<sup>589</sup> Ibid.

<sup>590</sup> Ibid.

<sup>591</sup> GRAU, 2006, p. 63.

<sup>592</sup> Ibid., p. 62.

<sup>593</sup> Ibid.

<sup>594</sup> Ibid.

<sup>595</sup> TORR , Abelardo. *Introducción al derecho*. 5. ed. Buenos Aires: Perrot, 1965, p. 458.

individuais que o Estado assegura, pela Constituição da República e pelas leis, a todos os membros da comunidade.”<sup>596</sup> A noção de ordem pública, por conseguinte, contempla “normas jurídicas cuja observância es necesaria para el mantenimiento de un mínimo de condiciones indispensables para la normal convivencia y que, por lo tanto, *no pueden ser dejadas de lado por los particulares*.”<sup>597</sup>

Diante de tais pressupostos e visando a apreender os caminhos e descaminhos de algo tão difuso quanto o poder econômico, se faz necessário reiterar que o próprio poder não se confunde com a coação, dado que, retomando a reflexão de Niklas Luhmann,<sup>598</sup> possui capacidade de transmitir seu sentido de ordem influenciando as escolhas dentre as ações ou omissões possíveis,<sup>599</sup> enquanto que a coação anula as possibilidades de escolha do coagido;<sup>600</sup> perdendo, portanto, até mesmo a dupla contingência.<sup>601</sup> E é nesta perspectiva que “a existência de agentes com poder econômico sobre o mercado, quando levada ao ponto máximo do monopólio, elimina por completo a possibilidade de escolha por parte dos consumidores”,<sup>602</sup> o que não se confunde com a noção, própria da organização da ordem privada exercida pelo direito concorrencial e cujos efeitos práticos da transgressão também são perigosos, de que “o poder econômico pode ser entendido como limitador da liberdade de escolha (de todos os agentes, consumidores e produtores) quando é suficientemente grande para criar barreiras à entrada de concorrentes”,<sup>603</sup> de tal modo que Calixto Salomão Filho com acerto conclui que:

O poder econômico é capaz de falsear as informações sobre o mercado, sobretudo através do instrumento fundamental do mercado, verdadeira representação da “mão invisível” de Adam Smith: o preço. O preço em uma situação normal deve ser representação da escassez relativa de um produto. Em uma situação de monopólio, no entanto, o preço não transmite para o consumidor informação sobre a real escassez do produto. É decorrência, isso sim, do poder do agente econômico, que, sendo responsável por grande parte da produção, é capaz de reduzir a oferta de forma a obter aumento de preços e, conseqüentemente, o chamado “lucro monopolista”.<sup>604</sup>

Assim, ainda na reflexão de Luhmann acerca da viabilização dos sistemas sociais pela comunicação,<sup>605</sup> onde “múltiplos processos de seleção se determinam mutuamente por

<sup>596</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Polícia de manutenção da ordem pública e suas atribuições. In: LAZZARINI, Alvaro *et al.* *Direito administrativo da ordem pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 147-157.

<sup>597</sup> TORRÉ, 1965, p. 458.

<sup>598</sup> Vide [Seção 4 do Capítulo 1](#).

<sup>599</sup> LUHMANN, Niklas, 1992, p. 9.

<sup>600</sup> *Ibid.*

<sup>601</sup> *Ibid.*

<sup>602</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002a, p. 50.

<sup>603</sup> *Ibid.*

<sup>604</sup> *Ibid.*

<sup>605</sup> LUHMANN, 1992, p. 6.

antecipação ou reação”,<sup>606</sup> a “comunicação só se produz quando se compreende a seletividade de uma mensagem, o que significa: quando se emprega para a seleção um sistema próprio.”<sup>607</sup> É diante das “necessidades de um acordo seletivo que se originam sistemas sociais assim como, por outro lado, tais necessidades só são experimentadas nos sistemas sociais”.<sup>608</sup> Para tal é necessário um contingenciamento das partes, sendo possível uma “recusa das ofertas de seleção apresentadas por via comunicativa”,<sup>609</sup> o que não pode ser eliminado, mas, diante da retrocomunicação e da tematização da recusa, revela o conflito. E como “todos os sistemas sociais são conflitos potenciais; somente a medida da atualização deste potencial de conflito varia com a medida da diferenciação do sistema e da evolução da sociedade”.<sup>610</sup> Mais uma vez calha a reflexão de Hannah Arendt e o sentido humano que empresta ao poder, dado que a aceitação do poder em sua obra ao mesmo tempo delimita a necessária distinção diante do direito. Para Hannah Arendt poder e direito não se confundem e a violência não é mais do que um instrumento,<sup>611</sup> pois com acerto observa que “jamais existiu governo exclusivamente baseado nos meios da violência”,<sup>612</sup> de tal modo que:

O poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido. Quando dizemos que alguém está “no poder”, na realidade nos referimos ao fato de que ele foi empossado por um número de pessoas para agir em seu nome.<sup>613</sup>

Neste aspecto é significativa a ponderação de Washington Albino de Souza acerca da expressão *repressão ao abuso do poder econômico* (CB, art. 173, § 4º), porquanto “continua atrelada ao compromisso da ideologia liberal da ‘concorrência’ e por ela definindo as possibilidades de ‘abuso’”, de tal modo que a sua consideração mais moderna “não admite tais limitações, ainda mesmo quando o texto constitucional repita expressões como

---

<sup>606</sup> Ibid.

<sup>607</sup> Ibid.

<sup>608</sup> LUHMANN, 1992, p. 6.

<sup>609</sup> Ibid.

<sup>610</sup> Ibid.

<sup>611</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Tradução: André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 36: “Poder, vigor, força, autoridade e violência seriam simples palavras para indicar os meios em função dos quais o homem domina o homem; são tomados por sinônimos porque têm a mesma função.”

<sup>612</sup> ARENDT, 1994, p. 40. A autora ainda pondera: “Onde os comandos não são mais obedecidos, os meios da violência são inúteis; e a questão desta obediência não é decidida pela relação de mando e obediência, mas pela opinião e, por certo, pelo número daqueles que a compartilham. Tudo depende do poder por trás da violência. A ruptura súbita e dramática do poder que anuncia as revoluções revela em um instante o quanto a obediência civil – às leis, aos dominantes, às instituições – nada mais é do que a manifestação externa do apoio e do consentimento”. (Ibid., 1994, p. 39).

<sup>613</sup> Ibid., p. 36.

‘monopólio’ ou ‘eliminação de concorrência’”, pelo que o insigne mestre da Casa de Afonso Pena invoca a autoridade da doutrina portuguesa para observar que:

Gomes Canotilho e Vital Moreira chegam a afirmar que na Constituição Portuguesa a eliminação dos monopólios privados e a repressão ao abuso do poder econômico ‘é uma tarefa ligada não à idéia da concorrência – que aparece mencionada logo a seguir –, mas sim ao princípio fundamental da constituição econômica que consiste em subordinar o poder econômico ao poder político [...]’. ‘Daí que, neste contexto, o termo *monopólio* deva abstrair-se da sua definição técnico-econômica, para ser entendido no sentido político de excessiva acumulação de poder econômico através de posições de domínio de um ou mais setores econômicos’.<sup>614</sup>

A objetivação do direito pelo Estado absorve, portanto, as projeções ideológicas e programáticas preponderantes e mesmo contraditórias, mas preserva o sentido plural de ordem e democracia inerente ao poder de crítica em sua dimensão irrenunciável e originariamente libertária.<sup>615</sup> Trata-se da objetivação heterônoma das normas, que conforma e institucionaliza o poder ao limitar a força ‘nua’ e sua dimensão opressora incompatível com a ação autônoma dos indivíduos, segmentos e grupos, o que foi bem apanhado pela tradição kantiana<sup>616,617</sup> e pode ser sintetizado na seguinte passagem da obra de Hasso Hofmann acerca da alcance e do sentido da representação e da representatividade na história da humanidade:

Quanto ao conceito de ‘sistema representativo’, Kant não o pensa só em senso institucional e exterior, nem se limita a referir com isso a instituição de um parlamento, que tutele os direitos pertencentes ao povo por tradição. Ele tem antes em mente o poder estatal na sua expressão mais alta: aquela legislação, isto é, que precisa se emancipar da vontade das pessoas individuais determinadas e se transformar, além da codeterminação dos subordinados, em instrumento de autodeterminação da ‘vontade coletiva’ de todos os cidadãos.<sup>618</sup>

<sup>614</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. Repressão ao abuso do poder econômico e direitos humanos. *In: A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras.* (Seminário de Brasília de 1991). Instituto Interamericano de Direitos Humanos e Friedrich Naumann – Stiftung, San José da Costa Rica/Brasília, Brasil, 1992, p. 157.

<sup>615</sup> REALE, 1998, p. 245.

<sup>616</sup> KANT. Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, I, § 47, p. 157-158: “Todos esses três poderes no Estado são dignidades e visto que surgem necessariamente da ideia de um Estado em geral, como essenciais ao estabelecimento (constituição) dele, são dignidades políticas. Compreendem a relação de um *superior* sobre todos (que, do ponto de vista das leis da liberdade, não pode ser outro senão o próprio povo unido) com a multidão desse povo individualmente como *súditos*, isto é, a relação de um comandante (*imperans*) com aqueles que obedecem (*subditus*).”

<sup>617</sup> KELSEN, 1998, p. 411: “A maioria pressupõe, pela sua própria definição, a existência de uma minoria; e, desse modo, o direito da maioria implica o direito de existência da minoria.”

<sup>618</sup> HOFMANN, Hasso. *Rappresentanza – Rappresentazione*: parola e concetto dall’antichità all’Ottocento. Tradução: Cláudio Tommasi. Milano: Giuffrè, 2007, p. 499: Texto original: “Quanto al concetto del ‘sistema rappresentativo’, Kant non lo pensa solo in senso istituzionale ed esteriore, né si limita a indicare con esso l’istituzione di un parlamento, che tuteli i diritti appartenenti al popolo per tradizione. Egli piuttosto ha in mente il potere statale nella sua espressione più alta: quella legislazione, cioè, che occorre emancipare dalla volontà di singole persone determinate e trasformare, oltre la codeterminazione dei sottoposti, in strumento di autodeterminazione della ‘volontà collettiva’ di tutti i cittadini.”



A implicação e a polaridade de *atos, valores e normas* em um processo dialético, aprofundada e teorizada por Miguel Reale, pressupõe a necessária sintonia com o ordenamento superior – que também é concebido neste processo de harmonização da ordem jurídica – limitador do poder arbitrário e sem freios, seja ele o poder ideológico, econômico ou político, assegurando com isto a coesão social.<sup>619</sup>

Merece destaque, por consequência, a observação de Calixto Salomão Filho diante do uso do termo *poder econômico no mercado* para indicar tal objetivação e a expressão das preocupações antitruste voltadas para a “garantia de um mercado de bens, serviços e fatores de produção dotados de regras de conduta que garantam o maior grau possível de autocontrole”,<sup>620</sup> de tal modo que “o poder econômico no mercado deve ser fiscalizado e, quando excessivo ou abusivo, reprimido”,<sup>621</sup> pois:

Caso contrário, estar-se-á apenas substituindo a excessiva ingerência do Estado, que se pretende limitar (mas de maneira alguma eliminar) através da garantia de correta atuação das regras de mercado, por uma dominação do “mercado” pelo poder privado, o que é, evidentemente, a pior solução, já que quanto a esse não é possível sequer fazer a presunção de persecução do interesse público que se faz com relação ao Estado.<sup>622</sup>

É importante explicitar que a ideia de ordem pública aqui trabalhada não desborda da clássica noção que busca conciliar as diversas manifestações da liberdade reconhecidas constitucionalmente com certos valores, tal como tranquilidade, segurança e salubridade, o que revela uma ordem material que não comporta julgamentos morais,<sup>623</sup> mas ao mesmo tempo decorre das disposições consagradas pelo poder constituinte ao reconhecer a dignidade humana e o bem estar social como fundamento e objetivo da República. Trata-se de uma noção objetiva de ordem pública democrática, pois pressupõe as decisões fundamentais adotadas pelo Poder Constituinte originário na conformação de um equilíbrio social democrático, ou seja, conformado pela vontade da maioria respeitando os direitos das minorias. Neste sentido calha com precisão a tradicional lição de Carlos Maximiliano ao observar que as prescrições de ordem pública, ao ordenar ou vedar condutas, “colimam um

<sup>619</sup> Ibid, p. 239. Vide [Seção 5 do Capítulo 1](#).

<sup>620</sup> SALOMÃO FILHO, 2002a, p. 56.

<sup>621</sup> Ibid., p. 50.

<sup>622</sup> Ibid. O autor ainda esclarece: “A proteção das liberdades particulares contra a interferência estatal em matéria econômica é função primária das normas da Constituição *que definem os direitos fundamentais individuais e sociais e indiretamente daquelas que regulam a ordem econômica*. O direito antitruste só será utilizado em caso de desvirtuamento das duas formas possíveis de atuação do Estado no campo econômico: através da prática direta de atividade econômica ou através da atuação normativa. No primeiro caso, o direito antitruste só será invocado quando o Estado passar a exercer atividade econômica relevante no mercado de bens, serviços e fatores de produção”. (Ibid, 2002, p. 55-56).

<sup>623</sup> MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. 5. ed. Barueri: Manole, 2004, p.480.

objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social,”<sup>624</sup> de tal modo que o autor explicita a distinção entre prescrições *de ordem pública* e *de ordem privada* ao enfatizar que “entre as primeiras o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório”.<sup>625</sup>

Assim, na síntese de Irineu Strenger se verifica que ainda hoje “cada Estado estabelece sua ordem pública, e os tratados internacionais, porventura existentes, não têm força jurídica, a não ser em virtude da adesão dos Estados”,<sup>626</sup> sendo que na jurisprudência das atividades mercantis se constata que “os juízes normalmente aplicam leis estrangeiras, a partir das opiniões emitidas por juriconsultos alienígenas, da mesma forma devendo valer atestados sobre o caráter imperativo ou não de regras às quais os negociadores se vincularam de boa fé.”<sup>627</sup> E com acerto o autor cita o trabalho de Elisa Pérez Vera, no qual a mesma aponta que “a noção de ordem pública expressa, em termos gerais, o esquema de valores cuja tutela atende, com caráter essencial, um determinado ordenamento jurídico”,<sup>628</sup> o que revela a dimensão axiológica inerente ao próprio conceito de ordem pública, pois a mesma autora constata que:

A *ordem pública* é, pois, o esquema axiológico de todo grupo normativo articulado e que, plasmado umas vezes em preceitos e outras em princípios, cumpre a função positiva de dotar de caráter formal de jus cogens as proposições jurídicas que substancialmente o definem e a função negativa de ministrar ao intérprete jurídico o filtro técnico que lhe permitirá atender a defesa dos valores essenciais do sistema, tanto diante de normas alheias como de situações criadas fora desta.<sup>629</sup>

É, portanto, dentro de tais valores que operam os agentes econômicos, todavia há que se considerar uma nova realidade posta pelo que se conhece como ‘globalização’, bem como seus limites diante das constituições e do poder constituinte que as delinea, o que é bem apanhado por Paul Hirst e Grahame Thompson quando observam que:

Algumas análises menos extremadas e mais matizadas que empregam o termo ‘globalização’ são bem estabelecidas na comunidade acadêmica e concentram-se na internacionalização relativa dos principais mercados financeiros, da tecnologia e de alguns importantes setores da indústria e dos serviços, particularmente desde a década de 70. Muitas dessas análises enfatizam as restrições crescentes à governabilidade de nível nacional que impedem políticas macroeconômicas

---

<sup>624</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 181.

<sup>625</sup> *Ibid.*, p. 176.

<sup>626</sup> STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 115.

<sup>627</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>628</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>629</sup> *Ibid.*, p. 117.

ambiciosas significativamente divergentes das normas aceitáveis pelos mercados financeiros internacionais.<sup>630</sup>

É precisamente diante de tais restrições que se coloca o desafio do constitucionalismo e da dimensão irrenunciável da ordem pública democrática assentada no direito posto pela soberania popular.

---

<sup>630</sup> HIRST; THOMPSON, 1998, p. 17.

## 7 CONCLUSÃO DO SEGUNDO CAPÍTULO

A antiga *lex mercatoria* se fez possível nas cidades medievais em face de um espaço público de autoridade nos feudos e burgos. Na Europa continental e em quase todos os países do mundo a liberdade de mercado e o sistema universal de preços se afirmou com padrões normativos codificados. A noção ideológica de mercado, que decorre da crença em um mercado dotado de inteligência e vontade própria, nega o sentido histórico e institucional dos diversos mercados presentes em cada cultura e em variados contextos nacionais. A necessidade e o interesse regem as relações de mercado entre os seres humanos demandando instituições e a regulação dos contextos econômico e social para reduzir a incerteza, o que, na dimensão internacional, também pressupõe instituições humanas.

O comércio expressa relações de troca e não é sinônimo de mercado. O sentido institucional do mercado é distinto do fato econômico presente na restrita troca comercial. O negócio jurídico, portanto, é um *fato* jurídico no qual a causa caracteriza o próprio negócio ao contemplar sua verdadeira função de interesse social, pressupondo também, enquanto fenômeno social, a autonomia dos sujeitos de direitos e obrigações. A vedação do enriquecimento sem causa tem dimensão universal,<sup>631</sup> mas o aumento injusto da riqueza em negócios válidos afronta a noção jurídica de equidade assentada na ordem jurídica, o que enseja a obrigação do enriquecido de restituir os valores indevidos observando as particularidades de cada contexto econômico e social.<sup>632</sup> É assim que o sentido e o alcance da autonomia privada são dados pelo ordenamento jurídico, que também assegura o ato jurídico contratual.

Dentre as noções de mercado (lugar, ideologia, paradigma, instituição), a mais vigorosa identidade e continuidade histórica e cultural reside na noção institucional, que concebe uma ideia estável de autoridade e, por decorrer do esforço humano, está distante de se fazer possível em uma dimensão independente dos Estados nacionais. A ordem econômica (ser), via de consequência, é assegurada pela ordem jurídica estatal e tem a pretensão de se confundir com a noção de ordem pública democrática ou mesmo superar a sua própria origem

---

<sup>631</sup> VALLE FERREIRA, José Geinert do. *Enriquecimento sem causa*. Rio de Janeiro: s/ed., 1950, p. 9: “O princípio contrário ao enriquecimento sem causa, fundado em velha regra de equidade, é universalmente aceito; a circunstância de não se encontrar expressamente consagrado por todas as legislações não impede o seu reconhecimento pela jurisprudência, ao impulso das exigências diárias.” Nesta precursora obra acerca do tema o autor refere e até mesmo transcreve a legislação civil de diversos países consagrando a vedação do enriquecimento injusto enquanto expressão da própria cultura jurídica universal, o que se constata no direito de países como Alemanha, Itália, Suíça, Japão, México, Polônia e mesmo na então existente e hoje extinta União Soviética.

<sup>632</sup> *Ibid.*, p. 150 e 152. Vide [Seção 1 deste Capítulo](#).

institucional dependente da ordem política. A ordem econômica constitucional (dever ser), por sua vez, tem força normativa na medida em que conforma e garante o mercado ao estabelecer os limites institucionais deste e reconhecer a legitimidade do trabalho e do poder econômico, de tal modo que efetivamente se confunde com a ordem pública democrática, que assegura a pressuposta autonomia privada, reconhecida e consagrada pela ordem jurídica enquanto expressão racional-iluminista da autonomia moral dos indivíduos.

## CAPÍTULO 3

### SOCIEDADE, MERCADO E LIBERALISMO:

#### O RETORNO DA *LEX MERCATORIA*

1. Uma nova realidade e seus desafios; 2. Sociedade, liberalismo e interesse público;
3. A nova *lex mercatoria* e a codificação; 4. Soberania, sociedade e o retorno da *lex mercatoria*; 5. Coesão social e relações de mercado; 6. Estado, liberdade e mercado;
7. Conclusão do terceiro capítulo.

### 1 UMA NOVA REALIDADE E SEUS DESAFIOS

Ao contrário da era que sucedeu as revoluções liberais, quando se deram as grandes codificações, hoje não se vive um período de superação de um modo de produção econômica – *transição do feudalismo para o capitalismo* –, mas de adaptação e até mesmo imposição de uma mudança de padrão de organização de uma economia capitalista nacionalmente centrada para uma economia aberta e internacionalizada, vale dizer, em constantes interações transnacionais com fluxos de bens, serviços e, sobretudo, capitais e tecnologia em volume e quantidade inimaginável e que podem até mesmo prescindir da ordem estatal soberana ou mesmo burlar seus parâmetros. Acerca da crescente dominação da economia mundial pelo capital financeiro no curso do século XX, Francisco Guedes, em alentada tese de doutorado em economia pela Universidade Autónoma de Lisboa, observa que:

No final do século o processo está completo: a política e os políticos guardaram o protagonismo formal mas perderam o protagonismo essencial e estão hoje reduzidos à condição de comissários do capitalismo financeiro e ainda assim por deferência dos banqueiros centrais cada vez mais independentes deles. Não foram, não puderam ou não quiséram ser rápidos a compreender o que se passou. De facto o dinheiro e a finança dominam hoje o mundo com suzerania jamais experimentada por qualquer forma de dominação anterior. A democracia baseada no mercado livre está a sofrer a maior distorção de sempre operada por um maremoto de dinheiro apátrida que ignora as fronteiras nacionais: essa é na essência a revolução financeira dos anos 80. Os fluxos de capital avantajaram, em vinte anos, quase cem vezes os fluxos de comércio de bens e de serviços.<sup>633</sup>

Maria Ferrarese chega a afirmar que é difícil definir se a Organização Mundial do Comércio está no âmbito público ou privado, dado que a sua identidade é composta por

---

<sup>633</sup> GUEDES, Francisco Corrêa. *Economia e complexidade*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 771.

impulsos provenientes dos entes estatais e da comunidade internacional, bem como por importantes grupos econômicos privados.<sup>634</sup> O Estado legislador e regulador das condutas sociais vive uma crise de autoridade que, sobremaneira desde o início da última década do século XX, constitui pauta obrigatória dos debates institucionais e dos agentes econômicos, bem como do conjunto da sociedade civil, diretamente atingida pelos efeitos do que já se chamou de uma *nova revolução industrial*,<sup>635</sup> o que conduz “à perda de importância dos conceitos de ‘país’ e ‘nação’, mas também ao comprometimento da noção de Estado.”<sup>636</sup> Acerca da fragilidade do Estado neste contexto José Eduardo Faria também aponta que:

Tornando-se vulneráveis à disciplina estabelecida por opções e decisões econômicas feitas em outros lugares por pessoas, grupos empresariais e instituições sobre as quais têm escasso poder de controle, as estruturas administrativas, políticas e jurídicas do Estado-nação são reformadas e redimensionadas por processos de deslegalização e privatização formulados e justificados em nome da ‘governabilidade’, da resolução da ‘crise fiscal’, da adequação dos mecanismos de formação de preços aos custos econômicos reais, da ‘flexibilização’ das relações salariais, da captação de recursos externos para investimentos produtivos, do acesso a tecnologia de ponta e a novos produtos e processos, do aumento de produtividade industrial e da competitividade comercial e da inserção da economia nacional na economia transnacionalizada.<sup>637</sup>

Dentre diversos efeitos da atuação do poder econômico nos mercados se faz necessário destacar, portanto, a influência na atividade normativa,<sup>638</sup> na qual Calixto Salomão Filho identifica que se consegue ou “procura-se conseguir, através de agências governamentais, regulamentação setorial ou ao menos aprovação de acordos que criem ou legitimem verdadeiros cartéis entre produtores”.<sup>639</sup>

A globalização da economia, nas palavras de Ricardo Lewandowski, é percebida especialmente pela “intensa circulação de bens, capitais e tecnologia entre as fronteiras nacionais, que gera riqueza e progresso para alguns, miséria e estagnação para outros,”<sup>640</sup> mas também pela “paulatina uniformização dos padrões culturais e da multiplicação de problemas que afetam o planeta como um todo, em especial a degradação do meio ambiente.”<sup>641</sup> Na

---

<sup>634</sup> FERRARESE, 2000, p. 59.

<sup>635</sup> GRAU, 2003a, p.115.

<sup>636</sup> Ibid.

<sup>637</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 37.

<sup>638</sup> GALBRAITH, 1984, p. 90-91: “uma linha extremamente tênue divide o pagamento direto a um legislador como compensação pelo seu voto favorável (um tipo de pagamento severamente condenado pela lei e pelos padrões sociais) e um pagamento similar para o seu fundo de campanha ou por uma conferência destinada a comprar uma submissão análoga.”

<sup>639</sup> SALOMÃO FILHO, 2002a, p. 54.

<sup>640</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 1.

<sup>641</sup> Ibid.

lúcida reflexão de Faraco de Azevedo: “O problema mais urgente a resolver é o da necessidade alimentar, como condição prévia à busca de solução das demais necessidades humanas.”<sup>642</sup> Outro problema ou outra parte do mesmo problema é também identificado por Calixto Salomão Filho na “maior capacidade de resistência dos monopólios às tentativas de implementação de medidas macroeconômicas por parte das autoridades governamentais”,<sup>643</sup> diante do que se verifica a falsa ideia, propalada pela microeconomia neoclássica, de que “o aumento de preço só ocorreria no momento da criação do monopólio, quando a empresa procuraria atingir o equilíbrio”,<sup>644</sup> ou seja, o *ponto em que a receita marginal iguala o custo marginal*.<sup>645</sup> O autor conclui salientando que “o comportamento dos monopólios é exatamente o inverso das empresas em concorrência perfeita em caso de oscilações macroeconômicas”,<sup>646</sup> de tal modo que:

Em épocas de recessão, por exemplo, diminuindo as vantagens de escala (por diminuição da demanda e conseqüentemente da produção), o custo médio dos produtos tende a subir. Os monopólios, que têm, ao contrário das empresas em concorrência, capacidade de influenciar os preços de mercado, tendem a fazer esses preços subirem (ao invés de caírem), para se protegerem contra a perda de receita decorrente dos custos crescentes. Assim, monopólios e oligopólios são mais resistentes a medidas governamentais recessivas objetivando reduzir a inflação. Têm, portanto, importante influência na ocorrência da chamada ‘estagflação’ (estagflação ou mesmo recessão econômica acompanhada de inflação).<sup>647</sup>

Toma ensejo nesta passagem uma devida reparação ao que usualmente é dito acerca do pensamento de Adam Smith, porquanto a reflexão de Amartya Sen revela uma outra dimensão da obra do eminente teórico da economia clássica do século XVIII, eis que o prêmio Nobel de economia de 1998 observa que:

A interpretação errônea da postura complexa de Smith com respeito à motivação e aos mercados e o descaso por sua análise ética dos sentimentos e do comportamento refletem bem quanto a economia se distanciou da ética com o desenvolvimento da economia moderna. Smith de fato deixou contribuições pioneiras ao analisar a natureza das trocas mutuamente vantajosas e o valor da divisão do trabalho e, como essas contribuições são perfeitamente condizentes com o comportamento humano *sem bonomia e sem ética*, as referências a essas partes da obra de Smith têm sido

<sup>642</sup> AZEVEDO, 2008, p. 148: “Quando os detentores do poder econômico, que hoje, mais do que nunca, ditam as regras por que se rege o mundo, admitirem que seres humanos não podem morrer de fome, em um mundo em que reina a fartura e o desperdício, ter-se-á dado um passo decisivo no sentido da autêntica hominização.”

<sup>643</sup> SALOMÃO FILHO, 2002a, p. 54.

<sup>644</sup> Ibid.

<sup>645</sup> Ibid. p. 85-86: “O comportamento racional do agente é sempre igualar custo marginal e receita marginal. Isso porque, como visto acima, antes desse ponto, qualquer unidade a mais produzida lhe proporciona aumento de receita total. Ocorre que existindo agente ou agentes com poder no mercado (por hipótese, em situação de monopólio), o preço será necessariamente maior que a receita marginal (que, por sua vez, é bastante próxima, mas não idêntica ao preço em concorrência perfeita). O preço obtido por esse ‘comportamento racional’ será, portanto, necessariamente superior ao preço vigente na situação de concorrência perfeita.”

<sup>646</sup> Ibid., p. 55.

<sup>647</sup> SALOMÃO FILHO, 2002a, p. 55.



profusas e exuberantes. Outras partes dos escritos de Smith sobre economia e sociedade, que contêm observações sobre a miséria, a necessidade de simpatia e o papel das considerações éticas no comportamento humano, particularmente o uso de normas de conduta, foram relegadas a um relativo esquecimento à medida que essas próprias considerações caíram em desuso na economia.<sup>648</sup>

Assim, é possível constatar que mesmo na economia clássica há um reconhecimento da importância do espaço público em um contexto de complexidade e de adversidades econômicas, o que é destacado pelo economista John Galbraith ao enfatizar que “o sucesso econômico depende do apoio e da supervisão de uma estrutura governamental estável, eficiente e eficaz”,<sup>649</sup> de tal modo que “a economia moderna é incapaz, sem a intervenção governamental, de assegurar um desempenho econômico geral satisfatório e estável”,<sup>650</sup> pelo que conclui afirmando que:

A atual economia de mercado, tão competente em suprir bens de consumo e serviços, o faz em busca de um retorno de prazo relativamente curto; esse é seu indicador de sucesso. Ela não investe prontamente – às vezes, recusa-se a investir – na vantagem a longo prazo. Também não investe para impedir os efeitos sociais adversos de sua produção ou de seus produtos, o que significa que não assume a responsabilidade por danos ambientais.<sup>651</sup>

No mesmo sentido anda a reflexão de John Gray ao contextualizar a própria metáfora da “mão invisível”, delineada pelos fisiocratas<sup>652</sup> e sobremaneira difundida pelos adeptos do

<sup>648</sup> SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 43-44. “O apoio que os crentes e defensores do comportamento auto-interessado buscaram em Adam Smith é na verdade difícil de encontrar quando se faz uma leitura mais ampla e menos tendenciosa da obra smithiana. Na verdade, o professor de filosofia moral e economista pioneiro não teve uma vida de impressionante esquizofrenia. De fato, é precisamente o estreitamento, na economia moderna, da ampla visão smithiana dos seres humanos que pode ser apontado como uma das principais deficiências da teoria econômica contemporânea. Esse empobrecimento relaciona-se de perto com o distanciamento entre economia e ética” (Ibid., 1999, p. 44). No mesmo sentido John Galbraith: “Smith não esteve totalmente a serviço do capitalismo industrial, e certamente não por muito tempo. Fiel à sua posição antimercantilista, tinha sérias dúvidas a respeito das grandes companhias de fretamento e, por conseguinte, das empresas que delas descendiam. Os executivos das empresas modernas prestam a Smith homenagens que ele não retribuiria. Também era perturbadora sua oposição ao monopólio, fosse de uma só firma ou de um conluio entre firmas. A concorrência era um freio necessário sobre o poder industrial, mas na visão de Smith existia em equilíbrio instável. Ninguém a aceitaria se pudesse ser cerceada ou evitada. Desaparecida a concorrência, a mão invisível era retirada. Esta colocação seria uma fonte de considerável embaraço nos duzentos anos seguintes, especialmente nos Estados Unidos. Grandes empresas, abrigando-se atrás da mão invisível, teriam que afirmar, em face de evidência penosamente adversa, que a indispensável concorrência ainda prevalecia.” (Op. cit., 1984, p. 118).

<sup>649</sup> GALBRAITH, John Kenneth. *A sociedade justa: uma perspectiva humana*. Tradução: Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996, p. 149.

<sup>650</sup> GALBRAITH, 1996, p. 21: “Existe uma ampla área da atividade econômica em que o mercado é – e deve permanecer – incontestado; igualmente, existe uma ampla gama de atividades que crescem com o maior bem-estar econômico onde os serviços e as funções do Estado são necessários ou socialmente superiores.”

<sup>651</sup> Ibid., p. 22.

<sup>652</sup> QUESNAY, François. *Economia*. Tradução: Mary M. de C. Neves *et al.* São Paulo: Ática, 1984, p. 143, nota 22: “O comércio, como a agricultura, não deve ter outro governo senão a ordem natural. Em todo ato de comércio, há o vendedor e o comprador, que estipulam contraditória e livremente seus interesses. E seus interesses, assim regulados por eles mesmos, que são seus únicos juízes competentes, estão de acordo com o

livre mercado, mas apenas presente uma única vez na obra de Adam Smith, ou seja, na passagem em que observa nunca ter ouvido “dizer que tenham realizado grandes coisas para o país aqueles que simulam exercer o comércio visando o bem público”,<sup>653</sup> o que, por outro lado, não permite ignorar que: “O sistema de liberdade natural de Adam Smith pressupõe um Estado eficaz, incluindo o império da lei. Sem este pré-requisito, não se pode esperar que o mercado seja benéfico.”<sup>654</sup> Noutra passagem o mesmo professor da tradicional Universidade de Oxford, John Gray, o qual também assessorou o governo de Margareth Thatcher em seus primórdios, observa que:

O livre mercado que existiu na Inglaterra dos anos 1840 aos anos 1870 não poderia ser reproduzido. Em termos estritamente econômicos de crescimento da produtividade e da riqueza nacional, o período de meados da era vitoriana foi de *boom*. Porém, foi um *boom* cujos custos sociais eram politicamente insuportáveis.<sup>655</sup>

E o mesmo autor ainda pondera que:

O livre mercado foi – e continua sendo – uma peculiaridade anglo-saxônica. Foi construído num contexto não encontrado em qualquer outra sociedade europeia: existiu numa forma desenvolvida por apenas uma geração. Jamais poderia ter sido criado se a propriedade e a vida econômica não tivessem sido, por muito tempo, inteiramente individualistas na Inglaterra do século 19. Foi uma experiência de engenharia social empreendida em circunstâncias excepcionalmente propícias.<sup>656</sup>

Logo, considerando que o ótimo<sup>657</sup> é de difícil consecução e ignora os aspectos distributivos,<sup>658</sup> especialmente em uma realidade econômica tão complexa onde hoje se constata que o desenvolvimento, nas palavras de Fábio Nusdeo, é um “fenômeno excepcional na história da humanidade, não podendo ser encarado como mera questão de tempo ou

interesse público. A presença de funcionários revestidos de autoridade é totalmente estranha neste meio e tanto mais perigosa porque se deve temer a ignorância e outros motivos ainda mais trágicos.”

<sup>653</sup> SMITH, 1983, p. 380.

<sup>654</sup> GRAY, John. *Falso amanhecer: os equívocos do capitalismo global*. Tradução: Max Altman. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 197.

<sup>655</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>656</sup> GRAY, 1999, p. 24.

<sup>657</sup> SALOMÃO FILHO, 2002a, p. 31: “a sociedade ideal, eficiente, é aquela que atinge estado de equilíbrio em que a vantagem dos beneficiados é idêntica à perda dos onerados. Esse é o chamado princípio de maximização de riquezas, ou ótimo de Pareto.” O mesmo autor com propriedade observa que “não existe uma regra vazia sem uma pretensão ou um interesse a proteger” (*Ibid.*, *supra*, p. 32) e que “não se pode confiar exclusivamente na eficiência econômica para garantia dos interesses dos consumidores” (*Ibid.*, *supra*, p. 33).

<sup>658</sup> SEN, 1999, p. 48-49: “A otimalidade de Pareto às vezes também é denominada ‘eficiência econômica’. Essa expressão é apropriada de um ponto de vista, pois a otimalidade de Pareto concerne exclusivamente à eficiência no espaço das utilidades, deixando de lado as considerações distributivas relativas à utilidade. Porém, em outro aspecto é inadequada, uma vez que todo o enfoque da análise neste caso continua sendo a utilidade, e esse é um legado da tradição utilitarista anterior. Obviamente, é possível introduzir outras considerações na avaliação do êxito das pessoas e, portanto, da sociedade.”. Noutra passagem SEN ainda assevera: “Pode-se dizer que o critério utilitarista e também o da eficiência de Pareto foram atrativos especialmente por não exigirem demais da imaginação ética do economista convencional” (*Ibid.*, 1999, p. 66).

simples estágio provisório de uma evolução futura”,<sup>659</sup> os problemas de política econômica e de intervenção governamental em uma economia imperfeita seguem presentes na identificação do papel do Estado e nele da noção daquilo que se entende por ordem pública.<sup>660</sup> É, portanto, importante ter presente, especialmente diante da crise de autoridade do Estado legislador, que o direito também é “o resultado de uma produção arbitrária, local, histórica, de grupos sociais”,<sup>661</sup> mas sobremaneira expressa um instrumento de construção de representações jurídicas, concebido ao longo da sua história, tal como *sujeito de direito, contrato, propriedade* e o próprio *Estado*, bem como as conhecidas categorias com que trabalha (v.g.: *louco, criminoso, mulher, índio*) e as correspondentes hierarquias sociais.<sup>662</sup> A presente realidade de uma economia mundial em vigorosa interação com os contextos nacionais coloca a possibilidade de, nas palavras de António Hespanha acerca da “função da crítica do direito”,<sup>663</sup> se “desvendar os impensados sociais que estão na raiz das representações jurídicas, desmistificando os pontos de vista de que o direito é uma ordem racional, neutra e fundada objectivamente na realidade social (*i.e.*, na natureza das coisas)”,<sup>664</sup> pois mais do que nunca, em assumida circularidade conceitual lastreada na história dos povos,<sup>665</sup> *o direito e o constitucionalismo devem assegurar o protagonismo emancipatório que define e fundamenta o sentido humano que os justifica.*

---

<sup>659</sup> NUSDEO, 2005, p. 351.

<sup>660</sup> Vide [Seção 6 do Capítulo 2](#) e [Seção 6 deste Capítulo](#).

<sup>661</sup> HESPANHA, 1996, p. 225.

<sup>662</sup> *Ibid.*

<sup>663</sup> HESPANHA, 1996, p. 225.

<sup>664</sup> HESPANHA, 1996, p. 225.

<sup>665</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 90: “*povo* = sujeitos do soberano e destinatários da soberania”.

## 2 SOCIEDADE, LIBERALISMO E INTERESSE PÚBLICO

Entendendo o direito como um produto cultural forjado na realidade social,<sup>666</sup> é de inequívoca atualidade a lição de Miguel Reale ao observar que dentre uma “multiplicidade de ordenamentos jurídicos”<sup>667</sup> relacionados entre si, o Estado toma relevo enquanto instituição de maior objetividade.<sup>668</sup> Entretanto, sobremaneira em face da desenvoltura do poder econômico e do papel exercido pelos agentes privados na constituição de termos de referência para a racionalidade econômica, é sensível a existência de um processo de mutação na concepção de espaço público e nos meios, estruturas e mesmo na disciplina organizativa e normativa do poder público, o que também incide profundamente na realidade social.<sup>669</sup>

É representativo de tal inflexão economicista a introdução do “princípio da eficiência”, com a edição da Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-1998, no elenco de princípios que regem a administração pública brasileira e estão expressos no *caput* do art. 37 da Constituição do Brasil. A indiferença de administrativistas do porte de Bandeira de Mello diante de tal inovação<sup>670</sup> evidencia que a função de coesão social do serviço público nunca preconizou a ineficiência e, mesmo diante de tantos “escândalos” e “denúncias” de desvios de recursos públicos quotidianamente noticiados pela imprensa, o conjunto do instrumental jurídico vigente sempre deu conta do irrenunciável zelo pela coisa pública nos termos da constitucionalidade e da legalidade dos atos administrativos, bem como em face do sentido substantivo do princípio maior da economicidade, constante no *caput* do art. 70 da Carta Magna. É, dessa forma, necessário delimitar tal princípio no âmbito da administração pública,

---

<sup>666</sup> REALE, Miguel, 1982, p. 252: “as regras morais e as jurídicas são bens de cultura”. No mesmo sentido Eros Grau. (GRAU, 2003a, p. 86).

<sup>667</sup> REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 105.

<sup>668</sup> Ibid.

<sup>669</sup> MARX, Karl. *O capital*, v. 3, p. 258 *apud* MANDEL, Ernest. *O capitalismo tardio*. Tradução: Carlos Eduardo Silveira Matos, Regis de Castro Andrade e Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 145: “Um desenvolvimento das forças produtivas que diminuísse o número absoluto de trabalhadores, isto é, que possibilitasse à totalidade da nação o cumprimento de sua produção total em menor período de tempo, provocaria uma revolução, porque marginalizaria a maior parte da população. Essa é outra manifestação do limite específico à produção capitalista, que mostra ainda que a produção capitalista não é de maneira alguma uma forma absoluta para o desenvolvimento das forças produtivas e para a criação de riqueza, mas ao contrário, que em determinado momento entra em conflito com seu desenvolvimento”. Fábio Nusdeo também refere, acerca da obra de Marx, que: “Um dos mais precoces analistas, Karl Marx sustentava ser o comportamento cíclico do nível de atividade inerente ao próprio sistema de mercado, de sorte que para se assegurar a sua mudança, ele, sistema, deveria ser eliminado ou substancialmente alterado. Tal posição radical, no entanto, não se revelou necessária”. (NUSDEO, 2005, p. 146).

<sup>670</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 109-110: “Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto.”

sendo digna de registro a passagem em que Francesco Galgano identifica a influência das relações de direito privado na atuação do Estado como decorrência da intervenção pública na economia, de tal modo que as relações contratuais nos serviços de correios, telégrafos e telefonia pautaram tal desiderato, visto que tais razões:

militam para uma atuação econômica pública o mais eficiente possível, reclamam também pela adoção, por parte dos poderes públicos, dos instrumentos da iniciativa privada, de longe mais ágeis do que aqueles do direito público, e certamente mais congeniais com o exercício de atividades econômicas, exatamente porque nascidos da prática destas atividades e em função delas.<sup>671</sup>

É neste contexto que o mesmo autor registra a sua perplexidade diante do fato de que segmentos da doutrina começam a referir a existência de um “princípio da eficiência da administração pública”,<sup>672</sup> pois pondera que:

a norma constitucional cuida da eficiência ou, segundo a sua fórmula, para o ‘bom andamento’ da administração pública, enquanto a essência do nosso fenômeno está no fato de que os poderes públicos abstêm-se, para satisfazer as razões de eficiência da própria administração pública, dando vida para um aparato diverso desta, retirado do ‘estatuto’ (publicista) da administração pública e submetido ao ‘estatuto’ (privatista) da empresa.<sup>673</sup>

Neste particular cumpre referir as funções da autoridade pública identificadas por José Guilherme Merquior na obra de Friedrich A. Hayek,<sup>674</sup> porquanto observa que:

<sup>671</sup> GALGANO, 2005, p. 187-188. Texto original: “militano per una azione economica pubblica la più efficiente possibile, reclamano anch’esse l’adozione, da parte dei pubblici poteri, degli strumenti privatistici, di gran lunga più agili di quelli pubblicistici, e certamente più congeniali all’esercizio di attività economiche, proprio perché nati dalla pratica di queste attività ed in funzione di esse.”

<sup>672</sup> Ibid., p. 188. Texto original: “principio di efficienza della pubblica amministrazione”.

<sup>673</sup> Ibid., p. 206, nota 30. Tradução livre: “la norma costituzionale attiene all’efficienza o, secondo il suo dettato, al ‘buon andamento’ della pubblica amministrazione, mentre l’essenza del nostro fenomeno sta nel fatto che i pubblici poteri fanno a meno, per soddisfare le ragioni dell’efficienza, della stessa pubblica amministrazione, dando vita ad un apparato affatto diverso da questa, sottratto allo ‘statuto’ (pubblicistico) della pubblica amministrazione e sottoposto allo ‘statuto’ (privatistico) dell’impresa.”

<sup>674</sup> Vide notas [239](#) e [490](#). Friedrich August von Hayek (1899-1992) nasce em Viena, onde faz o curso de economia e inicialmente tem uma inclinação socializante, mas logo adere às teses ultraliberais. Muda-se para Londres em 1931, onde leciona na London School of Economics e em Cambridge. Na obra *The road to serfdom* (HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Tradução: Leonel Vallandro. 2. ed. São Paulo: Globo, 1977), lançada em 1944 na Inglaterra e consagrada como *best-seller*, Hayek difunde a matriz de seu pensamento contrário a qualquer forma de planejamento na economia, o que posteriormente é retomado e aprofundado nos seus demais livros. Em 1952 é nomeado professor de ciências sociais e morais na Universidade de Chicago e notabiliza-se ao sustentar a fragilidade de um modelo econômico que atente para questões não estritamente econômicas, dado que reconhece o papel do Estado na proteção do mercado, mas recusa, mesmo em face de graves questões sociais, qualquer interferência na ordem espontânea e complexa daquele, pois sustenta que o planejamento da economia acaba empobrecendo os povos e gerando servidão. Em 1962 passou a lecionar na Alemanha, quando assumiu a cátedra em Friburgo, onde foi professor emérito. Foi distinguido com o prêmio Nobel de economia em 1974, o qual compartilhou com o sueco e antagonista Gunnar Myrdal (1898-1987), pela teoria da moeda e flutuações econômicas, e pela análise da interdependência dos fenômenos econômicos, sociais e institucionais. (In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (Org.). *Manual de economia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 58). Na obra acima referida, *O caminho da servidão*, Hayek explicita seus conceitos, pois

As duas únicas funções de um governo legítimo consistem, segundo Hayek, ‘em prover uma estrutura para o mercado, e prover serviços que o mercado não pode fornecer’. Isso, aliás, mostra que Hayek, a despeito de todo o seu determinado abandono da ‘miragem da justiça social’, não se limitou a retroceder a um puro favorecimento do *laissez-faire* ou ao Estado vigia noturno.<sup>675</sup>

Assim, com razão Ricardo Camargo ao observar que “a atuação positiva do Estado na luta contra os monopólios, para Hayek, mostra-se imperiosa, o que implica necessariamente o reconhecimento do caráter autofágico da concorrência”,<sup>676</sup> de tal modo que “mesmo para o pontífice do individualismo atual, o tema se traduz como extrapolando a economia interna das sociedades comerciais, extrapolando, repete-se, pois, o âmbito puramente contratual”.<sup>677</sup> Neste aspecto cabe referir Cançado Trindade, que adverte para o fato de que:

Na verdade, as relações entre a solidariedade e o Direito têm sido objeto de atenção por parte da doutrina já há muito tempo. Mas o impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos no pensamento jurídico contemporâneo deve, em nosso modo de ver, levar-nos a examinar o tema a partir de uma perspectiva mais ampla, no tempo. Em fins do século XIX, por exemplo, o estudo daquelas relações deu lugar ao ‘solidarismo’, uma escola de pensamento que teve em Emile Durkheim um teórico precursor e influente.

Anos depois, no início do século XX, Léon Duguit retomou o ‘solidarismo’, a partir da advertência de que os seres humanos só podem viver em sociedade, cujo dado fundamental é a ‘solidariedade social’: assim, o dano causado a uma pessoa afeta o tecido social como um todo.<sup>678</sup>

Diante dos limites de um mercado autorregulado fica patente que sempre existiram, em todas as sociedades, atividades que não estão sujeitas a qualquer influência das regras de mercado.<sup>679</sup> Basta referir os impedimentos éticos e morais para, *v.g.*, mesmo diante de uma

---

observa que: “A essência do problema econômico está em que a confecção de um plano desse gênero envolve a escolha entre finalidades rivais ou em conflito, diferentes necessidades de pessoas diversas” (Op. cit., p. 61). É significativa a passagem da obra de Naomi Klein onde a jornalista norte-americana retrata a carta na qual Hayek recomendou para a primeira-ministra britânica no período entre 1979 e 1990, Margaret Thatcher, que adotasse o Chile de Augusto Pinochet como exemplo de reforma econômica. Mesmo que a então chefe do governo britânico tenha reconhecido que o Chile de Pinochet era “um admirável exemplo de reforma econômica com o qual temos inúmeras lições a aprender”, a resposta em carta particular para Hayek é bastante esclarecedora: “Tenho certeza de que você vai concordar que, na Grã-Bretanha, com nossas instituições democráticas e a necessidade de um grau de consenso, as medidas adotadas no Chile são completamente inaceitáveis. Nossa reforma deve ser alinhada com nossas tradições e nossa Constituição. Em alguns momentos, o processo pode parecer dolorosamente lento.” (KLEIN, Naomi. *A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre*. Tradução: Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008, p. 159). O fato é que anteriormente Hayek admitira tal incompatibilidade, pois em entrevista ao jornal chileno *El Mercurio*, na edição de 19 de abril de 1981, afirmou que: “Mi preferencia personal se inclina a una dictadura liberal y no a un gobierno democrático donde todo liberalismo este ausente.”

<sup>675</sup> MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 191.

<sup>676</sup> CAMARGO, 2001, p. 377, nota 1227.

<sup>677</sup> Ibid.

<sup>678</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 2003, v. 3, p. 391.

<sup>679</sup> POLANYI, 2000, p. 198.

radical idolatria do mercado,<sup>680</sup> atribuir aos padrões de troca estabelecidos pelo livre-comércio o critério para a definição da ordem de espera para uma cirurgia de transplante de órgãos ou mesmo para a aquisição de tais órgãos. Registre-se ainda a resistência moral diante do debate acerca da descriminalização do uso de drogas com o objetivo de inviabilizar economicamente o tráfico e oficializar o tratamento médico dos dependentes, sabidamente a principal fonte de sustentação da criminalidade. Mas é verdadeiramente paradigmática a defesa de um mercado de bebês para adoção nos Estados Unidos por Richard Posner, pois o professor da Universidade de Chicago chegou a argumentar que a ausência de regulação econômica em tal matéria gera prejuízos para a sociedade e que de fato já existiria um mercado negro para a compra e venda de bebês. Assim, a resposta padrão dos economistas para a existência de um mercado negro é a extinção das regras que induzem ao seu surgimento, pois em tese a oferta e a demanda por adoção tende a se equilibrar, o que Posner absorve na defesa do que argumenta ser economicamente racional e razoável ao conciliar: (i) adultos que podem gerar crianças e não têm interesse em educá-las; (ii) adultos que não podem gerar crianças; e a (iii) minimização dos custos de produção diante do que os adultos que querem e não podem ter crianças estão dispostos a pagar por uma criança.<sup>681</sup> É dispensável registrar que tal proposição enfrentou severas críticas e grande repulsa social, o que ajuda a entender a passagem – constante nas edições posteriores e nas traduções da obra de Posner – na qual o autor toma a cautela de ponderar, mesmo seguindo na condição de um dos maiores expoentes da análise econômica do direito enquanto disciplina propedêutica, que:

Pero las nociones de la justicia incluyen algo más que la eficiencia. No es obviamente ineficiente tolerar los pactos suicidas; tolerar la discriminación privada

---

<sup>680</sup> É importante referir a obra de Milton Friedman, prêmio Nobel de economia de 1976 e conselheiro econômico dos presidentes norte-americanos Nixon e Reagan, pois inspirou a política econômica dos Estados Unidos a partir da década de 1970 e reabilitou a teoria quantitativa da moeda (teoria “monetarista”) sustentando um liberalismo radical, no qual bastaria o mecanismo de mercado para regular a maioria dos problemas econômicos e sociais, sendo que questionou a própria existência de um Banco Central para regular a moeda: “É um mau sistema para os que acreditam na liberdade justamente porque dá a poucos homens um poder tão grande sem que seja exercido nenhum controle efetivo pelo corpo político – este é o argumento-chave político contra um banco central ‘independente’. Mas é um mau sistema, mesmo para os que põem a segurança acima da liberdade. Erros, compreensíveis ou não, não podem ser evitados em sistemas que dispersam a responsabilidade mas dão poderes amplos a um pequeno grupo de homens e, portanto, tornam ações políticas importantes altamente dependentes de acidentes de personalidade”. (FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução: Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 48-57). Parafraseando Clemenceau, Friedman afirmou que “dinheiro é coisa importante demais para ser deixado aos banqueiros centrais” (Ibid., p. 54), de tal modo que defende “um governo de lei, em vez de um governo de homens, por meio da legislação de normas para a direção da política monetária, a qual teria o efeito de permitir ao público exercer o controle da política monetária por meio das autoridades políticas e, ao mesmo tempo, evitaria que a política monetária fosse vítima dos caprichos das autoridades políticas”. (Ibid.).

<sup>681</sup> POSNER, Richard. ‘The legal protection of children.’ In: *Economic analysis of law*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992, 149-154.

por razones raciales, religiosas o sexuales; tolerar que se mate y se devore al pasajero más débil del barco de la vida en circunstancias de desesperación genuína; obligar a los individuos a declarar contra sí mismos; azotar a los prisioneros; permitir que se vendan niños para su adopción; permitir el uso de la fuerza homicida en defensa de un interés puramente material; legalizar el chantaje; o permitir que los condenados elijan entre la prisión y la participación en experimentos médicos peligrosos. Sin embargo, todas esas cosas ofenden el sentimiento de justicia de los estadounidenses modernos, y todas son ilegales en mayor o menor (de ordinario mayor) medida.<sup>682</sup>

Neste particular Max Weber é mais uma vez lapidar:

A troca, sob o domínio de uma ordem jurídica, é um “acordo jurídico”: aquisição, cessão, renúncia, cumprimento de pretensões jurídicas. Com toda a ampliação do mercado, estas aumentam e diversificam-se. Mas em nenhuma ordem jurídica a liberdade de contrato é de tal modo ilimitada que o direito ponha à disposição sua garantia coativa para acordos de qualquer conteúdo. É antes característica de cada ordem jurídica a decisão sobre os conteúdos para os quais isso ocorre, ou não.<sup>683</sup>

É inequívoco que há atividades que devem – diante dos valores sociais que expressam e da especial relevância decorrente das externalidades sociais que geram<sup>684</sup> – ser excluídas das relações de mercado, sendo emblemática a vedação constitucional do comércio de sangue, órgãos e “substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento”.<sup>685</sup> Neste sentido, portanto, “toda vez que estiverem presentes estas externalidades sociais não há possibilidade de participação do particular”.<sup>686</sup> E tal caracterização não pode ser alterada sequer com a adoção de regimes jurídicos específicos em determinadas atividades econômicas, dado que, nas palavras de Calixto Salomão Filho, “não há regime de direito público que consiga mudar, ao menos no que tange às decisões econômicas, a mentalidade individualista dos particulares”,<sup>687</sup> pelo que assevera:

A idéia é aqui, portanto, contrária aos pressupostos neoliberais. O objetivo é francamente redistributivo. Pouco importa se o resultado será um aumento ou decréscimo da riqueza global (Pareto) ou, ainda, que exista a possibilidade teórica de compensação entre beneficiários e prejudicados (Kaldor-Hicks). O que importa é a

<sup>682</sup> POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. Tradução: Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 32-33.

<sup>683</sup> WEBER, 1999, v. 2, p. 15.

<sup>684</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica* (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 27-28: “Há externalidade sempre que uma determinada relação jurídica produz efeitos geralmente não-mensuráveis a sujeitos que não participam daquela determinada relação jurídica. Exemplo típico é a poluição, externalidade (negativa) causada pela produção industrial, que não atinge os produtores ou os consumidores diretos do produto fabricado (partes na relação econômica), mas sim os moradores de áreas próximas à indústria (terceiros). Na área social externalidades são benefícios ou malefícios causados pela relação jurídica a grupos sociais menos favorecidos ou à organização da sociedade como um todo.”

<sup>685</sup> Vide nota [543](#): § 4º do Art. 199 da CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

<sup>686</sup> SALOMÃO FILHO, 2001, p. 28.

<sup>687</sup> *Ibid.*



existência de relevância social na atividade, que faz com que ela não possa ser prestada pelos particulares sem efeitos distributivos perversos.<sup>688</sup>

Os segmentos em foco manifestam uma inequívoca identidade com os serviços públicos e a coesão social que os caracteriza,<sup>689</sup> de tal modo que, no que pese a proclamada dificuldade de se definir os contornos do interesse público,<sup>690</sup> exigem a prestação daqueles

<sup>688</sup> Ibid.

<sup>689</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 135: “assume o caráter de *serviço público* qualquer atividade cuja consecução se torne indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, qualquer atividade que consubstancie serviço existencial relativamente à sociedade (Cirne Lima).”

<sup>690</sup> SALOMÃO FILHO, 2001, p. 17: “A definição de interesse público é multifacetada, ora política, ora econômica, não permitindo que a mesma seja colocada em termos precisos. Aliás, a experiência prática põe em sérias dúvidas a existência de um conceito – verdadeiro e coerente – de interesse público para fins de intervenção do Estado na economia.” Ainda quanto ao conceito de interesse público, exatamente em face do caráter multifacetado desta definição, cabe referir, apenas para exemplificar, o posicionamento de alguns doutrinadores que refletem sobre o significado e o alcance desta noção: I) CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 51); II) EROS ROBERTO GRAU: “‘Interesse público’ é termo de ‘conceito indeterminado’ (vale dizer, de uma noção). Logo, interesse público deve, em cada caso, ser interpretado (relembre-se que interpretação = aplicação).” (GRAU, 2003a, p. 216); III) DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO: “O interesse público, legalmente definido como aquele que é posto sob a responsabilidade do Estado e como finalidade de sua ação, não é outro senão, em síntese, o *interesse geral* da sociedade, ou, preferindo-se, o *bem comum*, que, em sua acepção metajurídica, será inspiradora da *ação política*, que o definirá para cada sociedade e a cada tempo.” (*In: Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 14); IV) MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: “as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo.” (*In: Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 60); V) ODETE MEDAUAR: “Outra dificuldade diz respeito à formula conceitual do interesse público. Vários significados lhe são conferidos, dentre os quais: a) consiste na soma dos interesses particulares; b) vai além da soma dos interesses particulares; c) é interesse específico da sociedade, distinto, por sua essência, dos interesses particulares; d) é a soma, ao máximo, de bens e serviços; e) valor ético no padrão do interesse público significa que a ação ou ato administrativo é benéfico para todo mundo; f) ‘conjunto de necessidades humanas às quais o jogo dos direitos fundamentais não satisfaz de modo adequado e cujo atendimento, no entanto, condiciona a realização dos destinos individuais’(Rivero)” (*In: Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 164); VI) MARÇAL JUSTEN FILHO: “Não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo ‘o *interesse público*’. Mas não se legitimará mediante a invocação a esse ‘interesse público’, e sim porque compatível com os direitos fundamentais” (*In: Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45); e VII) JUAREZ FREITAS: “o princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais.” (*In: O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36). É necessário, portanto, sem qualquer receio de incidir na falsa polêmica acerca de uma pretensa concepção estatista dogmática, render homenagens e concordar com Celso Antônio Bandeira de Mello quando assevera que o interesse público, em sua concreta individualização, é “aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo” (Id. Ibid., *supra*, p. 57), pois a adequada mediação entre a diversidade de interesses contrapostos na sociedade define o sentido e a própria razão de ser do legislador democrático, o que não anula ou mesmo inviabiliza a atuação responsável dos intérpretes, vale dizer, de toda a sociedade, na definição da norma jurídica adequada para cada contexto social e suas circunstâncias, o que, pressupondo o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, necessariamente deve levar em conta a história e a cultura de cada povo. Não se justifica, portanto, ao menos em regimes democráticos, a dicotomia posta por Renato Alessi entre interesse público primário e secundário, pela qual apenas naquele residiriam os

serviços “sob regime jurídico especial informado por prerrogativas soberanas de autoridade e por restrições especiais em seu exercício”,<sup>691</sup> podendo ser bem exemplificados com os segmentos da saúde e da educação,<sup>692</sup> sendo relevante o retrato desenhado por Calixto Salomão Filho, no qual se verifica que:

Jamais o que o estudante está disposto ou tem condições de pagar pela escola pode remunerar o imenso benefício social trazido pela educação de cada indivíduo. Até porque esse benefício não é passível de mensuração. Isso responde pelos maus resultados da educação quando sujeita às regras de mercado – ou a escola privada desvirtua o sistema educacional, oferecendo ensino de baixa qualidade e, portanto, deixando de produzir externalidades sociais positivas, ou o preço cobrado pelo ensino geralmente torna-o inacessível à grande maioria, o que também gera grandes externalidades sociais negativas.<sup>693</sup>

É imperativo, portanto, que se identifique o papel e as interações que constituem a identidade de cada sujeito diante deste universo, pois somente assim será possível entender o direito enquanto “mediação específica e necessária das relações de produção”<sup>694</sup> próprias da sociedade capitalista, o direito pressuposto que Eros Grau diferencia diante do direito posto pelo Estado, o que permite ter bem presente a imprescindibilidade do espaço público, dado que “o Estado, apesar de todos os pesares, é ainda, entre nós, o único defensor do interesse público, não sendo inviável a visualização de momentos de legitimidade, nele, em que venha (o interesse público) a se confundir com o interesse social”.<sup>695</sup>

---

interesses de toda a sociedade (Id. *Ibid.*, *infra*, p. 233, nota 3, parte final), eis que, aparte o pensamento *liberista*, não é razoável cavar um fosso tão profundo entre a sociedade e o Estado, porquanto não faz sentido negar a razão de ser do espaço público e com ele da própria dimensão histórica e social da organização estatal enquanto expressão do todo maior da sociedade. É pleno de significado que na mesma obra Renato Alessi tenha o cuidado de advertir que todo ato administrativo deve encontrar um fundamento na lei e que tal reserva legal é em si uma garantia de tutela dos indivíduos contra a possibilidade de arbítrio e opressão pelos governantes (ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo: i soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978, v. 1, p. 231).

<sup>691</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta: concessão e permissão de serviço público, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações governamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 20.

<sup>692</sup> GRAU, 2006, p. 124: “Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino – não se tratassem, saúde e ensino, de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais.” Importa observar, sem qualquer tísar na relevância de tal entendimento substantivo, a titularidade dos serviços, o que de fato é dependente das escolhas soberanas dos povos diante das circunstâncias históricas (vide notas [684](#) e [689](#)) e pressupõe a existência de norma constitucional definidora (vide notas [992](#) e [1387](#)).

<sup>693</sup> SALOMÃO FILHO, 2001, p. 28.

<sup>694</sup> GRAU, 2003a, p. 59.

<sup>695</sup> *Ibid.*, p. 147.

### 3 A NOVA *LEX MERCATORIA* E A CODIFICAÇÃO

O tempo histórico contemporâneo já foi caracterizado como era da descodificação,<sup>696</sup> na qual ganham vigor padrões de conduta que viabilizam a maximização da rentabilidade econômica e que revalorizam os regramentos consuetudinários concebidos na atividade mercantil, ainda que muitas vezes sob aparente casuística, dado que na realidade revelam as características próprias do modo de produção em que se inserem, pois “o direito é um produto cultural, uma invenção do homem, sendo as realidades sociais o elemento desde o qual se processa a sua invenção.”<sup>697</sup> Assim, a nova *lex mercatoria* revaloriza os *microsistemas* jurídicos, existentes em todas as sociedades e países, onde “o método dos micro-sistemas, apropriando-se da tradição civilista, não reduz a racionalidade sistêmica, mas trata antes de ampliar e expandir a mesma para os territórios das leis especiais”.<sup>698</sup> Nos microsistemas jurídicos encontra-se uma pluralidade de ordenamentos jurídicos e com eles manifestações de identidade histórica e de diversas culturas e civilizações, razão pela qual é necessário reconhecer a importância da crescente valorização da experiência local,<sup>699</sup> o que pressupõe a afirmação de valores humanistas que orientem o intérprete dos pactos e preceitos normativos. É, por conseguinte, inequívoco que o fenômeno das leis especiais derroga princípios

<sup>696</sup> IRTI, 1999, p. 49: “Il nostro tempo non rinnova la disputa sulla codificazione. Ne sono spenti o caduti i termini ideali: l’utopia di un diritto segnato dalla ragione a tutti gli uomini ed a tutti i paese; la fiducia nella spontanea creatività della coscienza popolare. Il problema del codice civile oggi è null’altro che il problema del potere, che la estessa dialettica tra lo Stato ed i gruppi sociali. La crisi della ‘centralità’ del codice è soltanto una immagine della crisi dello Stato moderno; e così dell’emersione storica di gruppi e classi, di categorie economiche ed élites, che esigono specifici statuti e tavole di diritto. Scorgiamo o presentiamo che il fenomeno è destinato a moltiplicarsi, e che le leggi esterne esproprieranno il codice di altre materie ed istituti.”. Tradução livre: “O nosso tempo não reedita a luta pela codificação. Nem são vencidos ou superados os termos ideais: a utopia de um direito marcado pela razão para todos os homens e para todos os países; a confiança na criatividade espontânea da consciência popular. O problema do código civil hoje não é outro do que do poder, que a mesma dialética entre o Estado e os grupos sociais. A crise da ‘centralidade’ do código é apenas uma imagem da crise do Estado moderno; e assim da emersão histórica de grupos e classes, de categorias econômicas e elites que reivindicam estatutos específicos e elencos de direito. Desanimamos ou pressentimos que o fenômeno está destinado a multiplicar-se, e que as leis externas expropriam o código de outras matérias e institutos.”.

<sup>697</sup> GRAU, 2002, p. 86.

<sup>698</sup> IRTI, 1999, p. 7-8. Texto original: “il metodo dei micro-sistemi, appropriandosi della tradizione civilistica, non riduce la razionalità sistematica, ma cura anzi di allargarla ed espanderla ai territori delle leggi speciali”.

<sup>699</sup> SANTOS, 2000, p. 52: “Foucault caracteriza as duas formas de poder social do seguinte modo: o poder jurídico (ou estatal) assenta na teoria da soberania; é poder enquanto direito que possui ou se troca; é um poder de soma zero; tem uma organização centralizada e é exercido do topo para a base; distingue entre exercício de poder legítimo e ilegítimo; aplica-se a receptores ou alvos autônomos pré-existentes; fundamenta-se num discurso de direitos, obediência e normas. O poder disciplinar, pelo contrário, não tem um centro; é exercido em toda a sociedade; é fragmentário e capilar; exerce-se a partir da base e cria alvos próprios como veículos para o seu exercício; parte de um discurso científico de normalização e padronização. Embora Foucault seja relativamente confuso no que respeita às relações entre estas duas formas de poder, não restam dúvidas de que, para ele, ambas são incompatíveis, e que o poder científico e normalizador das disciplinas se tornou a forma de poder mais difundida na nossa sociedade”.

codificados e constitui o germe de um novo direito, diante do que a doutrina acertadamente constata que:

Mas frequentemente [...] a lei, nascida como excepcional e provisória, se protraí no tempo e conquista uma insuspeita estabilidade. Ao redor dessa se dispõem outras leis, que completam sua disciplina e que introduzem, por sua vez, derrogações e exceções: delinea-se assim um microssistema, um pequeno mundo de normas, do qual o intérprete já pode extrair princípios gerais nos quais descobrir uma lógica autônoma.<sup>700</sup>

É inegável, nas palavras de Washington Albino de Souza, o abalo dos próprios “princípios fundamentais do Direito tradicional, tais como os conceitos de ‘espaço’ e de ‘tempo’”,<sup>701</sup> dado que “os países procuram adaptar-se à idéia de ‘um mundo só’<sup>702</sup> com “modificações que se operam sobre valores culturais, políticos e jurídicos próprios, assim expandidos além das fronteiras nacionais”,<sup>703</sup> pois:

Tomado o sentido da ‘integração vertical’ das economias do globo, em face do mecanismo das ‘internalidades’ e das ‘externalidades’ dos seus instrumentos, passa-se a falar da ‘globalização do direito’ com referência ao fato dessa inter-relação. Como concomitância da globalização dos mercados, bem como da organização e das práticas dos negócios das empresas multinacionais que operam em países diferentes dentre estes, dirigiu-se na direção de uma relativa uniformidade global dos contratos e do Direito Comercial.

Admite-se que, pela sua natureza, esses contratos constituem uma espécie de sistema privado de legislação.<sup>704</sup>

Assim, o mero propósito de assegurar a continuidade de uma ordem econômica mundial, na qual os diversos agentes públicos e privados buscam a segurança jurídica, acaba por ignorar o propósito maior do direito que é assegurar o bem-estar humano e com ele a paz mundial. Como bem observa Maria Ferrarese, o caminho adotado tem sido oposto ao desiderato de paz e superação da desigualdade, eis que:

O instrumento jurídico, editado a nível supranacional, de resto, já não se endereça a tarefas diretamente prescritivas, quanto a predispor princípios operativos e filosofias organizativas de caráter geral que estão no nível superior dos mercados e que inevitavelmente surtem efeitos diversos. Pense-se, por exemplo, nos princípios do antitruste, que aparentemente estão voltados para a defesa da concorrência e na realidade podem servir a propósitos diversos e até opostos. Particularmente no mercado global podem funcionar como ‘um instrumento dos países industrializados

<sup>700</sup> IRTI, 1999, p. 46. Texto original: “Ma spesso [...] la legge, nata come eccezionale e provvisoria, si protrae nel tempo e conquista un’insospettata stabilità. Attorno ad essa si dispongono altre leggi, che ne completano la disciplina e che introducono, a loro volta, deroghe ed eccezioni: si delinea così un micro-sistema, un piccolo mondo di norme, da cui l’interprete può ormai ricavare principi generali ed in cui ormai scoprire una logica autonoma.”

<sup>701</sup> SOUZA, 2005, p. 206.

<sup>702</sup> Ibid.

<sup>703</sup> Ibid., p. 207.

<sup>704</sup> Ibid., p. 208.

para defenderem os seus mercados e para agredirem e colonizarem aqueles dos países emergentes.<sup>705</sup>

Por outro lado, padrões e valores sociais que sempre gozaram de uma importância local intrínseca, mas que restaram mitigados diante da onipotência legislativa do Estado legada pela Modernidade, tensionam na busca de um espaço de afirmação e valorização enquanto contraponto a tal tentativa de consagração de uma nova *lex mercatoria*. É, portanto, importante ter presente que, conforme bem registra Emílio Santoro, a própria ideia de que seja possível governar sociedades complexas com leis gerais e abstratas mostra-se impraticável, mas também é evidente que não podem ser governadas racionalmente de modo burocrático e hierárquico,<sup>706</sup> razão pela qual “a jurisdição emerge como o instrumento normal de governo.”<sup>707</sup> Para Santoro cabe aos magistrados “dar vida para uma comunidade de juristas animada pelo *ethos* dos direitos de liberdade, capaz de resistir às pressões provenientes de outros setores da vida social, em primeiro lugar o econômico e o político”,<sup>708</sup> o que não prescinde de “um grande domínio dos instrumentos jurídicos formais.”<sup>709</sup> Ocorre que ao ganharem visibilidade e passarem a ser considerados na definição do direito e de suas representações e categorias, tais valores expressam mais do que uma pretendida ampliação da autonomia privada, pois representam uma nova relação entre as forças dominantes capazes de expressarem princípios autônomos,<sup>710</sup> dado que:

Ao código civil não se pode reconhecer – [...] – o valor de direito geral, de sede de princípios, que são desenvolvidos e ‘especificados’ pelas leis especiais. Esse funciona agora como *direito residual*, que disciplina casos não regulados por normas particulares. Nem tanto é verdadeiro que as leis especiais desenvolvem critérios enunciados nos códigos, quanto que o código integra e completa as previsões das leis especiais.<sup>711</sup>

<sup>705</sup> FERRARESE, 2000, p. 70-71. Texto original: “Lo strumento giuridico, declinato a livello sovranazionale, del resto, non si rivolge più tanto a compiti direttamente prescrittivi, quanto piuttosto a predisporre principi operativi e filosofie organizzative di carattere generale, che stanno a monte dei mercati e che inevitabilmente sortiscono effetti diversi. Si pensi ad esempio ai principi antitrust, che all’apparenza sono votati alla difesa della concorrenza in realtà possono servire scopi mutevoli e persino opposti. Specie nel mercato globale possono funzionare come ‘uno strumento dei paesi industrializzati per difendere i loro mercati e per aggredire e colonizzare quelli dei paesi emergenti’.”

<sup>706</sup> SANTORO, Emilio. *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell’era della globalizzazione*. Torino: Giapichelli, 2008, p. 46.

<sup>707</sup> Ibid., p. 47. Texto original: “la giurisdizione emerge come lo strumento normale di governo.”

<sup>708</sup> Ibid., p. 334. Texto original: “dar vita a una comunità di giuristi animata dall’*ethos* dei diritti di libertà, capace di resistere alle pressioni provenienti da altri settori della vita sociale, in primo luogo quello economico e quello politico”.

<sup>709</sup> Ibid. Texto original: “una grande padronanza degli strumenti giuridici formali”.

<sup>710</sup> FERRARESE, 2000, p. 41-43.

<sup>711</sup> FERRARESE, 2000, p. 40. Texto original: “Al codice civile non può riconoscersi – [...] – il valore di diritto generale, di sede di principi, che siano svolti e ‘specificati’ da leggi esterne. Esso funge ormai da *diritto residuale*, da disciplina di casi non regolati da norme particolari. Non tanto è vero che le leggi speciali

É, via de consequência, cabível inferir o espaço para uma futura codificação no plano internacional que possa assegurar, assentada em princípios gerais e mesmo em regras, conforme apropriadamente refere Eros Grau,<sup>712</sup> os direitos fundamentais da pessoa humana, mas a consagração de tais preceitos por ora ainda não prescinde do constitucionalismo e com ele dos tratados dependentes da adesão soberana das nações, sobremaneira em face da já referida ausência de uma correlação, no plano internacional, entre norma e poder.<sup>713</sup> Logo, conforme a lição de Hermann Heller, o espaço público assegurado pela ordem estatal legítima segue sendo imprescindível para preservar o equilíbrio entre liberdade e igualdade em meio aos indivíduos e povos, eis que:

A instância que no Estado estabelece as normas torna-se legítima quando os destinatários da norma crêem que o criador do direito, ao estabelecer os preceitos jurídicos, não faz senão dar caráter positivo a certos princípios de direito eticamente obrigatórios que transcendem ao Estado e ao seu direito, e cujo fundamento justamente constituem.<sup>714</sup>

No presente contexto de uniformização das relações mercantis, se por um lado há que se compatibilizar o mote da fragmentação legislativa com a positivação de uma tábua de princípios, é inarredável que tal processo observe critérios democráticos e sobremaneira tenha como pressuposto a dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido é possível constatar que se por um lado a nova *lex mercatoria* afirma princípios de estabilização das relações mercantis, por outro é também inequívoco que tais princípios desagregam as múltiplas realidades locais. Assim, a pauta axiológica deve ser considerada em cada caso particular, sempre tendo presente o respeito pela identidade cultural e a autodeterminação dos povos, pois os valores e bens de domínio público – que sabidamente não podem integrar as relações de mercado – dependem de processos decisórios e escolhas democráticas quanto ao modelo de desenvolvimento de cada povo. E tal se dá no espaço público com a manifestação da soberania democrática nos Estados nacionais.

---

sviluppano criteri enunciati nel codice, quanto che il codice integra e completa le previsioni delle leggi speciali”.

<sup>712</sup> GRAU, 2002, p. 77: “O direito pressuposto é fundamentalmente princípios, nada obstando, de toda sorte, a que nele vicejem regras, entendidas estas como normas jurídicas cujo grau de generalidade é mais estreito do que o grau de generalidade dos princípios”.

<sup>713</sup> Vide notas [317](#) e [318](#).

<sup>714</sup> HELLER, 1968, p. 231.

#### 4 SOBERANIA, SOCIEDADE E O RETORNO DA *LEX MERCATORIA*

Nas palavras de Tullio Ascarelli se evidencia uma “função que quase diria, de bandeirante, preenchida em geral pelo direito comercial e ligada ao significado e à função da sua autonomia”.<sup>715</sup> O grande comercialista prossegue lembrando que o direito comercial elaborou, em oposição ao direito comum, “os institutos mais típicos da economia moderna, aqueles que constituem quase que os instrumentos jurídicos desta”.<sup>716</sup> É ainda Tullio Ascarelli quem assevera que:

A constituição de um direito comercial especial decorre historicamente das exigências daquela economia capitalista que, surgida com a burguesia das cidades italianas e com características bem diversos dos até então tradicionais, foi progressivamente renovando com espírito de racionalização, de risco, de livre concorrência, e de livre iniciativa a constituição econômica.<sup>717</sup>

É inegável a importância de padrões de mercado que assegurem a mobilidade do crédito, a boa-fé dos contratantes e que estejam sustentados por regras de limitação de responsabilidade e garantias judiciais, pois diante das interações sociais “o Direito, como sistema, é um factor poderoso de redução da complexidade social”.<sup>718</sup> Surge, portanto, “como fonte primordial de confiança: o conhecimento dos esquemas dogmáticos permite, por excelência, simplificar e ordenar os factores condicionantes de decisão”.<sup>719</sup> Neste aspecto Menezes Cordeiro, após observar que a confiança só é produtiva quando ganha um sentido material e o comunica para a boa-fé,<sup>720</sup> é explícito ao reconhecer que as condições para a afirmação de um ambiente de confiança depende de uma multiplicidade de agentes e fatores, pois com propriedade assevera que:

O confeccionador da situação de confiança em si não pode ser imputado à dedução ou à indução; compreende sempre uma multiplicidade de dados, onde saber e não-saber se mesclam; no entanto, não é de considerar como irracional: perante a sua função de elevar o potencial do sistema para enfrentar a complexidade, ela racionaliza-se, pois, na sua ausência, apenas seriam possíveis fórmulas muito simples de cooperação humana.<sup>721</sup>

---

<sup>715</sup> ASCARELLI, 1947, p. 43-44.

<sup>716</sup> Ibid., p. 44.

<sup>717</sup> Ibid., p. 46.

<sup>718</sup> CORDEIRO. Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1242.

<sup>719</sup> Ibid.

<sup>720</sup> Ibid., p. 1241.

<sup>721</sup> Ibid., p. 1242.

É revelador que tal polaridade entre os preceitos jurídicos e a prática mercantil tenha se manifestado com intensidade ainda na baixa Idade Média, o que com propriedade Douglas C. North identifica ao ponderar que:

Os efeitos do direito mercantil sobre os contratos e vendas foi especialmente estimulante para a expansão do mercado. Os direitos Romano e Germânico existentes não davam a segurança e a certeza que os mercadores precisavam para os negócios. Nem um nem outro sistema jurídico os protegia contra as reivindicações dos proprietários originais de mercadorias roubadas ou perdidas que os mercadores tinham adquirido de boa-fé. Os senhores feudais reconheciam o valor de feiras e mercados como uma fonte de renda e, portanto, a importância de proteger os compradores honestos. Sob o direito mercantil, os compradores honestos foram respectivamente autorizados a ficar com as mercadorias ou devolver quando o proprietário original restituía o preço pago.<sup>722</sup>

É inequívoca a relevância do papel do Estado, ou seja, de um espaço público institucionalizado na construção das condições para a garantia da confiança nas relações econômico-sociais, sendo emblemática a própria afirmação da busca do bem comum<sup>723</sup> enquanto atribuição de todos que exercem o poder, o que hoje está explicitado no compromisso constitucional com a “dignidade da pessoa humana”, fundamento da República (CB, art. 1º) que orienta os objetivos da nação e os princípios da ordem econômica brasileira (CB, arts. 3º e 170), ao que ganha destaque a lição de Giuseppe Bellantuono quando pondera que:

Particular relevo se atribui às normas imperativas, destinadas a realizarem no direito dos contratos os valores solidarísticos da Constituição. Coerentemente com tais premissas negou-se que a integração pudesse operar exclusivamente em presença das lacunas do contrato.<sup>724</sup>

É imperativo, portanto, refletir com realismo acerca do atual estágio do tema, ou seja, da tensa e simbiótica relação entre o poder público e o mercado, pois com razão Eros Grau e Paula Forgioni apontam, *v.g.*, que “a exploração do consumidor desestimularia o tráfico; daí a proteção ao *hipossuficiente*, concedida pelo Estado, que acaba por catalisar a *circulação*

<sup>722</sup> NORTH, Douglass Cecil. *The political economy of merchant empires*, New York: Cambridge University Press, 1991, p. 31. Texto original: “The effect of the merchant law on contracts and sales was especially encouraging to the expansion of trade. The existing Roman and Germanic laws did not give the security and certainty of bargain that merchants needed. Neither body of law protected them against the claims of the original owner of stolen or lost goods that the merchant had innocently purchased. The feudal lord recognized the value of fairs and markets as a revenue source and therefore the importance of protecting the honest purchaser. Under merchant law, the honest purchaser was allowed either to keep the goods or return them if the original owner refunded the purchase price.”

<sup>723</sup> Vide notas [90](#) e [213](#).

<sup>724</sup> BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova: Cedam, 2000, p. 341. Texto original: “Particolare rilievo si attribui alle norme imperative, destinate a realizzare nel diritto dei contratti i valori solidaristici della Costituzione. Coerentemente con tali premesse, si negò che l'integrazione potesse operare esclusivamente in presenza di lacune del contratto.”



*mercantil e a fluência das relações de intercâmbio*”.<sup>725</sup> O que, cabe ponderar, hoje é temperado com a mitigação da ideologia estatista que pretendeu disciplinar tudo com a edição de leis, pois com acerto António Hespanha aponta o prejuízo causado pela “desconfiança perante a outorga ao juiz de autonomia de apreciação do caso concreto”.<sup>726</sup> É positiva, por isso, a abertura ao juiz de cada causa para “a apreciação da justeza da solução concreta ou uma tarefa de concretização ‘activa’ dos princípios gerais”,<sup>727</sup> sobremaneira quanto ao que “se passava com a doutrina do ‘abuso de direito’, com a teoria da imprevisão ou com a admissão da relevância jurídica de cláusulas gerais (como, v.g., a boa-fé)”.<sup>728</sup>

É, neste aspecto, certa a análise de Natalino Irti ao identificar onde reside a imprescindível garantia da estabilidade das relações jurídicas, pois esta constitui um pressuposto de qualquer ordem jurídica que, “em épocas de incessantes transformações sociais e tecnológicas, políticas e econômicas, pode ser tutelada apenas com a sobriedade de institutos gerais: não refutados, nem contestados, mas pressupostos pelas disciplinas especiais”<sup>729</sup> Assim, Irti pondera que a “linha de defesa do código civil passa pela redução quantitativa e a exaltação qualitativa dos seus conteúdos”,<sup>730</sup> pois o “direito privado comum não viola a autonomia dos múltiplos microssistemas e, todavia, contém e elabora os institutos que são pressupostos por ele”.<sup>731</sup> Não é sem sentido que tais postulados estão codificados no direito brasileiro,<sup>732</sup> de tal modo que, mesmo em face de eventuais equívocos do legislador, a consistência da orientação jurisprudencial dominante por certo seguirá orientando os necessários temperamentos da matéria sem confundir as relações de mercancia com as próprias do consumerismo. Neste sentido é de se observar que a longevidade do Código Civil Francês – o Código Napoleônico editado em 21 de março de 1804 e ainda em vigor após mais de duzentos anos – também pode ser atribuída, mesmo que os juristas da escola da exegese

---

<sup>725</sup> GRAU, 2005, p. 22.

<sup>726</sup> HESPANHA, 1996, p. 218.

<sup>727</sup> Ibid.

<sup>728</sup> Ibid.

<sup>729</sup> IRTI, 1999, p. 8. Texto original: “*in epoche di incessanti trasformazioni sociali e tecnologiche, politiche ed economiche, può esser tutelata soltanto con la sobrietà di istituti generali: non rifiutati né contraddetti, ma presupposti dalle discipline speciali*”.

<sup>730</sup> Ibid. Texto original: “*linea di difesa del codice civile passa per la riduzione quantitativa e l’esaltazione qualitativa dei suoi contenuti*”.

<sup>731</sup> Ibid. Texto original: “*diritto privato comune non vulnera l’autonomia dei molteplici micro-sistemi, e tuttavia contiene ed elabora gli istituti che da essi sono presupposti*”.

<sup>732</sup> Artigos 112, 113, 114, 157, 421, 422, 423 e 424 do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

num primeiro momento não o tenham valorizado,<sup>733</sup> ao expresso reconhecimento do princípio da boa-fé enquanto disposição geral do direito das obrigações assentada no art. 135 daquela precursora codificação.<sup>734</sup> Mas é Natalino Irti quem atenta para o fato de que mesmo com a abertura para a especificidade de cada contexto não se faz possível uma pura dialética entre lei e juízo, entre regra geral e caso concreto, pois na realidade trata-se “da mais profunda *relação entre poder do Estado e poderes dos grupos*: daqueles grupos – entendemos – que pedem e recebem estatutos ou quadros de prerrogativas”,<sup>735</sup> onde se destaca que:

A unidade de tratamento jurídico, se por um lado é garantida pelos princípios constitucionais e pelo controle sobre as normas legislativas ordinárias, pode, por outro lado, ser obtida apenas nas sedes parlamentares, onde se mede a firmeza dos partidos e da classe política ao negar privilégios e ao salvaguardar, até mesmo contra a pressão dos grupos, os interesses de toda a comunidade.<sup>736</sup>

Neste aspecto é significativa a lição de Hermes Marcelo Huck ao apontar o ainda relevante papel do Estado<sup>737</sup> diante da *lex mercatoria*, pois:

O momento da verdade surge quando um contrato firmado sob a égide da *lex mercatoria*, ou um laudo arbitral, ou mesmo uma sentença judicial, prolatados com base naquele conjunto de regras, são apresentados perante um tribunal estatal estrangeiro, buscando de alguma forma reconhecimento ou execução. Se o tribunal estatal negar homologação a tal sentença, laudo, ou deixar de reconhecer o contrato, todo o esforço unificador dos construtores da *lex mercatoria* terá sido em vão.<sup>738</sup>

Assim, mesmo sendo relevante o papel desempenhado pela *lex mercatoria* na definição de padrões internacionais de conduta dos mercados, é igualmente irrefutável a importância de um espaço público regulador destes. É, portanto, conveniente atentar para o que diz o economista Paulo Batista Jr. quando aponta os limites e os riscos de uma economia indiscriminadamente aberta, pois observa que:

<sup>733</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 33-58, p. 35.

<sup>734</sup> FRANÇA. Code Civil des Français, 21 mars 1804. Paris: Dalloz, 2004: “Article 1135. Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.”

<sup>735</sup> IRTI, 1999, p. 44. Texto original: “del più profundo *rapporto tra potere dello Stato e poteri dei gruppi*: di quei gruppi – intendiamo – che chiedono ed ottengono statuti o tavole di prerogative”.

<sup>736</sup> Ibid. Texto original: “L'unità di trattamento giuridico, se da un lato è garantita dai principi costituzionali e dal controllo sulle norme legislative ordinarie, può, dall'altro, ottenersi soltanto nelle sedi parlamentari, dove si misura la fermezza dei partiti e della classe politica nel negare privilegi e nel salvaguardare, anche contro la pressione dei gruppi, gli interessi di tutta la comunità.”

<sup>737</sup> Ainda acerca da importância dos mercados nacionais Paulo Nogueira Batista Júnior. (*Op. cit.*, 2000, p. 58) aponta que: “Ao contrário do que sugere o uso generalizado de expressões como ‘globalização’ ou ‘mundialização’ da economia, os mercados nacionais continuam preponderantes, sobretudo nos países maiores. A demanda interna absorve uma parcela largamente predominante da produção de bens e serviços e responde pelo grosso dos empregos gerados”.

<sup>738</sup> HUCK, 1994, p 128.

A despeito da rápida expansão das transações internacionais nos últimos trinta anos, os movimentos líquidos de capital, em relação ao tamanho das economias, ainda são menores do que foram antes da Primeira Guerra Mundial. O grosso da poupança fica nos países onde é gerada. E como grande parte dos fluxos financeiros internacionais é composta de capitais de curto prazo, que se deslocam rapidamente em resposta a mudanças nas condições financeiras, os países não podem apoiar seus planos de desenvolvimento na absorção de recursos externos. Aqueles que se envolvem excessivamente com os instáveis mercados financeiros internacionais e acreditam demais nas promessas e oportunidades da ‘globalização financeira’ acabam submetidos a crises cambiais e financeiras, com graves conseqüências em termos econômicos, sociais e políticos.<sup>739</sup>

Neste contexto a confiança passa a ser a regra de ouro de todo o sistema econômico e jurídico,<sup>740</sup> ao que cumpre referir – particularmente acerca da regulação dos mercados e sobremaneira pela autoridade intelectual do autor – a sintética análise de Ronald H. Coase, pois o prêmio Nobel de economia de 1991 reconhece os limites do mercado para coibir oportunismos e abusos dos seus agentes em contextos complexos, o que tensiona e compromete a própria noção institucionalizada daquele e afasta qualquer pretensão de autossuficiência enquanto sistema de alocação de bens e serviços, de tal modo que exige a presença constante do Estado, visto que:

É evidente que, para a sua operacionalidade, mercados como aqueles que existem hoje requerem muito mais do que as estruturas físicas nas quais seja possível vender e adquirir; esses requerem também a instituição de normas jurídicas que governam os direitos e deveres daqueles que concluem transações. Estas normas jurídicas podem ser criadas por aqueles que organizam os mercados, como se dá na maior parte das bolsas de *commodity*. Os maiores problemas enfrentados pelas bolsas nesta atividade de regulamentação constituem em assegurar o acordo entre os membros da bolsa e o respeito pelas suas regras. O acordo é facilitado no caso da bolsa de *commodity* pelo fato de que os membros se encontram nos mesmos locais e tratam de uma gama restrita de *commodities*; e o respeito pelas regras é possível porque a possibilidade de comercializar em bolsa é por si de grande valor e a recusa da permissão representa uma sanção suficientemente severa ao ponto de induzir a maioria dos mercadores a observar as regras da bolsa. Quando as facilidades físicas estão dispersas e apropriadas por um vasto número de pessoas com muitos interesses diferentes, tal como é o caso de varejistas e atacadistas, a constituição e a

<sup>739</sup> BATISTA JÚNIOR, 2000, p. 58-59.

<sup>740</sup> Particularmente quanto ao “crescimento e a prosperidade americana”, baseada no “consumo sempre bem mais elevado do que o PIB”, Francisco Corrêa Guedes observa que: “O crescimento do consumo tem sido possível devido aos ganhos realizados nas bolsas. Como as famílias se endividam a juro baixo para adquirir as acções que lhes proporcionam os ganhos de capital que animam o seu consumo, temos que Wall Street está condenada a subir por toda a eternidade. Para isso o ingrediente é a ‘confiança’: a confiança perpétua e inabalável encarnou no senhor Alan Greenspan – quando coça a orelha, treme o mundo – com quem se conta para que a espiral continue a perfurar a abóbada celeste. De facto a alternativa é demasiado horrível para poder ser contemplada”. (GUEDES, 1999, p. 774). Igualmente ilustrativa é a observação de Paulo Nogueira Batista Júnior: “Os mercados internacionais, os analistas financeiros, os governos, os meios de comunicação de massa, enfim toda e qualquer movimentação do Federal Reserve. Todo e qualquer comentário do *chairman* do Fed, Alan Greenspan, é examinado e interpretado *ad nauseam* pela imprensa financeira mundial”. (BATISTA JÚNIOR, 2000, p. 79).

administração de um sistema jurídico privado seria muito difícil. Tais operadores nestes mercados precisam depender, portanto, da ordem jurídica do Estado.<sup>741</sup>

Diante da incerteza ainda maior em decorrência de economias abertas resta evidenciado que só a boa-fé<sup>742</sup> não basta para disciplinar o mercado, pois o próprio instituto da boa-fé objetiva, plenamente assimilado na ordem jurídica brasileira com o propósito de garantir estabilidade e segurança nas atividades comerciais, pressupõe uma autoridade pública que legitime os padrões de conduta adotados pelos agentes do mercado em contextos específicos.<sup>743</sup> O longo processo de amadurecimento e reflexão doutrinária que propiciou a afirmação do instituto da boa-fé objetiva se confunde com a própria construção da ideia de liberdade de mercado, o que, todavia, não supera a ausência de acordo entre a maioria dos agentes econômicos e a dificuldade decorrente da infinita diversidade de bens e serviços sobre os quais incide uma multiplicidade de transações. O espaço público, no qual não apenas a jurisprudência dos tribunais do Estado de Direito cumpre o papel de ordenar e legitimar as condutas dos agentes econômicos, mas também conta com a adesão dos próprios interessados, pressupõe, por isso mesmo, o exercício democrático das competências legislativas definidoras dos padrões normativos em conformidade com a cultura e as necessidades de cada povo.

---

<sup>741</sup> COASE, 1988, p. 10. Texto original: “It is evident that, for their operation, markets such as those that exist today require more than the provision of physical facilities in which buying and selling can take place. They also require the establishment of legal rules governing the rights and duties of those carrying out transactions in these facilities. Such legal rules may be made by those who organize the markets, as is the case with most commodity exchanges. The main problems faced by the exchanges in this law making are the securing of the agreement of the members of the exchange and the enforcement of its rules. Agreement is facilitated in the case of commodity exchanges because the members meet in the same premises and deal in a restricted range of commodities; and enforcement of the exchange is itself of great value and the withholding of permission to trade is a sanction sufficiently severe to induce most traders to observe the rules of the exchange. When the physical facilities are scattered and owned by a vast number of people with very different interests, as is the case with retailing and wholesaling, the establishment and administration of a private legal system would be very difficult. Those operating in these markets have to depend, therefore, on the legal system of the State.”

<sup>742</sup> CORDEIRO, 1997, p. 1247-1248: “A consagração dos dispositivos gerais, implícitos no dever de actuar de boa fé e no exercício inadmissível de posições jurídicas, capazes de, nalgumas das suas facetas mais significativas, proteger a confiança, demonstram, nesta, um vector genérico. Mas dão, também, o tom da generalização possível: a confiança, fora das normas particulares a tanto dirigidas, é protegida quando, da sua preterição, resulte atentado ao dever de actuar de boa fé ou se concretize um ‘abuso do direito’”. Entre nós o Visconde de Cairu (1963, p. 540) já preconizava: “Havendo dúvida sobre a intelligencia, e força de hum Contracto Mercantil, deve-se interpretar a mente dos contrahentes segundo o uso, ou Estatuto da Praça, e Lugar em que se fez o mesmo contracto; e bem assim o juizo dos Comerciantes costumados a praticar essa especie de negocio, ainda que aliás as palavras do trato, ou escripto diversamente signifiquem: pois sempre a boa fé, e o estilo mercantil he que deve prevalecer, e reger, e não o estreito significado dos termos, e menos ainda as intelligencias cavillosas, e contrarias ao verdadeiro espirito do Contracto”.

<sup>743</sup> AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 251: “Na formação e na execução do contrato, o real conteúdo das obrigações e o modo pelo qual devem as partes se comportar são determinações a serem alcançadas com o auxílio do princípio da boa-fé, que servirá não apenas para a interpretação integradora das cláusulas do contrato, mas ainda para o reconhecimento de deveres secundários, derivados diretamente do princípio, independentemente da vontade manifestada pelas partes, a serem observados durante a fase de formação e de cumprimento da obrigação”.

## 5 COESÃO SOCIAL E RELAÇÕES DE MERCADO

A fragmentação do poder estatal identificada até aqui, o que se verifica sobremaneira desde as últimas décadas do século XX, em razão do que suas estruturas progressivamente se limitam a “atuar como simples mecanismos de coordenação, de adequação de interesses e de ajustes pragmáticos”,<sup>744</sup> revela uma tentativa da economia de mercado de capturar partes do sistema tradicional de legitimação próprio do direito.<sup>745</sup> A crescente internacionalização da economia acaba por exigir dos agentes econômicos, bem como de todos os interessados, um papel ativo na regulação dos mercados, restando sobremaneira estabelecido pela nova *lex mercatoria*, na expressão de Baldassare referida por Eros Grau, “o mínimo normativo indispensável ao seu funcionamento”.<sup>746</sup> Mais do que nunca se manifestam as contradições de um modo de produção dominante<sup>747</sup> que entra em choque aberto com o modelo de Estado nacional concebido pela Modernidade para assegurar a coesão social, produzir o direito legislado e definir o contorno dos próprios mercados.<sup>748</sup>

É cabível invocar, por conseguinte, a ideia de Constituição presente no pensamento hegeliano, pois um encadeamento racional das partes em uma única autoridade estatal “é somente o meio para a formação do Estado, não é o seu fundamento”,<sup>749</sup> de tal modo que “mais uma vez, como tudo aquilo que se refere ao direito, é forma, não substância”.<sup>750</sup> Assim, para o grande filósofo cultor da dialética: “A constituição política é, em primeiro lugar, a organização do Estado e o processo da sua vida orgânica em relação consigo mesmo. Neste processo distingue o Estado os seus elementos no interior de si mesmo e os desenvolve em existência fixa”.<sup>751</sup>

---

<sup>744</sup> FARIA, 1999, p. 37.

<sup>745</sup> FERRARESE, 2004, p. 41.

<sup>746</sup> GRAU, 2003, p. 275.

<sup>747</sup> MANDEL, Ernest. *O capitalismo tardio*. Tradução: Carlos Eduardo Silveira Matos; Regis de Castro Andrade; Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1985, p. 32: “[...] a economia mundial capitalista é um sistema articulado de relações de produção capitalistas, semicapitalistas e pré-capitalistas, ligadas entre si por relações capitalistas de troca e dominadas pelo mercado capitalista mundial”.

<sup>748</sup> BORNHEIM, Gerd. Natureza do Estado moderno. In: *A crise do Estado-nação*, Adauto Novaes (Org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 209: “Há inúmeras formas de governança, e a história revela-se um profícuo mostruário de tais formas. Entretanto, o Estado deve aqui ser considerado enquanto experiência e conceito essencialmente modernos. [...], o Estado atravessa toda uma série de etapas em sua evolução que se estende da monarquia à democracia e aos Estados totalitários”.

<sup>749</sup> BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, Estado*. Tradução: Luiz Sérgio Henriques; Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: UNESP; Brasiliense, 1995c, p. 67.

<sup>750</sup> Ibid.

<sup>751</sup> HEGEL, 2003, p. 243, § 271.

Nas palavras de Norberto Bobbio, a Constituição em Hegel é algo diferente da noção de lei suprema com base na qual o ideal do constitucionalismo apregoa a limitação do Estado<sup>752</sup> e garante direitos fundamentais de liberdade e distribui e separa os poderes do Estado,<sup>753</sup> pois é uma concepção “institucional”<sup>754</sup> que não se confunde com “uma lei ou um conjunto de normas jurídicas”,<sup>755</sup> dado que “o direito remete a alguma coisa que está além do direito, ou seja, à política”.<sup>756</sup> Para Hegel a fundação do Estado decorre não de um ato jurídico contratual, mas de uma “vontade criadora”,<sup>757</sup> de tal modo que:

Onde não existe ainda a organização de todas as partes num todo, isto é, onde ainda não existe uma Constituição – por exemplo, nas relações entre estados –, existem meras relações de poder, isto é, relações políticas. É nesta esfera pré-jurídica (ou meta-jurídica, segundo o ponto de vista) que se determinam as grandes ações históricas de que nascem os Estados, inclusive o Estado alemão, se é que poderá ressurgir sobre as ruínas dos velhos estados.<sup>758</sup>

No mesmo sentido é possível identificar os limites da reflexão de Rudolf Smend, pois Paulo Bonavides, sem deixar de reconhecer a grande contribuição do defensor do sentido de integração presente na Constituição, observa que tal doutrina da integração acaba minimizando a dimensão normativa do direito ao entender que a justiça e a legislação são “num certo sentido corpos estranhos à Constituição”.<sup>759</sup> Assim, com propriedade Paulo Bonavides adverte que uma posição muito diferente foi sustentada por Hermann Heller, que não conhecia fator integrativo do Estado mais importante que o direito, pois se o poder forma o direito, também o direito forma o poder.<sup>760</sup> É realista, contudo, a reflexão de Konrad Hesse acerca das cláusulas pétreas, pois observa que “nenhuma constituição pode, por uma proibição de determinadas modificações constitucionais, ser mantida viva se ela perdeu sua força normativa”.<sup>761</sup>

É de se observar que a revalorização da *lex mercatoria* é a expressão mais aparente de tal contexto e ideário, mas não autoriza que se ignore a autoridade estatal em nome de algo

---

<sup>752</sup> BOBBIO, 1995c, p. 97.

<sup>753</sup> Ibid.

<sup>754</sup> Ibid.

<sup>755</sup> Ibid.

<sup>756</sup> Ibid.

<sup>757</sup> Ibid., p. 68: “O direito organiza e, por isso, estabiliza a força; mas é a força que funda o direito e o Estado”.

<sup>758</sup> Ibid., p. 67-68.

<sup>759</sup> BONAVIDES, 2006, p. 180.

<sup>760</sup> Ibid.

<sup>761</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 511.

como uma pluralidade de ordenamentos aos moldes da Idade Média,<sup>762</sup> pois naquele período histórico as relações sociais em torno do senhor feudal guardavam estreita relação com a terra e incidiam diretamente na definição da autoridade política, de tal modo que a diversidade de culturas e valores sociais tomavam relevo e o poder econômico estava longe de ser uma constante com sentido universal. Ainda assim é repleto de significado prático e teórico o paralelo – *entre a multiplicidade de centros de decisão na economia global de hoje e a fragmentação do poder na Idade Média* – sustentado por Anderson Teixeira em tese de doutorado defendida perante a Universidade de Florença, pois com lucidez identifica que:

A minimização da participação estatal na economia não é um ato destinado a dispensar o outrora poder soberano em um meio acéfalo, anárquico e sem destinatários definidos. A relativização dá-se em proveito de agentes cuja atuação na economia internacional e concentração de poder dentro desta é crescente, transformando-os em verdadeiros soberanos. Metaforicamente, pode-se comparar a situação daqueles três agentes acima referidos (grandes empresas multinacionais e transnacionais, bancos de investimentos e Estados que concentram a origem do capital) à condição em que, durante a Idade Média, reinos, ducados e principados se encontravam em relação à *Respublica Christiana*: todos possuíam uma soberania de fato sobre os seus domínios, mas que decorria da legitimidade espiritual atribuída por aquela. A versão atualmente apresentada pela economia global da *Respublica Christiana* seria a própria economia global, a qual possui uma lógica interna que determina, condiciona e atribui legitimidade àqueles que dentro dela se encontram.<sup>763</sup>

A existência de múltiplos centros de poder econômico é inequívoca nos dias presentes, mas de nada serve tal poder se não houver um valor universal e um entendimento do papel do próprio poder político, de tal modo que Anderson Teixeira é preciso ao identificar a economia global, vale dizer, a economia global, enquanto elemento comum para o qual todos prestam reverência. É repleta de significado a análise de Hermann Heller ainda em 1927, pois no texto

<sup>762</sup> HESPANHA, 1996, p. 41: “Antes da brutal redução do imaginário político operado pela ideologia estatista, no início do século XIX, a Europa vivera num universo político plural. Mas, sobretudo, estava consciente disso. Consciente, quer da diversidade dos níveis de normação social, quer da diversidade das tecnologias pelas quais as normas eram impostas”.

<sup>763</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 136-137. Texto original: “La riduzione al minimo possibile della partecipazione statale nell’economia non è un processo con lo scopo di dispendere il potere sovrano in un ambiente acefalo, anarchico e senza destinatari determinati. La relativizzazione si succede in beneficio di agenti la cui azione nell’economia internazionale e la concentrazione di potere all’interno di questa è crescente, trasformandoli in veri sovrani. Metaforicamente, si può comparare la situazione dei tre agenti sopraccitati (grandi imprese multinazionali e transnazionali, fondi di investimento e Stati che concentrano l’origine del capitale) alla condizione che, nel corso del medioevo, regni, ducati e principati si trovano verso la *Respublica Christiana*: tutti possedevano una sovranità di fatto sui loro territori, ma che decorreva dalla legittimità spirituale attribuita dalla *postesta spiritualis*. La versione della *Respublica Christiana* attualmente presentata dall’economia globale sarebbe la stessa economia globale, la quale possiede una logica interna che determina, condiziona e attribuisce legittimità a quelli che si trovano al suo interno”. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Globalismo pluriversalista: lo Stato-nazionale nelle istanze sovranazionali di regolazione politico-giuridica*. Tesi di Dottorato (XXI Ciclo). Firenze: Università degli Studi di Firenze, 2009, p. 105-106. (exemplar fornecido pelo autor).

de sua obra sobre a soberania lembra que as ordens de poder diferem das ordens contratuais pela “ausencia de una unidad decisoria universal y eficaz”<sup>764</sup> nestas últimas e registra:

La Edad Media no conoció la existencia de una unidad de poder territorial monista, semejante a la del estado moderno, a la que hubieran quedado ordenadas y subordinadas todas las instancias decisorias del respectivo territorio. En la Época Moderna, el extraordinario crecimiento, en aumento constante, de las relaciones sociales, exigió una mayor previsibilidad de las conductas, lo que pudo únicamente lograrse mediante un orden planificado y dotado de una unidad decisoria, revestida de atribuciones jurídicas cada vez más amplias. Es poco probable, si bien no imposible, que el futuro europeo conduzca a un desplazamiento de la soberanía del estado mediante una especie de capitalismo feudal, en el que se diluya nuevamente el poder político en un haz de derechos privados patrimoniales.<sup>765</sup>

Soa, portanto, como advertência a inspiração de Eros Grau e Paula Forgioni na leitura da obra *Il gattopardo* de Tommaso di Lampedusa, pois, tal como a preservação de privilégios em meio ao esforço da península itálica de superar as relações feudais, o direito mais uma vez cumpre o seu duplo papel “viabilizando (e justificando) as relações que fluem segundo as regras da economia de mercado e instrumentando o exercício, pelo Estado, de políticas voltadas à preservação do mercado e à acumulação de capital”.<sup>766</sup>

Assim, a tensão pela padronização de comportamentos e “unificação do mercado mundial”<sup>767</sup> em decorrência de um sistema capitalista globalizado<sup>768</sup> tenta conceber um *direito pressuposto* na esfera planetária enquanto base dominante da nova *lex mercatoria*. Os efeitos já sentidos sobre a soberania das nações<sup>769</sup> colocam em questão a afirmativa de Eros Grau de que “a globalização financeira, isoladamente, não basta para revolucionar o discurso do

<sup>764</sup> HELLER, Hermann. *La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Tradução: Mario de la Cueva. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1965, p. 118.

<sup>765</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>766</sup> GRAU, Eros; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23.

<sup>767</sup> BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. *A economia como ela é*. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 46: “O que estamos vendo nas últimas duas décadas é o prosseguimento de uma tendência secular de internacionalização das economias e de unificação do mercado mundial”.

<sup>768</sup> BATISTA JÚNIOR., 2000, p. 47. Cabe destacar que Paulo Nogueira Batista Jr. aponta o conteúdo ideológico e simplificador da expressão globalização, pois sustenta, com razão, que: “O que temos hoje é uma economia internacional e não uma economia global. Hirst, Thompson e diversos outros autores encaram com justificado ceticismo a suposição de que teria surgido, nos últimos vinte ou trinta anos, uma economia ‘global’, fortemente integrada, na qual o Estado nacional estaria se tornando obsoleto e impotente. Quem examina com isenção os dados relevantes, logo percebe a fragilidade desse ponto de vista”.

<sup>769</sup> MANDEL, 1985, p. 345: “A dependência do aparelho estatal em relação ao crédito bancário de curto prazo, mais acentuada hoje do que nunca, e mesmo a impotência do ‘forte’ Estado gaulista ou do Governo norteamericano ao lidar com movimentos internacionais de capital, súbitos e de curto prazo, são lembretes bastante claros de que as ‘cadeias de ouro’ que prendem o Estado ao capital monopolista não desapareceram de maneira alguma onde as relações de produção capitalista não foram abolidas. Mas continua sendo verdade que toda avaliação da dominação política do grande capital que se restringe à pressão direta e óbvia sobre esse tipo de Estado é uma clara vulgarização do marxismo”.



direito posto pelo Estado, ainda que afete o discurso sobre o direito, exigindo novas análises doutrinárias”.<sup>770</sup>

O afirmado *direito pressuposto*, base das manifestações históricas e culturais identificadas e dominantes dentro da ordem interna, se desenha em escala internacional e tensiona no sentido de superar a esfera financeira. A nova *lex mercatoria* acaba, portanto, sendo o que se apresenta de aparente e mais autêntico – *dentro da limitada medida em que algo ainda pode ser autêntico na economia mundial*<sup>771</sup> – diante da escalada financeira e, também, de conflitos armados e da política de abertura indiscriminada dos mercados,<sup>772</sup> pois revela ser um esforço de padronização de condutas na esfera internacional e expressa os “sucessivos movimentos de acomodação do capitalismo”<sup>773</sup> diante dos fragilizados Estados nacionais. Neste sentido calha a inspiração de António Hespanha na reflexão de Polanyi:

Quando, por exemplo, Karl Polanyi insiste no caráter ‘antropologicamente embebido’ do mercado não está a salientar outra coisa senão que as ‘leis do mercado’ não constituem lógicas de comportamento forçoso, decorrentes ou de uma lógica das coisas ou de uma razão económica, mas modelos de acção que se fundam sobre sistemas de crenças e de valores situados numa cultura determinada (de uma época, de um grupo social).<sup>774</sup>

E outra não é a leitura de Maria Ferrarese ao analisar o mercado diante da globalização, pois identifica os vários fatores responsáveis pela crescente complexidade do estatuto jurídico deste. A referida autora aponta desde o maior número de sujeitos produtores de direito, passando pelo caráter privado e invisível de alguns destes sujeitos e pela tendência a uma crescente pressão dos interessados sobre as regras jurídicas ao ponto de provocar a própria mudança destas, acabando até por identificar uma certa opacidade das regras decorrentes da interação entre os elementos formais e informais, de tal modo que o cenário jurídico “non è mai statico e contempla una continua interazione tra i vari elementi che lo compongono”,<sup>775</sup> contendo sujeitos e elementos de natureza formal e informal. O sentido

<sup>770</sup> GRAU, 2002, p. 277.

<sup>771</sup> GUEDES, 1999, p. 774. Neste particular o autor cita Paul Krugman (*The Return of Depression Economics*. W.W. Norton & Company, 1999): “quem quer que tenha observado a forma como são construídas as estatísticas económicas sabe que elas são na verdade um sub gênero da ficção científica”. No mesmo sentido Paulo Nogueira Batista Júnior. (Op. cit., 2000, p. 81), ao comentar a ‘teoria’ da dependência e a dubiedade de uma política económica que nega uma solução nacional para os capitais especulativos, cita Nietzsche: “Não há fatos, só interpretações”.

<sup>772</sup> BATISTA JÚNIOR, 2000, p. 48: “[...], a famosa ‘globalização’ é mais ideologia do que realidade. Uma ideologia, repito, que serve aos propósitos daqueles que estão na vanguarda do processo de internacionalização e que querem, sempre que possível, remover as resistências locais, sindicais e nacionais ao processo de internacionalização em andamento”.

<sup>773</sup> GRAU, 2002, p. 278.

<sup>774</sup> HESPANHA, 1996, p. 56.

<sup>775</sup> FERRARESE, 2000, p. 61.

utilitarista presente na maximização de ganhos potencializa a fragmentação dos valores históricos e culturais dos povos decorrente da redução do universo humano ao interesse econômico, sendo este o significado da sempre lúcida advertência de Max Weber ao observar que:

*A relação comunitária baseada no uso de dinheiro é o pólo oposto característico de toda relação associativa fundamentada numa ordem racionalmente pactuada ou imposta.* O dinheiro faz surgir uma relação comunitária graças às relações de interesses reais entre os interessados atuais e potenciais no mercado e no pagamento, de modo que o resultado – no caso de desenvolvimento pleno, a chamada economia monetária, que é de caráter muito específico – se comporta como se tivesse sido criada uma ordem com o fim de obtê-lo. Isto deriva do fato de que, dentro da comunidade de mercado, o ato de troca, particularmente aquele no qual se emprega dinheiro, se orienta não isoladamente pela ação do parceiro, mas pela de todos os participantes potenciais na troca, e isto tanto mais quanto mais racionalmente é ponderado.<sup>776</sup>

O entendimento de que o mercado deve servir aos propósitos de bem-estar e segurança da humanidade logo revela que mesmo a segurança e a previsibilidade jurídica não podem ignorar a cultura e os valores comunitários. É imprescindível, para a adequada fluência das relações de mercado, a coesão social caracterizadora do interesse público, que exige a presença do Estado na definição do que é lícito e do que é ilícito diante dos referidos valores históricos e culturais de cada povo. Ainda assim é inequívoca a função do direito no sentido de constituir um ambiente que torne compensatório o próprio comércio, dado que “negócios que são possíveis em um ambiente institucional com fortes garantias de cumprimento das obrigações podem não ser viáveis em ambientes institucionais fracos – porque não seria conveniente para as partes negociar nessa última situação”.<sup>777</sup> Neste particular residem todas as vicissitudes que diferenciam a Comunidade Europeia e, v.g., um bloco econômico como o Mercosul (Mercado Comum do Sul), no qual a instabilidade das economias do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, há muito referida por Celso Lafer,<sup>778</sup> ainda tornam inconstante o ambiente institucional. Esta é a verdadeira relação de amor e ódio que a nova *lex mercatoria* enseja, pois ao mesmo tempo em que muitos agentes econômicos, sobremaneira os grandes conglomerados, consideram esta uma “via de mão única”, não há notícias de mercados complexos que possam prescindir de um agente externo regulador com autoridade para assegurar até mesmo as suas próprias regras constitutivas e de funcionalidade.<sup>779</sup>

---

<sup>776</sup> WEBER, 1999, p. 419-420 (grifo nosso).

<sup>777</sup> FORGIONI, 2003, p. 30.

<sup>778</sup> LAFER, Celso. *Comércio e relações internacionais*. São Paulo: Perspectiva, 1977, p. 33.

<sup>779</sup> FERRARESE, 1992, p. 70.

É possível concluir que na difícil interação entre as relações de mercado e o papel do Estado de assegurar a coesão social, a própria preservação do mercado é dependente da autoridade pública e para tal os costumes reconhecidos pela ordem jurídica e mesmo a edição de textos legais decorrem de uma seleção dentro de um universo amplo de condutas presentes nas relações sociais e nos valores culturalmente assentados. E tal processo não permite que se confunda o espaço público com o interesse privado na afirmação ideológica e instrumental de padrões eleitos pelo poder econômico como necessários para a sua preservação, seja na dimensão imediata ou mesmo na dimensão mediata e na pretensão privatista de capturar as estruturas públicas. Ocorre que o Estado, mesmo fragilizado diante da supremacia do poder econômico, sobremaneira na dimensão financeira patrocinada pelo próprio concerto das grandes economias nacionais no sentido da preservação da ordem econômica internacional, ainda é o único agente capaz de assegurar a coesão social e com ela a liberdade e os valores históricos e culturais dos povos, pois não é a vontade dos legisladores constituintes que assegura a eficácia das normas constitucionais, mas o acordo vestibular que deu ensejo ao texto constitucional. Os efeitos integradores do texto constitucional decorrem do sentido moral e da legitimidade que a soberania popular lhe confere, o que foi bem apanhado por Rudolf Smend<sup>780</sup> e também está em sintonia com a reflexão de Léon Duguit quando pondera que:

A regra de direito que se impõe aos governantes é a mesma que se impõe aos governados. Nas relações dos governantes com os governados, e nas relações dos governados uns com os outros, só há e só pode haver uma regra de direito que é sempre a mesma: cooperar na solidariedade social. O direito público e o direito privado têm, portanto, igual fundamento.<sup>781</sup>

O consenso fundamental que assegura a vitalidade e a eficácia do direito constitucional<sup>782</sup> transcende os antagonismos e conflitos contemporâneos e constitui um fator essencial de garantia do bem-estar da coletividade, o que, nas palavras de Léon Duguit,

---

<sup>780</sup> SMEND, 1988, p. 153: “Come diritto positivo la costituzione non è soltanto norma, ma anche realtà; come costituzione è realtà integrativa.” Tradução livre: “Como direito positivo a constituição não é apenas norma, mas também realidade; como constituição é realidade integrativa.”

<sup>781</sup> DUGUIT, Leon. *Fundamentos do Direito*. Tradução: Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 66.

<sup>782</sup> HESSE, Konrad. *Constitución y Derecho Constitucional: capítulo primero*. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL H.; HESSE, Konrad; HEYDE, Holfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução: Antonio López Pina. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 9.

expressa a própria *interdependência social*, pois o ser humano “diremos nós, está ligado aos outros homens pelos laços da *solidariedade social*.”<sup>783</sup>

---

<sup>783</sup> DUGUIT, 2005, p. 20.

## 6 ESTADO, LIBERDADE E MERCADO

Ao confrontar a ordem pública internacional e a ordem pública interna Irineu Strenger alerta para o fato de que “a ordem pública internacional de um Estado tem efeito mais completo, desde que se trata de impedir um direito de nascer do que quando se trata de reconhecer efeito adquirido no estrangeiro”<sup>784</sup> e lembra que tais regras são imperativas quando o legislador expressamente se manifestar neste sentido, mas reconhece que “é sempre possível um tribunal considerar de ordem pública certa regra, mesmo que não o tenha sido assim declarada pelo legislador.”<sup>785</sup> Neste particular Irineu Strenger ainda adverte que:

Permanece em aberto a questão de se saber em que medida a ordem pública internacional pode exercer os mesmos efeitos anuladores de cláusulas livremente estipuladas. É nossa opinião que a ordem pública internacional prevalece em função de declaração expressa de Direito Interno, ou seja, é preciso reconhecer a validade da ordem pública internacional, para que esta seja eficaz.

A ordem pública interna deve, entretanto, interferir, quando se põe em foco o Direito escolhido pelas partes. Entretanto, impõe-se advertir aos negociadores que devem esforçar-se no sentido de evitar que um contrato perca sua força em razão da incidência de regras de ordem pública.

Ao lado das chamadas regras de ordem pública, existem as denominadas leis imperativas, que atuam à medida que um dos elementos da relação jurídica contratual se localiza dentro do território, não obstante a submissão do contrato a uma lei estrangeira, por acordo de vontades. É o que normalmente ocorre com as cláusulas ligadas a disposições do Direito do Trabalho.<sup>786</sup>

A conclusão de Strenger em face da ordem pública internacional não é outra senão a disciplinada nos termos do inciso VIII do art. 84 e do inciso I do art. 49 da CB,<sup>787</sup> pelo que a recepção dos tratados internacionais na ordem interna exige procedimento formal decorrente de ato integrado entre o Poder Executivo, que celebra os *tratados, convenções e atos internacionais*, e o Poder Legislativo, que os aprova, de tal modo que o tratado regularmente celebrado e recepcionado poderá sim ensejar a nulidade de cláusulas contratuais que o contrariem. No que diz com a ordem pública interna é de se invocar o magistério de Washington Albino de Souza em interessante distinção entre o que, inspirado em Gérard Farjat, denomina Ordem Pública Econômica Neoliberal e Ordem Pública Econômica Dirigista, pelo que assevera:

<sup>784</sup> STRENGER, 1992, p. 115.

<sup>785</sup> Ibid., 1992, p. 115-116.

<sup>786</sup> Ibid. p. 116.

<sup>787</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromisso gravosos ao patrimônio nacional; [...] Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...]”.

Na Ordem Pública Econômica Neoliberal não se vai encontrar base para a exclusão do mercado e da liberdade contratual, mas se procura garantir a sua adaptação por meio de um quadro operativo tendente a eliminar certas práticas, especialmente as que se prendem a expedientes contratuais de autoritarismo privado. Está muito próxima do próprio liberalismo clássico, pois se ocupa dos maus acordos, das práticas restritivas da concorrência, dos preços impostos pelos particulares. Nela, o que se verifica é a presença do Estado, ampliando a função de vigilância (*état gendarme*), justamente porque os poderes econômicos privados se vão manifestando com veemência cada vez mais e chegam aos “abusos”, que devem ser reprimidos.<sup>788</sup>

E na sequência o mesmo doutrinador lembra que a liberdade das partes é conservada, mas os concorrentes devem ser informados das condições da luta para se defenderem, pelo que refere que Gérard Farjat desenvolve tal pensamento e cita o mesmo quando assevera que se “pode falar da existência, no Direito moderno, de um código da livre concorrência ou do saber contratar, certamente necessário para evitar os abusos dos poderes econômicos”,<sup>789</sup> para concluir que diversamente ocorre no dirigismo, onde “a Ordem Pública Econômica ‘suprime, em larga escala, a liberdade contratual’”,<sup>790</sup> dado que “em vez de serem anunciadas as regras do jogo e evitados os expedientes menos recomendáveis, em verdade, o ‘jogo é feito’ pelo Estado”,<sup>791</sup> pois o ente público “impõe às partes contratantes condições previamente estabelecidas, quando não o próprio contrato.”<sup>792</sup> É neste cenário que se fala em “‘estatuto’ para uma categoria social que se queira proteger, como por exemplo o trabalhador”,<sup>793</sup> sendo que “o mesmo acontece com os preços, os transportes, o crédito, o comércio exterior”,<sup>794</sup> pelo que Washington Albino de Souza conclui invocando ainda a reflexão de Farjat para dizer que:

Afirma Farjat que o Dirigismo não oferece, entretanto, ‘nenhuma ideologia positiva mais precisa’, o que, aliás, também acontece com o Neoliberalismo. Tanto pode servir a uma ideologia política do ‘modelo puro’ quanto a outra. Nas épocas de dificuldades, seja por guerra ou por crise, surge com o sentido de uma ‘planificação imperativa’, mas essa seria uma técnica, e não um ‘fim’ em si. Alega, porém, que temos exemplo de passagem de uma técnica neoliberal a uma técnica dirigista, como no caso da legislação antitrust, quando se começa pretendendo proteger a concorrência e se acaba por dirigir todo o funcionamento do mercado.

A idéia de Ordem Pública Econômica, além da visão global da vida econômica, presta-se especialmente à análise das implicações do comando da Economia pelo Estado no Direito Privado.<sup>795</sup>

<sup>788</sup> SOUZA, 2005, p. 182.

<sup>789</sup> FARJAT *apud* SOUZA, 2005, p. 182-183.

<sup>790</sup> SOUZA, 2005, p. 183.

<sup>791</sup> *Ibid.*

<sup>792</sup> *Ibid.*

<sup>793</sup> *Ibid.*

<sup>794</sup> *Ibid.*

<sup>795</sup> SOUZA, 2005, p. 182.

Aqui cabe invocar novamente a doutrina de Emílio Betti ao observar que a vida, por ser movimento, exige uma constante renovação das posições de todos que se consorciam relativamente aos bens, o que pressupõe um respeito pelos valores econômicos e sociais.<sup>796</sup> A existência efetiva do Estado na história e sua função de indução e mesmo direção do desenvolvimento orientam, portanto, o debate acerca do liberalismo, de tal modo que a reflexão de José Guilherme Merquior (1941-1991), seguramente um dos maiores ideólogos liberais brasileiros, se faz presente. Merquior, em seu *O liberalismo – antigo e moderno*, com propriedade refere a célebre distinção de Benedetto Croce (1866-1952) entre *liberalismo* e *liberismo* e lembra que este foi “o mais conhecido dos opositores liberais do regime de Mussolini”.<sup>797</sup> Assim, o grande pensador italiano, nas palavras de Merquior, “introduziu uma cunha conceitual entre liberalismo e *liberismo*, o próprio termo com que denotava ‘liberdade econômica’”,<sup>798</sup> razão pela qual “parecia sugerir que algum consenso moral, em lugar da fé, alimentasse a chama liberal”,<sup>799</sup> posto que:

Em seu livro *Ética e política* (1922) e em outros textos da década de 1920, insistiu em que o liberalismo não devia ser igualado à idade efêmera do *laissez-faire* ou, de um modo geral, a práticas e interesses econômicos. Em seu ensaio “Liberalismo e liberismo” (1928), Croce salientou que, enquanto o liberalismo é um princípio ético, o liberismo não passa de um preceito econômico que, tomado equivocadamente por uma ética liberal, degrada o liberalismo a um baixo hedonismo utilitário.<sup>800</sup>

Logo, não há como pretender vincular a liberdade de mercado ao conjunto de direitos e garantias individuais consagrados constitucionalmente enquanto síntese e aperfeiçoamento do legado iluminista na ordem jurídica estatal. Merecem destaque, portanto, as palavras do economista e professor do Massachusetts Institute of Technology (MIT), Paul Samuelson, pois o prêmio Nobel de economia de 1970 observa que: “Uma coisa é dizer a uma companhia quanto deve cobrar pela energia elétrica que produz; outra é dizer a um ser humano o que ele pode dizer, em que deve acreditar, ou como deve cultivar.”<sup>801</sup> Samuelson lembra que o “grau de controle econômico governamental é um traço característico que se estende desde a sociedade liberal até um regime coletivista comunista”,<sup>802</sup> de tal modo que a história “ensina que não se deve confundir tal classificação com o grau de liberdade política e de liberdades

<sup>796</sup> BETTI, 2003, p. 68.

<sup>797</sup> MERQUIOR, 1991, p. 141.

<sup>798</sup> Ibid.

<sup>799</sup> Ibid.

<sup>800</sup> Ibid.

<sup>801</sup> SAMUELSON, Paul Anthony. *Introdução à análise econômica*. Tradução: Luiz Carlos do Nascimento Silva. 6. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1966, v. 2, p. 519, nota 2.

<sup>802</sup> Ibid.

civis”.<sup>803</sup> Assim, Samuelson também constata que a história e a antropologia ainda não deram uma resposta definitiva para a seguinte pergunta: “Podem as liberdades ser conservadas, quando o estado limita as liberdades econômicas?”.<sup>804</sup>

Não obstante isso, no sentido inverso é possível asseverar que os direitos fundamentais antecedem e asseguram a própria liberdade de mercado e não se confundem com a dimensão utilitarista da economia mercantil, sendo digna de registro a advertência de Maria Ferrarese ao observar que:

O mercado como instituição, em outros termos, deve avaliar algumas de suas debilidades estruturais, que não lhe permitem sobreviver em um regime de completa autodeterminação. Esta debilidade institucional do mercado, mais uma vez, remete para a necessidade de uma fonte de regulação externa para controlar o risco endêmico de uma situação de conflitualidade geral.<sup>805</sup>

É, neste particular, lapidar a conclusão de Max Weber quando de suas considerações acerca da relação entre a ordem jurídica e a ordem econômica,<sup>806</sup> pois sob o sugestivo subtítulo de “importância e limites da coação jurídica para a economia”,<sup>807</sup> assevera que:

Do ponto de vista puramente ‘conceitual’, portanto, o ‘Estado’ não é necessário para a economia. Mas, sem dúvida, o funcionamento de uma ordem econômica do tipo moderno não é possível sem uma ordem jurídica de caráter muito especial, a qual, na prática, só pode ser uma ordem ‘estatal’.<sup>808</sup>

Não por outra razão é possível concluir que a pretensão de fazer do mercado o critério supremo de organização da sociedade, independentemente do papel e da importância da função sociopolítica da economia de mercado, gera insegurança e instabilidade na sociedade ao comprometer a própria coesão social que a fundamenta e estrutura.

E é o antes referido filósofo italiano Benedetto Croce quem melhor expressa a importância de se distinguir a liberdade de mercado, o *liberismo*, do *liberalismo político*. O primeiro é produto de uma categoria econômica, enquanto que o segundo decorre de uma categoria ética, ainda que ambos tenham uma origem comum, ou seja, a superação da hierarquia presente no mundo feudal, onde tanto o pensamento político e o comportamento das pessoas, quanto o preço das mercadorias, dependiam de pretensões autoritárias, o que

---

<sup>803</sup> Ibid.

<sup>804</sup> Ibid.

<sup>805</sup> FERRARESE, 1992, p. 70. Texto original: “Il mercato come istituzione, in altri termini, deve fare i conti con alcune sue debolezze strutturali, che non gli permettono di sopravvivere in un regime di completa autodeterminazione. Questa debolezza istituzionale del mercato, ancora una volta, rimanda al bisogno di una fonte di regolazione esterna, per controllare il rischio endemico di una condizione di diffusa conflittualità.”

<sup>806</sup> WEBER, Max, 1999, p. 209-227.

<sup>807</sup> Ibid., p. 223.

<sup>808</sup> Ibid., p. 226.



restringia até mesmo o mundo da ciência.<sup>809</sup> Por consequência Benedetto Croce refuta a clássica distinção de Benjamin Constant, lançada no célebre discurso pronunciado no *Ateneo Real de Paris* em 1819, na qual procura diferenciar a liberdade antiga enquanto liberdade pública – ou liberdade política na coletividade, própria do contexto greco-romano que teria inspirado a Revolução Francesa – e a liberdade moderna enquanto liberdade civil – ou liberdade privada que subordinaria a liberdade política –.<sup>810</sup> Para Benjamin Constant os antigos denominavam de liberdade o objetivo de “partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria”,<sup>811</sup> enquanto que os modernos objetivam “a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios”,<sup>812</sup> de tal modo que conclui observando que:

O perigo da liberdade antiga estava em que, atentos unidamente à necessidade de garantir a participação no poder social, os homens não se preocupassem com os direitos e garantias individuais.

O perigo da liberdade moderna está em que, absorvidos pelo gozo da independência privada e na busca de interesses particulares, renunciemos demasiado facilmente a nosso direito de participar do poder político.<sup>813</sup>

Para Benedetto Croce tal dicotomia é um “erro de abstração” de Benjamin Constant, pois o presente é a confluência de toda a história e o último ato dessa mesma história. Para o renomado filósofo e destacado opositor de Mussolini uma contraposição estática entre duas concepções não pode ensejar a escolha de qual das duas constituiria uma única série de desenvolvimento que autorizasse a negação do sentido plurilinear do processo histórico.<sup>814</sup> A contribuição maior de Benedetto Croce consiste precisamente em destacar que o princípio da liberdade deve ser indiferente diante da particularidade dos ordenamentos econômicos,<sup>815</sup> razão pela qual observa que: “Os dois enunciados: que a história seja história da liberdade e que a liberdade seja o ideal moral da humanidade, não são contraditórios.”<sup>816</sup> É assim que no mesmo ensaio Benedetto Croce prossegue em tal linha de argumentação e pondera, sem negar a importância e o significado do direito para a preservação da liberdade, que o caráter prático do direito não pode dar conta da densidade do sentido da liberdade do ser humano, dado que é

<sup>809</sup> CROCE, Benedetto. *Liberismo e liberalismo*. Milano-Napoli: Riccardo Ricciardi Editore, 1957, p. 11.

<sup>810</sup> CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Tradução: Loureiro Silveira. In: *Filosofia política 2*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985, p. 9-25.

<sup>811</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>812</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>813</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>814</sup> CROCE, 1957, p. 18-19.

<sup>815</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>816</sup> *Ibid.*, p. 48. Texto original: “I due enunciati: che la storia sia storia della libertà, e che la libertà sia l’ideale morale dell’umanità, non soffrono contraddizione.”

na história que se fará possível entender a ideia superior e suprema da liberdade.<sup>817</sup> Mesmo uma alegada antítese entre revolução e evolução não se conforma com a realidade, eis que “revoluções são ritmos acelerados das mesmas evoluções”,<sup>818</sup> mas uma revolução sem evolução é que negaria a ideia de liberdade,<sup>819</sup> pois não há bondade intrínseca em qualquer ordenamento, de tal forma que Benedetto Croce refuta qualquer pretensão de subordinação da liberdade do ser humano aos modelos de ordem econômica ao observar que:

A propriedade privada das indústrias, das terras, das casas ou a união delas no Estado, não são passíveis de avaliação e de aprovação ou reprovação moralmente e economicamente por si, mas unicamente em relação ao eterno problema dos sempre novos movimentos, e, como é claro e como de resto a história comprova, são e serão sujeitos aos mais variados propósitos; de tal modo que se comportam arbitrariamente aqueles que pretendem demonstrar a bondade intrínseca e perpétua de um ou de outro ordenamento, e utopistas são, não menos que os absolutamente comunistas, os absolutamente liberistas.<sup>820</sup>

Não é sem sentido, portanto, a tomada de posição de John Keynes ao decretar, em duas célebres conferências, proferidas em Oxford e na Universidade de Berlim, respectivamente em novembro de 1924 e em junho de 1926, o “fim do *laissez-faire*”<sup>821</sup> e afirmar que: “*Não é verdade que os indivíduos possuem um ‘liberdade natural’ prescritiva em suas atividades econômicas.*”<sup>822</sup> O grande economista e teórico da economia antidepressiva refuta, antes mesmo da grande crise decorrente da quebra da Bolsa de Nova York em 1929, os fundamentos metafísicos do ideário *liberista* e reivindica uma ação coletiva voltada “para os possíveis aperfeiçoamentos na técnica do capitalismo moderno”,<sup>823</sup> pois sustenta a existência de uma “reação latente, um pouco difusa, contra a fundamentação da sociedade, até o ponto em que o fazemos, no favorecimento, no encorajamento e na proteção dos motivos monetários individuais.”<sup>824</sup> Tratava-se da então ainda presente memória da depressão econômica nos anos setenta do século XIX, bem como do advento do Estado social nos primeiros anos do século XX, o que realçava a desilusão com a autonomia da economia diante da política e a

---

<sup>817</sup> CROCE, 1957, p. 19.

<sup>818</sup> *Ibid.*, p. 59. Texto original: “rivoluzioni sono ritmi accelerati delle stesse evoluzioni”.

<sup>819</sup> *Ibid.*

<sup>820</sup> *Ibid.*, p. 59. Texto original: “La proprietà privata delle industrie, delle terre, delle case, o il loro accomunamento nello stato, non sono giudicabili e da approvare o riprovare moralmente ed economicamente per sé, ma unicamente in relazione a quel problema perpetuo dai sempre nuovi atteggiamenti, e, com’è chiaro e come del resto la storia comprova, vanno e andranno soggetti alle più varie vicende; cosicché arbitrariamente si comportano coloro che pretendono di dimostrare la bontà intrinseca e perpetua dell’uno e dell’altro ordinamento, ed utopisti sono, non meno degli assoluti comunisti, gli assoluti liberisti.”

<sup>821</sup> KEYNES, John Maynard. O fim do *laissez-faire*. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (Org.). *Os grandes cientistas sociais*: John Maynard Keynes, v. 6, 2. ed. São Paulo: Ática, 1984, p. 106-126, p. 120.

<sup>822</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>823</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>824</sup> KEYNES, 1984, p. 125.

incapacidade do mercado de se autorregular de forma espontânea.<sup>825</sup> Mas foi a estatização dos mecanismos regulatórios do processo econômico, patrocinada pelo presidente norte-americano Franklin Roosevelt com o *New Deal*, em face da referida crise dos anos trinta, que confirmou o rigor das palavras de Keynes em 1926, eis que na mesma conferência afirmara:

*Não* existe um contrato que confira direitos perpétuos aos que os têm ou aos que os adquirem. O mundo *não* é governado do alto de forma que o interesse particular e o social sempre coincidam. *Não* é administrado aqui embaixo para que na prática eles coincidam. *Não* constitui uma dedução correta dos princípios de Economia que o auto-interesse esclarecido sempre atua a favor do interesse público. Nem é verdade que o auto-interesse *seja* geralmente esclarecido; mais freqüentemente, os indivíduos que agem separadamente na promoção de seus próprios objetivos são excessivamente ignorantes ou fracos até para atingi-los. A experiência *não* mostra que os indivíduos, quando integram um grupo social, são sempre menos esclarecidos do que quando agem separadamente.<sup>826</sup>

O que até aqui foi dito leva ao debate sobre a chamada agenda social e, com ela, a necessária reflexão acerca de quem elabora tal agenda. Ocorre que o paradoxo revelado em 1785 pelo Marquês de Condorcet, na obra intitulada *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, a qual colocou o referido pensador iluminista e defensor de uma economia livre em um lugar de destaque na história da doutrina da probabilidade,<sup>827</sup> nas palavras de Fábio Nusdeo, “não significa a impossibilidade de uma decisão formalmente factível”.<sup>828</sup> Com maestria e de forma sintética Fábio Nusdeo demonstra na seguinte passagem o paradoxo identificado pelo Marquês de Condorcet nos processos de votação:

Suponham-se três indivíduos ou grupos chamados *I*, *II* e *III*, aos quais sejam submetidas três proposições diversas para serem votadas: as proposições *A*, *B* e *C*. Cada indivíduo ordenará hierarquicamente as referidas propostas Segundo suas preferências e, assim, ter-se-á de forma esquemática: *I*: *A-B-C*; *II*: *B-C-A*; *III*: *C-A-B*. Sendo a decisão tomada por voto majoritário e as alternativas apresentadas aos pares, ver-se-á que para qualquer votação todas elas poderão ganhar e todas poderão perder, pois *A* é preferida a *B* por uma maioria de dois terços; *B* é preferida a *C* também por uma maioria de dois terços; mas *C* é preferida a *A* pela mesma margem. Criou-se o que Condorcet chamou de *ciclo*, revelando uma intransitividade que torna impraticável qualquer escolha apta a reproduzir fielmente as preferências individuais.<sup>829</sup>

<sup>825</sup> GALGANO, 2005, p. 203.

<sup>826</sup> KEYNES, 1984, p. 120.

<sup>827</sup> ACTON, Harry Burrows. *Condorcet, Marquis de*. In: *ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA*, 1980, v. 4, p. 1.080.

<sup>828</sup> NUSDEO, 2005, p. 221.

<sup>829</sup> NUSDEO, 2005, p. 220-221.

Ocorre que, conforme o próprio Marquês de Condorcet registrava, é fácil constatar que “basta que o controlador da agenda faça a votação por chaves eliminatórias”<sup>830</sup> para superar tal paradoxo, mas resta manifesto “o poder de que passa a dispor, em situações da espécie, a pessoa ou o grupo encarregado de preparar a agenda de votação, pois poderá organizá-la de tal forma a conduzir ao resultado desejado ou adrede encomendado”.<sup>831</sup> Neste sentido, mais uma vez são reveladoras as palavras de John Galbraith quando lembra, sem incidir em qualquer determinismo, que o processo histórico não tem dono e fala da pretensão de quem busca conceber tal agenda, pois ignoram “o ímpeto mais fundamental da história, que é maior do que a ação e a reação atuais e exerce uma influência dominante própria”,<sup>832</sup> dado que conclui afirmando:

É orgulho dos liberais e convicção política dos conservadores o fato de que eles moldam a agenda social; na verdade, ela é moldada pelas tendências mais profundas da história. Em relação a elas deve haver acomodação, e liberais, social-democratas e os denominados socialistas nos países avançados têm tradicionalmente criado ou guiado essa acomodação. Em conseqüência, a eles tem sido atribuída a mudança maior; alguns, de fato muitos, têm recebido o mérito por isso, e os conservadores, quase universalmente, têm lhes atribuído a responsabilidade e a culpa. Mas, na verdade, é a história que exerce o controle. O mais breve olhar nas circunstâncias básicas confirma de imediato esta afirmação.<sup>833</sup>

No mesmo sentido é lapidar a reflexão de Jacques D’Hondt acerca do acaso na obra de Hegel e da própria plurilinearidade dos processos históricos, pois com lucidez e em termos sintéticos observa que: “Si los hombres no actuasen desconociendo por lo menos una parte de sus propios actos, no habría historia; y si cesara esta ignorância, en esse mismo instante se interrumpiría la historia. Bendita imprevisión que permite crear el mundo futuro!”.<sup>834</sup>

Diante da indução de preferências pela indústria cultural, pela mídia e mesmo pela propaganda comercial subliminar ou ostensiva, é importante ter presente que a história revela uma grande variedade de formas de mercado,<sup>835</sup> mas hoje, sob o aspecto estritamente social, o mercado assegura flexibilidade e diversidade de comportamentos ao permitir orientações e escolhas individuais descentralizadas que irão definir até mesmo a vida coletiva. Assim, é inegável que a supremacia do comportamento individualista focado na maximização de ganhos pelos particulares fragmenta as relações sociais e nega aos seres humanos a própria individualidade ao privilegiar o hedonismo ou mesmo um egoísmo em dimensão coletiva por

---

<sup>830</sup> Ibid.

<sup>831</sup> Ibid.

<sup>832</sup> GALBRAITH, 1996, p. 10.

<sup>833</sup> GALBRAITH, 1996, p. 10-11.

<sup>834</sup> D’HONDT, Jacques. *Hegel, filósofo de la historia viviente*. Tradução: Aníbal C. Leal. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1966, p. 225.

<sup>835</sup> FERRARESE, 1992, p. 18.

segmentos que buscam privilégios injustificáveis dentro da ordem constitucional, pois o *ter* e não o *ser* passa a ser a prioridade. Nega-se o que Hannah Arendt identifica como a vida comunitária e o direito de ter direitos,<sup>836</sup> dado que, nas palavras da singular pensadora política do século XX: “O homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade.”<sup>837</sup>

É necessário distinguir de um lado direitos fundamentais e liberdade do ser humano e de outro o mercado, pois, diante da essência do Estado e do constitucionalismo, mais de oitenta anos depois da conferência em que Keynes diagnosticou o “fim do *laissez-faire*”<sup>838</sup> ao apontar a incapacidade de autorregulação espontânea da economia de mercado, é possível concluir, ainda com amparo na reflexão de Hannah Arendt, que a “privação fundamental dos direitos humanos manifesta-se, primeiro e acima de tudo, na privação de um lugar no mundo que torne a opinião significativa e a ação eficaz.”<sup>839</sup> O direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada e nela ter o direito de ter direitos, pressupõe o espaço público e a cidadania, com os quais se faz possível a interação política e a ordem jurídica harmonizadora das relações econômicas e sociais.

---

<sup>836</sup> ARENDT, 1989, p. 330.

<sup>837</sup> Ibid., p. 331.

<sup>838</sup> KEYNES, 1984, p. 120.

<sup>839</sup> ARENDT, 1989, p. 330

## 7 CONCLUSÃO DO TERCEIRO CAPÍTULO

A nova *lex mercatoria* afirma princípios de estabilização das relações mercantis internacionais, mas é dependente dos entes soberanos e de seus respectivos povos, de tal modo que perde legitimidade quando desagrega as realidades locais ao comprometer o bem-estar humano e a paz mundial. Não apenas a necessidade e o interesse movem o mundo, pois a história e a cultura dos povos colocam uma infinidade de outras questões, sejam públicas ou privadas, dependentes da afirmação de valores que se legitimam nos planos nacional, regional e internacional. A uniformização das relações mercantis deve observar critérios democráticos e a defesa da vida e da dignidade da pessoa humana.

A pauta axiológica incide em cada caso particular considerando a identidade cultural e a autodeterminação dos povos, pois os valores e bens de domínio público estão fora das relações de mercado e dependem de escolhas democráticas quanto ao modelo de desenvolvimento de cada povo. O contrato privado é profundamente distinto do denominado *contrato social* e de sua intrínseca agenda tomada por paradoxos de inclusão e exclusão de interesses conflitantes e classes sociais diversas.

A distinção entre liberismo enquanto livre mercado e liberalismo enquanto expressão dos direitos de liberdade permite identificar e distinguir os interesses mercantis e os valores iluministas. A dimensão institucional da Constituição estabelece a necessária submissão das corporações públicas e privadas aos imperativos de ordem pública democrática, bem como ao interesse público e aos direitos indisponíveis da cidadania. O sentido normativo da liberdade assegurada pela Constituição conforma a ordem econômica e pressupõe a ação do Estado na preservação da estabilidade da economia contra as incertezas do mercado, o que se dá com o controle democrático dos recursos públicos e a regulação do poder econômico privado. A Constituição viabiliza e define o mercado nacional e diferencia a dimensão institucional deste sistema de preços das trocas mercantis internacionais – o comércio internacional – e de suas particularidades em comum com a nova *lex mercatoria*, ou seja, um critério de verdade distinto, mas que deve prestar reverência ao constitucionalismo. A *constituição-garantia*, conforme será demonstrado na *terceira parte* deste livro, não pode prescindir da noção de *constituição-dirigente* e de sua dimensão igualmente heterônoma e de coesão e integração das relações sociais.

**TERCEIRA PARTE:  
ECONOMIA E CONSTITUIÇÃO**

**CAPÍTULOS 4 e 5**

## CAPÍTULO 4

### ORDEM ECONÔMICA, DESENVOLVIMENTO E DEMOCRACIA

1. Sociedade, mercado e poder econômico; 2. Ordem econômica e constituição econômica; 3. As constituições brasileiras: seus fundamentos e o papel do Estado na ordem econômica; 4. Os direitos humanos e o direito ao desenvolvimento; 5. Desenvolvimento e intervenção na ordem econômica; 6. Ordem econômica, desenvolvimento e democracia; 7. Conclusão do quarto capítulo.

#### 1 SOCIEDADE, MERCADO E PODER ECONÔMICO

Partindo do entendimento de que o poder econômico, tal qual o próprio fenômeno do poder,<sup>840</sup> está difuso na sociedade, mas ainda assim se estrutura e constitui laços e raízes profundas nas instituições e na própria cultura que as concebe,<sup>841</sup> se faz necessário aprofundar a reflexão sobre o papel do constitucionalismo diante da interação entre sociedade e mercado. Ocorre que o sentido do constitucionalismo diante do poder econômico na atualidade constitui um autêntico pressuposto para o desenvolvimento humanitário e econômico dos povos. É assim que, tendo presente tal contexto, a reflexão de Cabral de Moncada identifica com precisão o papel do mercado e parece dar conta dos limites do mesmo enquanto possível critério de organização da sociedade, pois assevera que:

*Em boa verdade, o que o mercado gera é um sistema de preços que deixa cada indivíduo em livre comunicação com os demais de uma maneira que lhe permite tomar decisões sensatas e racionais sobre a sua própria vida. Nesta conformidade, a intervenção do estado visa as mais das vezes remover os obstáculos institucionais ao livre desenrolar daquela racionalidade ‘de mercado’ e criar as condições para que ela se exerça sem peias e entraves por justamente a considerar a mais adequada à atividade econômica e por reputar negativamente os desvios ao funcionamento respectivo.<sup>842</sup> (Grifo do autor).*

<sup>840</sup> FOUCAULT, 2007, p. 183. Também consta em FOUCAULT, 1999, p. 35.

<sup>841</sup> GALBRAITH, 1984, p. 112.

<sup>842</sup> MONCADA, Luis Solano Cabral de. *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 30. É importante registrar que, na 5. ed. da mesma obra, Cabral de Moncada é mais claro ao identificar o sentido de decisão política presente na opção por uma economia de mercado, pois inicia o mesmo parágrafo com as seguintes



Assim, mesmo tendo bem presente que hoje não há espaço para ilusões no que diz respeito à viabilidade de um projeto de desenvolvimento econômico e social autárquico dos países do mundo, o otimismo presente na reflexão de Ricardo Lewandowski em face do papel do Estado em uma economia globalizada reivindica maior atenção quanto aos seus desdobramentos práticos.<sup>843</sup> Ocorre que com acerto o autor conclui sua obra acerca da difícil relação entre globalização e soberania reconhecendo que, embora “a heteronomia decisória tenda a avançar cada vez mais”<sup>844</sup> na economia, o povo territorialmente localizado perdura enquanto fonte de legitimidade, pois:

As mudanças trazidas pela globalização [...] não tiveram o condão de abalar os fundamentos da soberania. No plano interno, o soberano continua dispondo da decisão final sobre todas as competências, ao passo que, na esfera externa, segue mantendo a independência que lhe possibilita assumir ou não determinadas obrigações. A delegação de alguns poderes a autoridades supranacionais, para emprestar maior eficácia à ação estatal, na verdade permitiu que os Estados conservassem a essência da soberania, incrementando as possibilidades políticas de seu exercício.<sup>845</sup>

É necessário, via de consequência, mesmo concordando com as premissas de Ricardo Lewandowski, indagar e buscar identificar as alternativas possíveis para o exercício de tais competências em termos soberanos e o papel do constitucionalismo em tal desiderato, de tal modo que seja possível enfrentar a exclusão social censurada pela Constituição e afirmar princípios que permitam a eliminação de centros de poder econômico e político que desconheçam ou até mesmo sejam indiferentes diante dos valores constitucionais. Trata-se de identificar o sentido da economia e do mercado em face da Carta Maior, pois aquela primeira, além de confundir-se com a própria liberdade de mercado, sinalizando com a perspectiva de maximização individual de ganhos, é mais sedutora do que a política e aparenta ser mais relevante para a vida cotidiana dos indivíduos. O *homo oeconomicus* encontra, portanto, no mercado, a sua “liberdade”, mas tal linguagem do interesse parece ignorar a proeminência do papel da tecnologia e da economia financeirizada no contexto global,<sup>846</sup> as quais expressam uma incomensurável concentração decisória em poucos centros de interesses privados, o que

---

palavras: “Em boa verdade, *o que se pretende* é um sistema de preços que deixa cada indivíduo em livre comunicação com os demais de uma maneira que lhe permite tomar decisões sensatas e racionais sobre a sua própria vida.” (Op. cit., p. 37, grifo nosso).

<sup>843</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, 2004, p. 300: “As teorias que sustentam o declínio da soberania, ademais, refletem uma compreensão inadequada desse conceito, em especial porque não levam em conta o *locus* de onde provém a autoridade política, que corresponde ao Estado, o qual, por sua vez, aufere seu poder do povo.”

<sup>844</sup> Ibid., p. 301.

<sup>845</sup> Ibid., p. 300.

<sup>846</sup> FERRARESE, 2000, p. 35.

esvazia significativamente o espaço público e torna ilusória até mesmo a liberdade econômica da maior parte da sociedade.

A gravidade das condutas concentradoras de poder<sup>847</sup> fica patente diante da negação dos valores sociais afirmados na Carta Magna e que visam a conformação de uma autêntica democracia econômica<sup>848</sup> em sintonia com o conceito de desenvolvimento sustentável,<sup>849</sup> razão pela qual a qualidade de vida, nos termos da apropriada síntese de Fábio Nusdeo, é de precípua importância, eis que:

Presentemente, a tendência é a de se desconsiderarem as cifras brutas do produto e da renda, caso não haja incremento de qualidade de vida ou redução na agressão ambiental. Isto equivale a dizer ser o desenvolvimento econômico não um fim em si, mas um meio, um grande e complexíssimo meio para chegar ao objetivo final: a melhor qualidade de vida – para a qual o acesso a maior quantidade de bens de consumo direto é apenas um ingrediente.<sup>850</sup>

Uma vez identificado o caráter fundamental da qualidade de vida logo sobressai a importância de um crescimento rápido e justo que possa ensejar o desenvolvimento humano e social e abrir um caminho ou mesmo uma saída considerável para a pobreza, o que invariavelmente coloca o debate sobre a forma e a extensão da atuação do Estado “no” e

---

<sup>847</sup> Tal afirmativa também é válida para o próprio poder político, pois a “onda” de reformas constitucionais vivenciada pelos países da América Latina no sentido de introduzir mecanismos de reeleição dos titulares do poder político compromete o pluralismo político e delinea uma aristocracia ou, em alguns casos, uma verdadeira oligarquia política – para uma análise constitucional vide nosso *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição: isonomia e república no direito constitucional e na teoria da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1998 – e, em certa medida, também reflete a financeirização da economia no cenário internacional, dado que a estabilidade política é imprescindível para o fluxo de capitais e a economia globalizada. Assim, seja a reação internacional contra o golpe que depôs o presidente constitucional Manuel Zelaya em Honduras em junho de 2009, com a imediata e inédita posição da Assembleia-Geral da ONU repudiando tal ato de força, ou mesmo a atuação de governos que se proclamam “mais soberanos” sob o aspecto econômico, expressam, além de compromissos democráticos, a sintonia com tal dinâmica econômica financeirizada que exige estabilidade institucional como pressuposto para preservar o fluxo de capitais e assegurar a compra e venda para outros países, ou seja, o comércio internacional. Também na Bolívia, governada pelo presidente Evo Morales, a violência de segmentos sociais que controlam o latifúndio e representam uma minoria étnica durante certo tempo não contou com o apoio internacional nas suas pretensões separatistas e por diversas vezes os plebiscitos populares confirmaram a legitimidade do governo eleito pelo sufrágio universal, tendo este sido destituído com a quebra dos preceitos institucionais então vigentes. A Venezuela é outro exemplo significativo de tal contexto, pois, muito além da sucessão de plebiscitos com resultados pró e contra o presidente Hugo Chávez e seu controvertido programa de reformas sociais, segue sendo uma economia rentista e que, portanto, depende do crédito internacional.

<sup>848</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002b. p. 29-63, p. 63: “Exatamente porque exigem a participação de todos no processo, a eliminação da exclusão e dos centros de poder e a possibilidade de escolha de valores comunitários (cooperação) e não individualistas, representam uma opção em si por valores sociais. É em torno desses valores básicos que se pode, portanto, definir o conceito de democracia econômica.”

<sup>849</sup> NUSDEO, 2005, p. 356, grifo do autor: “Hoje em dia, dada a consciência ecológica que, bem ou mal, instalou-se em boa parte das nações, usa-se uma expressão, cunhada na Noruega – *o desenvolvimento sustentável* – para significar aquele processo desenvolvimentista ou mesmo de mero crescimento que se dá levando em conta a preservação ecológica, já que, caso essa preservação não ocorra, o próprio processo estará logo mais comprometido.”

<sup>850</sup> NUSDEO, 2005, p. 364.

“sobre” o domínio econômico<sup>851</sup> ou, como pretendem alguns segmentos, até mesmo a análise da pertinência da completa abstinência do poder público enquanto melhor via para a afirmação da justiça social.<sup>852</sup> A questão não é outra senão a da tensa relação entre o direito, “fenômeno histórico-social sempre sujeito a variações e intercorrências, fluxos e refluxos no espaço e no tempo”,<sup>853</sup> e o poder econômico.

Ocorre que a incerteza é o próprio motor dos mercados financeiros e, sobretudo nos últimos anos, também a razão da sua inequívoca pujança,<sup>854</sup> pois, ao mesmo tempo que os participantes se esforçam para entender a situação na qual operam, tentam influenciar o contexto para definir suas conseqüências no sentido que mais lhes satisfaça economicamente.<sup>855</sup> O desdobramento revela uma economia na qual “predomina o ‘ethos’ do rentismo e prevalecem as taxas de juros reais elevadas”<sup>856</sup> com grande “sensibilidade à inflação e a aversão à iliquidez”,<sup>857</sup> as quais, nas palavras de Gonzaga Belluzzo, “se exprimem através das reações das taxas longas, funcionam como freios automáticos, cuja função é conter o crescimento da economia real, antes que ele se revele ‘inconveniente’ para os detentores de riqueza financeira”,<sup>858</sup> razão pela qual o mesmo economista observa que:

As “novas” determinações do capitalismo afetam o investimento de várias formas: 1) quanto mais longo for o período de “maturação” dos novos projetos, menores são as chances de financiamento; 2) as aquisições, fusões e incorporações de empresas produtivas já existentes são preferidas em desfavor da criação de nova capacidade produtiva; 3) como demonstrou recentemente o economista Doug Henwood, em seu livro *Wall Street*, os excedentes financeiros das grandes empresas têm sido sistematicamente superiores a seus gastos de capital. Isto significa que elas são aplicadoras líquidas nos mercados financeiros e de capitais, dedicando uma importante parcela destes recursos a readquirir as suas próprias ações.<sup>859</sup>

É assim que o megaspeculador George Soros, com sinceridade irrepreensível, tenta teorizar ao denominar tal jogo de “alquimia” e conceber o conceito de “reflexividade” para

<sup>851</sup> GRAU, 2006, p. 148.

<sup>852</sup> PEC 341/09, de autoria do Dep. Federal-SP e professor de direito administrativo da PUC/SP, Régis Fernandes de Oliveira (Partido Social Cristão), a qual obteve parecer favorável do relator, Dep. Federal-BA, Sérgio Barradas Carneiro (Partido dos Trabalhadores) e propõe a “desconstitucionalização das matérias que não possuem natureza constitucional” para que o texto da Constituição seja limitado a 71 artigos que apenas versem acerca de “estrutura dos três Poderes da República, forma de exercício desses poderes e direitos e garantias individuais do cidadão”. (BOLETIM DA ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO, 20 DE JULHO DE 2009).

<sup>853</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 14.

<sup>854</sup> BELLUZZO, 1997, p. 152: “as flutuações mais freqüentes e mais amplas das taxas de juros e de câmbio, no âmbito de um processo de desregulamentação e de abertura dos mercados, estimularam a criação de novos instrumentos destinados a repartir os riscos de preços, de liquidez e de pagamento.”

<sup>855</sup> FERRARESE, 2000, p. 37.

<sup>856</sup> BELLUZZO, 1997, p. 189.

<sup>857</sup> Ibid.

<sup>858</sup> Ibid., 1997, p. 189.

<sup>859</sup> Ibid.

explicar o funcionamento dos mercados financeiros, pois o entendimento do cenário pelos “players” é cognitivo e incide espontaneamente sobre a realidade objeto de conhecimento, enquanto que a tentativa de influenciar deliberadamente os resultados tem o caráter ativo de tais agentes.<sup>860</sup> O equilíbrio dependerá sempre do instável encontro e da influência recíproca destas duas funções, sendo reveladoras as palavras de George Soros quanto ao momento de crise econômica internacional deflagrado em setembro de 2008, pois, sempre partindo do pressuposto de que a liberdade irrestrita de mercado representa o critério supremo para organizar a economia, afirma que:

La ilusión de que los mercados siempre aciertan se debe a su habilidad de afectar a los fundamentos que se supone que reflejan. El cambio en los fundamentos puede entonces reforzar las expectativas sesgadas en un proceso que inicialmente se autorrefuerza pero finalmente se autodestruye. Por supuesto, estas secuencias de auge y crisis no están siempre ocurriendo. Es más frecuente que el sesgo generalizado se corrija a sí mismo antes de que pueda afectar a los fundamentos. Pero el hecho de que *esas secuencias puedan ocurrir invalida la teoría de las expectativas racionales*. Cuando ocurren, los procesos de auge y crisis pueden cambiar la historia. Eso es lo que sucedió en la Gran Depresión y eso es lo que está sucediendo actualmente, aunque ahora la crisis ha tomado una forma muy diferente.<sup>861</sup> (Grifo nosso).

Aparte as digressões teóricas de George Soros, resta patente o reconhecimento pelo mesmo da incerteza decorrente da financeirização da economia, a respeito do que John Gray é enfático ao observar que:

Os Estados-nações precisam agora atuar num mundo no qual todas as opções são incertas. Não é como se eles tivessem diante de si uma lista de opções para escolher, com etiquetas de preços coladas. Os governos nacionais encontram-se em ambientes não apenas de risco, mas de incerteza absoluta. Na teoria econômica, risco significa uma situação em que se pode saber o custo de diversas ações com razoável probabilidade, enquanto incerteza é uma situação em que não é possível conhecer tais probabilidades. Muitas das medidas que os governos pensam poder levar adiante não têm conseqüências que possam ser estimadas por probabilidades. Pior, os governos freqüentemente não sabem se a resposta dos mercados mundiais às suas políticas será apenas para torná-las caras ou para torná-las totalmente impraticáveis. Os governos estão numa situação em que mesmo o pequeno leque de opções disponíveis é incerto. A permanência desta incerteza absoluta é a restrição que mais limita o poder dos Estados soberanos.<sup>862</sup>

Não por outra razão, muito antes das considerações de George Soros, o economista John Keynes, lastreado em densa reflexão teórica que o coloca entre os maiores pensadores da

<sup>860</sup> SOROS, George. *El nuevo paradigma de los mercados financieros: para entender la crisis económica actual*. Buenos Aires: Taurus, 2008. p. 82: “En *La alquimia de las finanzas* me mostré en desacuerdo con la doctrina de Popper de la unidad de método. Mi argumento se basaba en que la reflexividad impide que las ciencias sociales cumplan los estándares de la ciencia natural. ¿Cómo puede esperarse que el método científico produzca generalizaciones con predicciones y explicaciones fijas cuando el curso de los acontecimientos está inherentemente indeterminado?”.

<sup>861</sup> SOROS, 2008, p. 97.

<sup>862</sup> GRAY, 1999, p. 101.

história da humanidade, rompeu com a perspectiva econômica clássica ao identificar os fatores de instabilidade em uma economia financeirizada e apontar os riscos da psicologia coletiva para a democracia e a paz diante de tantos elementos de incerteza, com lucidez observando que:

Os regimes autoritários contemporâneos parecem resolver o problema do desemprego à custa da eficiência e da liberdade. É certo que o mundo não tolerará por muito tempo o desemprego que, à parte curtos intervalos de excitação, é uma consequência – e na minha opinião uma consequência inevitável – do capitalismo individualista do nosso tempo. Mas pode ser possível curar o mal por meio de uma análise correta do problema, preservando ao mesmo tempo a eficiência e a liberdade.<sup>863</sup>

Uma teoria realista, desse modo, sustenta “ser de importância vital o estabelecimento de certos controles sobre atividades que hoje são confiadas, em sua maioria, à iniciativa privada”,<sup>864</sup> pois cabe ao Estado “exercer uma influência orientadora sobre a propensão a consumir, em parte através de seu sistema de tributação, em parte por meio da fixação da taxa de juros e, em parte, talvez, recorrendo a outras medidas”,<sup>865</sup> mas tendo presente os limites da “influência da política bancária sobre a taxa de juros”<sup>866</sup> no sentido de “determinar um volume de investimento ótimo”<sup>867</sup> o ilustre pensador também sustenta que “uma socialização algo ampla dos investimentos será o único meio de assegurar uma situação aproximada de pleno emprego”;<sup>868</sup> entretanto, é claro ao observar a importância de que tal difusão “não implique a necessidade de excluir ajustes e fórmulas de toda a espécie que permitam ao Estado cooperar com a iniciativa privada”.<sup>869</sup>

É inequívoca a influência de tais marcos teóricos no desenho do Estado Social e Democrático de Direito concebido no curso do século XX em resposta aos regimes totalitários, o que hoje também cobra a irrenunciável proteção e preservação ambiental e igualmente coloca como imperativa necessidade, além da precípua e rigorosa delimitação da atuação do capital financeiro, atentar para o imprescindível papel da tecnologia no desenvolvimento dos povos. Ocorre que em tal contexto de rentização da economia e “desempenho medíocre do investimento produtivo”<sup>870</sup> a liderança na inovação tecnológica

---

<sup>863</sup> KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução: Mario R. da Cruz. São Paulo: Atlas, 2009, p. 290.

<sup>864</sup> KEYNES, 2009, p. 287.

<sup>865</sup> *Ibid.*, p. 288.

<sup>866</sup> *Ibid.*

<sup>867</sup> *Ibid.*

<sup>868</sup> *Ibid.*

<sup>869</sup> *Ibid.*

<sup>870</sup> BELLUZZO, 1997, p. 179.

parece ser uma exceção em termos de economia produtiva,<sup>871</sup> pois, conforme Joseph Schumpeter com propriedade observou, “produzir significa combinar materiais e forças que estão ao nosso alcance”,<sup>872</sup> de tal modo que com novas combinações “surge o fenômeno que caracteriza o desenvolvimento”.<sup>873</sup> Assim, com o mero “ajuste contínuo mediante pequenas etapas, há certamente mudança, possivelmente há crescimento, mas não um fenômeno novo nem um desenvolvimento em nosso sentido,”<sup>874</sup> pois na consagrada síntese de Schumpeter a inovação engloba cinco casos, ou seja:

1) *Introdução de um novo bem* – ou seja, um bem com que os consumidores ainda não estiverem familiarizados – ou de uma nova qualidade de um bem. 2) *Introdução de um novo método de produção*, ou seja, um método que ainda não tenha sido testado pela experiência no ramo próprio da indústria de transformação, que de modo algum precisa ser baseada numa descoberta cientificamente nova, e pode consistir também em nova maneira de manejar comercialmente uma mercadoria. 3) *Abertura de um novo mercado*, ou seja, de um mercado em que o ramo particular da indústria de transformação do país em questão não tenha ainda entrado, quer esse mercado tenha existido antes ou não. 4) *Conquista de uma nova fonte de oferta de matérias-primas ou de bens semimanufaturados*, mais uma vez independentemente do fato de que essa fonte já exista ou teve que ser criada. 5) *Estabelecimento de uma nova organização de qualquer indústria*, como a criação de uma posição de monopólio (por exemplo, pela trustificação) ou a fragmentação de uma posição de monopólio.<sup>875</sup> (Grifo nosso).

A inovação tecnológica, portanto, tende a ser constante e generalizada na economia capitalista, pois a integração dos mercados em uma economia global pauta uma crescente competitividade das empresas e estabelece uma estreita relação destas com os avanços técnicos e científicos, o que acaba concebendo um processo de envolvimento da sociedade por um diversificado e coordenado sistema de saberes profissionais dominados por especialistas, mas estreitamente articulado pela grande empresa e seu potencial logístico e econômico.<sup>876</sup> É possível evidenciar tal sistema de saberes articulados com o exemplo de um produto eletrônico que atenda às expectativas dos consumidores em diversas particularidades técnicas e áreas de conhecimento, mas que também deve observar padrões de segurança, saúde e higiene, bem como a necessária conformidade com a legislação do país ou região onde será comercializado. Assim, uma relação de dependência implícita ou explícita dos especialistas para com as empresas acaba por gerar cadeias de confiança que fomentam o deslocamento das relações sociais do contexto imediato para o global, o que também coloca o

---

<sup>871</sup> Ibid.

<sup>872</sup> SCHUMPETER, Joseph Alois. *A teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1988, p. 48.

<sup>873</sup> Ibid.

<sup>874</sup> Ibid.

<sup>875</sup> SCHUMPETER, 1988, p. 48-49.

<sup>876</sup> FERRARESE, 2000, p. 40.

interesse e mesmo a necessidade de um direito global, ou seja, descontextualizado dos diversos Estados.<sup>877</sup>

Aqui, entretanto, cabe novamente invocar a reflexão de John Gray, pois se por um lado o mesmo concorda com o senso comum da gestão empresarial no sentido de que os “Estados-nações e as empresas multinacionais podem sobreviver e prosperar apenas pela utilização de novas tecnologias para atingir uma capacidade competitiva acima de seus concorrentes”,<sup>878</sup> por outro lembra que “a vantagem competitiva é intrinsecamente efêmera no ambiente anárquico de um capitalismo global desorganizado”,<sup>879</sup> de tal modo que “não existe proteção – para as corporações ou para os governos – contra a tormenta global de destruição criativa.”<sup>880</sup> Logo, a vantagem decisiva reside na geração de novas tecnologias e no respectivo uso eficaz e lucrativo, o que exige a atuação dos Estados soberanos como “estruturas mediadoras decisivas”<sup>881</sup> e afasta a possibilidade de as multinacionais ultrapassarem as estruturas constitucionais delineadas pela soberania popular.<sup>882</sup> Tamanha incerteza também explica “por que os mercados globais procuram influenciar os Estados e por que eles não podem ignorá-los”,<sup>883</sup> além do significativo fato de que “o controle dos recursos naturais que são necessários para o crescimento econômico”<sup>884</sup> ainda depende do Poder Constituinte dos povos organizados em Estados-nações e do domínio territorial que, mesmo fragilizados, seguem exercendo. O otimismo de John Gray – mesmo reconhecendo a ameaça de guerras em face da previsível escassez de recursos naturais necessários para o crescimento econômico e de outros interesses estratégicos divergentes entre Estados<sup>885</sup> – vislumbra “um mundo verdadeiramente multipolar”,<sup>886</sup> pois conforme ele observa diante da imperiosa necessidade de aprimoramento técnico e científico:

Isso ilumina a estreita faixa em que os governos podem atuar para ajudar seus cidadãos a controlar os riscos econômicos. É provável que essa função protetora dos Estados se amplie quando os cidadãos buscarem proteção contra a anarquia do capitalismo global.<sup>887</sup>

---

<sup>877</sup> Ibid., p. 41.

<sup>878</sup> GRAY, 1999, p. 103.

<sup>879</sup> Ibid.

<sup>880</sup> Ibid.

<sup>881</sup> Ibid.

<sup>882</sup> Ibid.

<sup>883</sup> Ibid., p. 104.

<sup>884</sup> Ibid.

<sup>885</sup> Ibid., p. 158.

<sup>886</sup> Ibid., p. 104.

<sup>887</sup> Ibid.

É, por conseguinte, da própria sociedade que deve partir a exigência de que a economia lhe preste contas, pois a atual fragmentação da gestão da economia inviabiliza ou no mínimo dificulta a adoção de uma via soberana de desenvolvimento, bem como pode comprometer uma autêntica democracia política e econômica. A prosperidade e a vida civilizada, em tese, caso assim se posicione a soberania popular, deveriam ser compatíveis até mesmo com o crescimento zero, conforme viveu o Japão por mais de 200 anos antes da abertura forçada ao comércio internacional com a ameaçadora chegada dos navios do comodoro Matthew Perry em 1853.<sup>888</sup> É, portanto, despropositada e fora de qualquer parâmetro civilizatório, muito embora de uma sinceridade que não se vislumbra em muitos juristas de hoje, a assertiva de Rudolf von Jhering ao defender o imperialismo com os seguintes argumentos:

Cuando un pueblo se muestra incapaz de utilizar el suelo que la naturaleza le ha dado debe ceder su puesto á outro. La tierra pertenece á los brazos que la saben cultivar. La injusticia aparente que la raza anglo-sajona comete en América contra los índios indígenas, es, desde el punto de vista de la historia universal, el uso de un derecho, y los pueblos europeos no están menos en el suyo cuando abren por la fuerza los rios y los puertos del Celeste Imperio y del Japon, obligando á aquellos países á hacer el comercio.<sup>889</sup>

O controle do poder econômico por instituições públicas nacionais – ainda que não estatais – que fiscalizem e mesmo exerçam a planificação e a intervenção nos setores de base da produção, ou seja, que servem de estímulo para outros ramos da própria produção e exigem constante aperfeiçoamento científico e tecnológico, bem como a própria regulação e a definição de atividades imunes ao comércio, representam, mais do que nunca, um papel ativo de toda a cidadania no mais amplo espectro da pluralidade democrática.<sup>890</sup> A viabilização da autonomia daqueles setores de base na realidade internacional constitui expressão prática da soberania econômica e pressupõe a existência do espaço público, no qual ganham efetividade os valores e as diretrizes constitucionais ao conformarem o contexto interno nacional de liberdade e inclusão social. Mais do que de mera regulação em um contexto de valorização do constitucionalismo internacional, a democracia e o desenvolvimento dos povos ainda carecem de disposições constitucionais substantivas que, sem perder o sentido plural e aberto para o mundo e as demais culturas, tenham inequívoca identidade nacional, o que, no Brasil, foi objeto de decisão pelo Poder Constituinte originário ao conformar o art. 219 da Constituição do Brasil com a seguinte redação: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será

---

<sup>888</sup> Ibid., p. 219-220.

<sup>889</sup> Ibid., p. 219-220.

<sup>890</sup> JHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano*. Tradução: Enrique Principe y Satorres. Madrid: Casa Editorial Bailly-Bailliere, [18--] p. 14-15.



incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia do País, nos termos da lei federal”.

## 2 ORDEM ECONÔMICA E CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Tendo presente que a origem do constitucionalismo é identificada com a limitação do poder e a garantia da liberdade de escolha do cidadão, no campo político, e de iniciativa, no campo econômico,<sup>891</sup> a constituição econômica contempla as normas jurídicas inseridas no contexto constitucional nacional e que disciplinam a ordem econômica. Assim, o Estado associa a ordem jurídica à ordem econômica e forja o que se conhece como constituição econômica, na qual se identifica uma verdadeira *Ordem Econômica e Social* (CB, Títulos VII e VIII) para, na lição de Fábio Nusdeo, conceber um sistema econômico.<sup>892</sup>

A Constituição, portanto, contempla e conforma a sociedade, pois, na lição de Vital Moreira, inclui uma constituição econômica “não apenas no sentido de esquema organizatório e plano directivo da função econômica do estado, mas também no sentido de estatuto das relações de produção, definidor do sistema econômico, base da formação social”.<sup>893</sup> O direito econômico, tal qual a constituição econômica, é, neste sentido, expressão do sistema econômico, o que, conforme também lembra Fábio Nusdeo, “nada mais vem a ser do que uma particular organização institucional da sociedade, mediante a qual ou através da qual ela, sociedade, irá equacionar o seu problema econômico”,<sup>894</sup> ou seja, “irá equacionar a administração dos seus recursos escassos, adaptando-os às suas diversas finalidades”.<sup>895</sup> E para tal a constituição econômica parte do pressuposto de que “as Constituições, nasceram visceralmente imbricadas na idéia-força de liberdade”,<sup>896</sup> o que é bem apreendido pela lição de Elival Ramos ao observar que:

O Estado que emergiu das Revoluções Liberais do Século XVIII foi um Estado investido da missão de assegurar aos cidadãos o pleno desfrute da liberdade, encarada como um direito natural inalienável e, como tal, anterior ao próprio Estado, que lhe deve contínua veneração. O principal obstáculo à ampla fruição da liberdade individual se radicaria exatamente no poder político, que teria uma tendência imanente à degeneração e ao abuso. Daí porque buscou o Liberalismo uma gama variada de instrumentos predispostos à contenção do arbítrio estatal, destacando-se, pela sua importância, as Constituições rígidas, que hoje compõem os alicerces de quase todos os Estados contemporâneos.<sup>897</sup>

<sup>891</sup> NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 26, n. 65, p.12-20. jan./mar. 1987, p. 15.

<sup>892</sup> *Ibid.*, 1987, p. 15.

<sup>893</sup> MOREIRA, Vital. *Economia e constituição: para o conceito de constituição económica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1979, p. 174.

<sup>894</sup> NUSDEO, 1987, p. 15.

<sup>895</sup> *Ibid.*

<sup>896</sup> *Ibid.*, p. 16

<sup>897</sup> RAMOS, Elival da Silva. O econômico nas constituições liberais. *Cadernos de direito constitucional e eleitoral: Tribunal Regional Eleitoral – Procuradoria Regional Eleitoral do Estado de São Paulo*, ano I, n. 4, set. 1988, São Paulo, p. 21-24, p. 21.

Fábio Nusdeo também observa que as constituições “foram chamadas de ‘Constituições-Garantia’, ou seja, elas visavam a garantir ao homem liberdade em todas as esferas, em todos os desdobramentos do seu ser, da sua personalidade e da sua atividade”,<sup>898</sup> pois, ao assegurarem os direitos e as garantias individuais, preservam os três fundamentos do sistema, dado que os dois primeiros, ou seja, a propriedade privada e a liberdade de iniciativa, ressoam juridicamente no princípio da liberdade contratual e reivindicam a presença da responsabilidade patrimonial, “entendida como o corolário da máxima ‘pacta sunt servanda’, ou seja, o patrimônio de cada homem responderia por todas as suas obrigações”,<sup>899</sup> sendo fácil constatar que:

Asseguradas essas garantias, pela implantação legal dos três princípios, surgiu, poder-se-ia dizer, naturalmente, a ordem econômica liberal. Limitava-se o Estado pela divisão dos poderes, segundo o modelo tripartido clássico de Montesquieu e se instaurou uma ordem econômica. Apenas essa ordem econômica não era explicitada nas Constituições liberais, por estar subsumida nas garantias dadas à propriedade, à liberdade contratual e à responsabilidade patrimonial.<sup>900</sup>

Neste tema Celso Bastos de forma genérica<sup>901</sup> ainda refere que:

Nesses dois séculos variou a intensidade com que o Estado intervém na economia. Daí poder-se classificar em três categorias a ordem crescente de intervenção. Em

<sup>898</sup> NUSDEO, 1987, p. 16.

<sup>899</sup> Ibid. Acerca dos fundamentos jurídicos da economia capitalista no século XIX também Elival Ramos registra que: “as Constituições Liberais, ao garantirem a livre iniciativa econômica (liberdade de comércio e de indústria), de forma isolada ou em sociedade (liberdade de associação), a liberdade contratual (decorrência do princípio geral da legalidade e da liberdade de profissão) e o direito de propriedade, deram relevo jurídico-constitucional aos alicerces do sistema capitalista clássico, centrado na iniciativa econômica privada (descentralizada), na livre arregimentação em torno da empresa dos fatores de produção, na liberdade de comércio dos bens produzidos e na apropriação dos resultados do empreendimento (lucro)”. (RAMOS, 1988, p. 23).

<sup>900</sup> Ibid.

<sup>901</sup> É importante observar que o dirigismo totalitário da economia se fez presente em regimes como o nazismo e o fascismo, sendo que o esforço de guerra dos Países Aliados no curso da II Guerra Mundial também exigiu a organização e a direção centralizada da produção, mas mesmo o sistema de administração central da economia mercantilista praticado por Jean-Baptiste Colbert, quando procurou fazer da França o poder comercial e militar dominante da Europa no século XVII, pode ser confirmado nas palavras do próprio estadista e ministro das finanças de Luís XIV registradas por Eli Heckscher: “‘Es necesario vencer la resistencia que los comerciantes oponem a su propio provecho’; ‘los comerciantes no piensan más que en su propia actuación y en la facilidad de dar salida a sus mercancías’; ‘es necesario también [dice, dirigiéndose al intendente de Burdeos] que os consagréis a estudiar los pequeños intereses de los comerciantes, para quienes sólo existe su comercio privado, para ver qué es lo que es bueno y ventajoso para el comercio general del reino’ (manifestaciones que datan todas de 1670), etc.” (HECKSCHER, 1943, p. 761). É realmente emblemático o dirigismo presente no elenco das *Ordenances* de Luis XIV e seu ministro Colbert, o que Paolo Cappellini destaca ao referir a edição de disposições sobre Processo Civil (1667), Penal (1670), Comercial (1673), da Navegação (1681) e, também após Luiz XV, sobre doações (1731), testamentos (1735) e fideicomissos (1747) ou mesmo nas “*Reformationen* alemãs do século XVI”. (CAPPELLINI, Paolo. *Sistema jurídico e codificação*. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca; Angela Couto Machado Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007, p. 18). Vide [Seção 2 do Capítulo 2](#).

primeiro lugar a Constituição liberal (liberdade privada), a Constituição econômica marxista (submissão pelo Estado de toda a ordem econômica) e a Constituição econômica intervencionista (realidade mista em que convivem a liberdade privada e a interferência do Estado).<sup>902</sup>

No que se conclui que a constituição econômica, nos regimes que adotam uma Carta constitucional enquanto fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas,<sup>903</sup> consiste, ainda nas palavras de Celso Bastos, no “conjunto de normas voltadas para a ordenação da economia, inclusive declinando a quem cabe exercê-la”,<sup>904</sup> dado que:

A Constituição, por ser o elemento fundamental para todos os atos do Estado (administrativos, legislativos e jurisdicionais), acaba sempre tomando uma posição em face da matéria econômica. Se ela não tiver normas explícitas sobre ela, prevalece o que poderíamos chamar de uma ordem econômica implícita, qual seja, a resultante da regulação de determinados direitos como o de propriedade e o da liberdade de trabalho. Eis que esses vão naturalmente dar lugar a uma ordem econômica baseada na livre iniciativa. Portanto, a ausência de posições assumidas pela Carta Magna ante o fenômeno econômico é própria dos regimes liberais.<sup>905</sup>

Assim, Vital Moreira também observa que a corporificação da constituição econômica é “condição de apreensão do lugar sistemático da constituição política e, pela sua referência à estrutura econômica, é lugar privilegiado de leitura do conjunto do sistema social”,<sup>906</sup> dado que “somente o conceito de constituição econômica permite integrar a constituição política no sistema social de que irrecusavelmente faz parte, como estatuto da sua estrutura política”.<sup>907</sup> Sobre o que Eros Grau consigna:

Daí referirmos uma *Constituição Econômica estatutária* – que estatui, definindo os estatutos da propriedade dos meios de produção, dos agentes econômicos, do trabalho, da coordenação da economia, das organizações do capital e do trabalho – e uma *Constituição Econômica diretiva* (ou *programática*) – que define o quadro de diretrizes das políticas públicas, coerentes com determinados objetivos também por ela enunciados.<sup>908</sup>

É significativa, portanto, a reflexão de Max Weber em sua obra *Economia e Sociedade*, pois acerca da relação entre a ordem jurídica e a ordem econômica observa que:

<sup>902</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Existe efetivamente uma Constituição Econômica? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo. v.10, n.39, p.89-96, abr./jun. 2002, p. 95.

<sup>903</sup> KELSSEN, Hans. *Teoría comunista del derecho y del Estado*. Tradução: Alfredo J. Weiss. Buenos Aires: Emecé Editores, 1957, p. 266: “La tentativa de desarrollar una teoría del derecho sobre la base de la interpretación económica de la sociedad hecha por Marx ha fracasado por completo; y la razón de este fracaso es en primer lugar la tendencia a sustituir una interpretación normativa del derecho, o sea un análisis estructural de un sistema específico de normas, con una indagación sociológica de las condiciones en que ese sistema normativo surge a la existencia y es efectivo, en lugar de agregar ésta a aquélla.”

<sup>904</sup> BASTOS, 2002, p. 92.

<sup>905</sup> Ibid.

<sup>906</sup> MOREIRA, 1979, p. 185.

<sup>907</sup> Ibid., p. 184-185.

<sup>908</sup> GRAU, 2006, p. 78.

a ‘ordem jurídica’ ideal da teoria do direito não tem diretamente nada a ver com o cosmos das ações econômicas efetivas, uma vez que ambos se encontram em planos diferentes: a primeira, no plano ideal da vigência pretendida; o segundo, no dos acontecimentos reais. Quando, apesar disso, a ordem econômica e a justiça estão numa relação bastante íntima, é porque esta última é entendida não em seu sentido jurídico mas no sociológico: como vigência *empírica*. O sentido da palavra ‘ordem jurídica’ muda então completamente. Não significa um cosmos de normas interpretáveis como logicamente ‘corretas’, mas um complexo de motivos efetivos que determinam as ações humanas reais.<sup>909</sup>

Neste aspecto Eros Grau observa que o texto do art. 170 da Constituição do Brasil sugere tratar do mundo do ser, mas na realidade trata do mundo do dever ser enquanto “conjunto de normas que define, institucionalmente, um modo de produção econômica”.<sup>910</sup> Assim, diante das fontes do direito e em particular do Direito Econômico, Washington Albino de Souza destaca que “a Economia funciona como sua ‘fonte auxiliar’, pois os motivos finais da decisão serão político-econômicos, e não simplesmente econômicos, para que a decisão ou sua apreciação tenha fundamento ou consequência jurídica”.<sup>911</sup> Nas palavras de Vital Moreira se vislumbra a descrição desta fecunda e dinâmica interação entre a Constituição e a realidade constitucional, pois com acuidade assevera que o conceito de constituição econômica:

possibilita uma perfeita compreensão das relações profundas entre o sistema econômico e a ordem jurídica que o suporta; permite uma coerente unificação da ordem econômica constitucional com o conjunto da ordem jurídica da economia; contribui para iluminar os fundamentos das principais transformações constitucionais das últimas décadas; abre caminho à ultrapassagem do que há de frágil na dicotomia constituição-realidade constitucional e, por outro lado, leva a discernir na constituição, não um sistema unitário isento de tensões, mas sim um lugar em que também se traduzem de certo modo as principais contradições e conflitos da sociedade; obriga a uma interpretação constitucional fecunda, global e dinâmica, através da relação e sistematização das disposições constitucionais relevantes, [...].<sup>912</sup>

É possível identificar a tensão entre ideal e realidade,<sup>913</sup> de tal modo que se manifestam os limites da concepção hegeliana de Estado em face da ideia de totalidade inerente ao mesmo,<sup>914</sup> pois em tal concepção o indivíduo restaria subsumido no universal,<sup>915</sup> o que, sem

<sup>909</sup> WEBER, 1999, p. 209-210.

<sup>910</sup> GRAU, 2006, p. 72.

<sup>911</sup> SOUZA, 2005, p. 136.

<sup>912</sup> MOREIRA, 1979, p. 183-184.

<sup>913</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Poder econômico: a marcha da aceitação. In: COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3-4.

<sup>914</sup> HEGEL, 2003, p. 217, § 258: “O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever”.

<sup>915</sup> *Ibid.*, p. 225, § 260: “É o Estado a realidade em ato da liberdade concreta. Ora, a liberdade concreta consiste em a individualidade pessoal, com os seus particulares, de tal modo possuir o seu pleno desenvolvimento e

cair na metafísica concepção de contrato social, invoca o humanismo kantiano e seu apriorismo, seja para impedir que o Estado, diante de suas contingências, se transforme em um fim em si mesmo e represente retrocessos nos direitos de homens e mulheres,<sup>916</sup> mas também para impedir que o poder econômico sobreponha o espaço público decisório da cidadania e comprometa a democracia e o bem-estar do conjunto da sociedade. Logo, uma relação dialética entre transcendência e imanência de valores legitima as normas positivas decorrentes da soberania popular enquanto “princípio polêmico da divisão política do poder, oposto ao princípio da soberania do dominador”,<sup>917</sup> o que, exatamente em face de tais limitações, deve considerar a essência do realizado histórico,<sup>918</sup> pois a existência de um contrato originário representa uma ideia prática reguladora do racional.<sup>919</sup> A constituição econômica é, portanto, nas palavras de Ferreira Filho, a “*constituição juridicamente definida da economia*”,<sup>920</sup> a qual tem como objeto “a base da organização jurídica da economia”,<sup>921</sup> eis que:

Seu propósito é estabelecer o controle da economia, porque esta enseja fenômenos de poder. Consiste, assim, nas regras jurídicas que regem a atuação do indivíduo, dos grupos, do Estado, no domínio econômico. Compreende, pois, *as normas jurídicas básicas que regulam a economia, disciplinando-a, e especialmente controlam o poder econômico, limitando-o, com o fito de prevenir-lhe os abusos.*<sup>922</sup>

Logo, para o insigne constitucionalista, a constituição econômica se faz presente quando há *controle da economia*, pois “o poder na economia deve ser atribuído ao povo, entendido este não como uma entidade transcendente, mas como gente, de carne e osso,”<sup>923</sup> eis que:

---

reconhecimento dos seus direitos para si (nos sistemas da família e da sociedade civil) que, em parte, consciente e voluntariamente o reconhecem como seu particular espírito substancial e para ele agem como seu último fim”.

<sup>916</sup> Vide notas [185](#) e [918](#).

<sup>917</sup> HELLER, 1968, p. 293.

<sup>918</sup> CANOTILHO, 2003, p. 340: “A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado”. No mesmo sentido Ingo Sarlet: “a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise.* *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004, p. 156).

<sup>919</sup> KANT, Immanuel. *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1956, p. 262: “Questo contratto è invece una semplice idea della ragione, ma che ha indubbiamente la sua realtà (pratica).”; Tradução livre: “Este contrato é, ao contrário, uma simples idéia da razão, mas que indubitavelmente tem sua realidade (prática)”.

<sup>920</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 6.

<sup>921</sup> *Ibid.*

<sup>922</sup> *Ibid.*

<sup>923</sup> *Ibid.*, p. 20.

Está aí a mais simples das caracterizações da “democracia” econômica. No modelo perfeito, que apenas existe na lição dos economistas, a economia de mercado é o reflexo não distorcido desta soberania popular no mundo econômico. Entretanto, na realidade, a prática da economia descentralizada revela grandes distorções que muito afastam a vivência do ideal.<sup>924</sup>

Não por outra razão segue atual a lição de Tomás de Aquino para todos que exercem o poder, a qual, ao lado dos elementos objetivos que identificam os Estados – *povo, território e governo soberano* –, representa um verdadeiro elemento subjetivo definidor da própria identidade das pessoas jurídicas de direito público internacional no âmbito interno de suas relações de poder e autoridade: a permanente busca do bem comum.<sup>925</sup> Esta é a verdadeira razão de ser do Estado democrático e social de direito, no qual, nas palavras de Luís Eduardo Schoueri, “a maior liberdade que defende à sociedade civil se vê condicionada à sua conformidade com as finalidades consagradas pelo Texto de 1988”,<sup>926</sup> razão pela qual a conformação das instituições, sejam públicas ou privadas, e dos direitos da cidadania deve atentar permanentemente para o bem-estar de toda a sociedade. Com acerto, portanto, Eros Grau observa que a “ordem econômica” delineada pela Constituição indica o mundo do dever ser – “conjunto de normas, da Constituição dirigente, voltada à conformação da ordem econômica (mundo do ser)” – e expressa a síntese da *ordem econômica constitucional material*.<sup>927</sup> Ganha força e autoridade a dimensão axiológica da constituição econômica ao delimitar e preservar a esfera de atuação do Estado e do mercado enquanto manifestações da própria liberdade individual e coletiva, pois conforma em termos dinâmicos o texto e o contexto do compromisso social explicitado na Carta Magna diante da realidade constitucional brasileira.

---

<sup>924</sup> Ibid.

<sup>925</sup> Vide notas [90](#) e [213](#).

<sup>926</sup> SCHOUERI, 2006, p. 470.

<sup>927</sup> GRAU, 2006, 91.

### 3 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: SEUS FUNDAMENTOS E O PAPEL DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

Uma vez considerada a ordem econômica hoje estatuída e vigente se faz necessário analisar a experiência brasileira de Constituição Econômica, diante da qual se coloca a indagação quanto aos textos constitucionais de 1824 e de 1891 serem ou não expressão de uma Constituição Econômica, dado que silenciaram a respeito da ordem econômica. A conclusão da doutrina tem sido no sentido de que toda Constituição, ainda que silente, não deixa de disciplinar a ordem econômica, mesmo que se posicione em favor da manutenção da realidade social vigente ao se abster de qualquer intervenção na esfera econômica privada,<sup>928</sup> pois “as linhas mestras do sistema capitalista estavam indelevelmente inscritas nas Cartas do período.”<sup>929</sup>

Assim, a Constituição Imperial de 1824, outorgada por D. Pedro I, consolidou a independência política do Brasil e expressou o contexto histórico da época, ou seja, a ideologia liberal do século XIX, tendo sido especialmente marcante a influência inglesa na realidade brasileira desde a abertura dos portos com a vinda da Família Real portuguesa. No tocante ao texto constitucional de 1891, mesmo que um ano antes tenha sido editada nos Estados Unidos a Lei Antitruste (*Sherman Act* de 1890), o Brasil manteve a orientação liberal clássica. Por consequência, adentrando na análise da experiência brasileira de Constituição Econômica restam evidenciados os limites do liberalismo clássico, inspirador da edição das Constituições de 1824 e de 1891, posto que, nas palavras de Fábio Nusdeo, “a vivência do liberalismo, evidentemente revelou as inoperacionalidades do sistema, inoperacionalidades de toda ordem”,<sup>930</sup> de tal modo que, “com a concentração econômica em virtude das economias de escala e de várias outras causas, algumas empresas, alguns grupos, alguns indivíduos conseguem abarcar uma parcela muito grande do mercado”,<sup>931</sup> o que acaba “fazendo desaparecer a liberdade de concorrência e a liberdade ou a soberania do consumidor”.<sup>932</sup> Não

---

<sup>928</sup> BASTOS, 2002, p. 90: “O fato de as Constituições liberais não tratarem explicitamente da economia não significa que não houvesse uma vontade implícita em regulá-la. A economia era livre aos cidadãos em decorrência de outros direitos constitucionalmente assegurados como a liberdade de propriedade e de trabalho. Isso implica em dizer que no silêncio da Constituição emergia uma titularidade natural daqueles que tinham condições de se lançar ao Mercado. Vale dizer que o liberalismo tem a sua expressão política e econômica consistente em reconhecer o Mercado como agente regulador da economia.”

<sup>929</sup> RAMOS, 1988, p. 22.

<sup>930</sup> NUSDEO, 1987, p. 16.

<sup>931</sup> Ibid.

<sup>932</sup> Ibid.



por outra razão João Bosco da Fonseca identifica a origem do Direito Econômico destacando que:

A concentração econômica veio ocasionar profundas mudanças no sistema jurídico, mudanças que vêm evidenciar que o antigo molde ideológico sustentado no pressuposto da igualdade e da liberdade de todos não pode mais ser aceito sem uma acurada análise crítica. O Direito Econômico é exatamente o resultado jurídico dessa mudança, pois que, por provocação da concentração capitalista, surge como a solução jurídica para salvar a liberdade de concorrência dentro de um quadro em que predominam os valores sociais.<sup>933</sup>

Diante do que Fábio Nusdeo também constata que:

Rompe-se aí um dos pressupostos mais caros ao liberalismo, qual seja o da liberdade, pois a liberdade para ter sentido pressupõe a igualdade de forças. Quando essa desaparece instala-se a dicotomia, detectada já no século passado por Lacordaire, entre as liberdades demais e as liberdades substanciais; entre as de direito e as de fato. E nesse caso, as primeiras passam a ser um instrumento para se eliminar as segundas.<sup>934</sup>

Ao analisar a Carta de 1934 é necessário destacar que esta representou a adoção, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, da Constituição Econômica de forma expressa no texto da Carta Magna. Naquele texto constitucional foi delineado o Título IV, denominado *Da Ordem Econômica e Social*, no qual restou consagrado um novo direcionamento ideológico do Estado brasileiro com a definição das funções deste como “agente normativo e regulador da atividade econômica”<sup>935</sup> e a fixação dos “regimes de prestação de serviços pelo Poder Público, com os regimes de concessão ou permissão, autorização e pesquisa”.<sup>936</sup> Ao refletir acerca daquele processo constituinte Washington Albino de Souza aponta “elementos fascizantes e socializantes no trabalho das Comissões, os quais se incorporariam no texto final”<sup>937</sup> e lembra que a “estrutura inteiramente nova”<sup>938</sup> da Carta de 1934 refletiu as inovações da legislação decorrente do movimento de 1930, pelo que:

A partir deste período localizamos a Constituição Econômica Brasileira, porém se considerarmos a referência a uma “Constituição Provisória”, como tal identificaremos, a partir de 1930, toda a legislação referente à construção de uma “Ordem Econômica” já marcada pela presença do Estado.<sup>939</sup>

<sup>933</sup> FONSECA, 2005 p. 17.

<sup>934</sup> NUSDEO, 1987, p. 16.

<sup>935</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição Econômica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 85, n. 305, p. 119-133, jan./mar. 1989, p. 121.

<sup>936</sup> SOUZA, 1989, p. 121.

<sup>937</sup> *Ibid.*

<sup>938</sup> *Ibid.*

<sup>939</sup> SOUZA, 1989, p. 121: “Para Afonso Arinos de Melo Franco ter-se-ia configurado no período uma ‘Constituição Provisória’, que somente se extinguiu com a promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934, cujo Ato das Disposições Transitórias aprovou os atos do Governo Provisório, excluindo os seus efeitos de qualquer apreciação judicial.”

No mesmo sentido Vicente Bagnoli destaca que:

A crítica ao modelo do liberalismo, feita por muitos que tratavam da questão operária, como Marx, Engels e o Papa Leão XIII, com sua Encíclica *Rerum Novarum* de 1891, influenciou determinantemente as Constituições do México de 1917 e da República de Weimar de 1919, como também a Revolução Russa de 1917. No contexto jurídico-brasileiro, o período de 1930 a 1934 contou com importantes legislações econômicas que iniciam a passagem do liberalismo das constituições anteriores para a fundamentação da tendência inicial estatizante e reguladora do modelo das Cartas vindouras.<sup>940</sup>

A Constituição de 1937, onde se vislumbra uma sequência de dispositivos (arts. 135 a 155) sob o título geral *Da Ordem Econômica*, aprofundou tais postulados de intervenção na ordem econômica atribuindo ao Estado o papel de coordenação da produção e de defesa da competição em favor da nação, assentando no art. 141 a competência para reprimir os crimes contra a economia popular. Tal contexto constitucional ensejou a edição do Decreto-lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, o primeiro diploma legal brasileiro destinado a reprimir práticas atentatórias à livre concorrência,<sup>941</sup> tendo a aludida Carta Magna, nas palavras de Washington Albino de Souza, “feitio autoritário”<sup>942</sup> e inspiração “no Golpe de Estado que a consagrou”<sup>943</sup> e:

Fundamenta a “riqueza e a prosperidade nacional” na “iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo”. Legitima a “intervenção” do Estado no domínio econômico para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, evitando seus conflitos.<sup>944</sup>

Registre-se ainda que em 1945 foi editado o Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho, instituindo, por iniciativa do então Ministro da Justiça, Agamenon Magalhães, a denominada “Lei Malaia” em face das críticas lançadas contra o referido autor, pois definiu “atos contrários à ordem moral e econômica” e criou em seu art. 19 a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), com competência para estabilizar preços e regular o mercado, entretanto o referido decreto-lei foi logo revogado com a queda de Getúlio Vargas.<sup>945</sup>

A Constituição de 1946, decorrente de um parlamento constituinte eleito nos termos da Lei Constitucional n. 13, assentou no Título V os postulados *Da Ordem Econômica e Social*. No art. 145 introduziu o tema consagrando a ideia de justiça social e caracterizando o

<sup>940</sup> BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 39.

<sup>941</sup> Ibid., 2005, p. 43: “O primeiro diploma antitruste brasileiro na verdade repercutiu na regulação de preços e na supressão dos artifícios e fraudes na venda de mercadorias. Na área específica da defesa da concorrência, pouco ou nada fez, talvez pela inexistência de um órgão especializado para se ocupar com a matéria e aplicar a lei.”

<sup>942</sup> SOUZA, 2005, p. 215.

<sup>943</sup> Ibid.

<sup>944</sup> Ibid.

<sup>945</sup> BAGNOLI, 2005, p. 43-44.

trabalho como “obrigação social” que deve ser assegurada enquanto garantia da existência digna,<sup>946</sup> além de reiterar a Carta anterior na punição da usura na forma da lei.<sup>947</sup> Ainda na síntese de Washington Albino de Souza, o texto constitucional de 1946 “repetiu o estabelecido pelas Cartas anteriores sobre empresa concessionária de serviço público, na fiscalização e revisão de tarifas”<sup>948</sup> e orientou a lei na repressão do abuso do poder econômico,<sup>949</sup> bem como admitiu a “intervenção do Estado no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, tendo ‘por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição’”.<sup>950</sup> É assim que, após longa tramitação, foi editada a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, identificando em seu art. 2º as formas de abuso de poder econômico e criando no art. 8º o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com a finalidade de apurar e reprimir tais abusos,<sup>951</sup> sendo que, nas palavras de Vicente Bagnoli, ao contrário da Constituição de 1934, “que procurava ‘reprimir os crimes contra a economia popular’, a ideologia adotada na Carta de 1946 inspirava-se na legislação antitruste dos Estados Unidos da América, da repressão do abuso do poder econômico.”<sup>952</sup>

A Carta de 1967 adotou a mesma denominação consagrada em 1934 e reeditada em 1946 ao assentar no Título III os dispositivos identificados como sendo *Da Ordem Econômica e Social* e preservar a ideia de justiça social ao reiterar a preocupação diante do abuso do poder econômico.<sup>953</sup> A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, também identificada como Constituição de 1969, abordou a política econômica no Título III sob a mesma consigna *Da Ordem Econômica e Social* e admitiu a greve, menos no serviço público e atividades essenciais, além de delimitar a competência do setor privado e do estatal na organização e exploração da atividade econômica, o que assegurou ao Estado a atuação e a intervenção no domínio econômico.

<sup>946</sup> CONSTITUIÇÃO DE 1946: “Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.”

<sup>947</sup> CONSTITUIÇÃO DE 1946: “Art. 154. A usura, em todas as suas modalidades, será punida na forma da lei.”

<sup>948</sup> SOUZA, 2005, p. 218.

<sup>949</sup> CONSTITUIÇÃO DE 1946: “Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

<sup>950</sup> SOUZA, 2005, p. 217.

<sup>951</sup> BAGNOLI, 2005, p. 46.

<sup>952</sup> SOUZA, 2005, p. 215.

<sup>953</sup> CONSTITUIÇÃO DE 1967: “Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

Com tais considerações é possível constatar que não apenas as constituições históricas<sup>954</sup> mudam muito conforme a época, o que de país para país e de tempos em tempos parece ser evidente, mas a própria expressão normativa do mesmo texto histórico passa por significativas mudanças com o transcorrer do tempo.<sup>955,956,957</sup> A compreensão dos problemas constitucionais reivindica, por conseguinte, uma perspectiva historicista,<sup>958</sup> mas a compreensão dos processos históricos não pode prescindir da justificação e da configuração teórica, dado que a teoria constitucional deve estar relacionada ao ordenamento constitucional concreto e à realidade a ordenar.<sup>959</sup> É, sob o prisma humano e democrático, significativo que a evolução histórica tenha andado no sentido da superação da polémica quanto ao sentido normativo do texto constitucional, o que revela ao mesmo tempo a repulsa aos regimes totalitários do século XX e a consolidação do constitucionalismo surgido contra as monarquias absolutistas.<sup>960</sup>

---

<sup>954</sup> KELSEN, 1987, p. 355.

<sup>955</sup> BIN, 2007, p. 11.

<sup>956</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10: “A expressão *mudança constitucional* é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição *sem contrariá-la*; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por *mudanças inconstitucionais*.”

<sup>957</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1230: “Reconhece-se, porém, que entre uma mutação constitucional obtida por via interpretativa de desenvolvimento do direito constitucional e uma mutação constitucional inconstitucional há, por vezes, diferenças quase imperceptíveis, sobretudo quando se tiver em conta o primado do legislador para a evolução constitucional (B.O. Bryde: *Verfassungsentwicklungsprimat*) e a impossibilidade de, através de qualquer teoria, captar as tensões entre a constituição e a realidade constitucional.”

<sup>958</sup> HESSE, 2001, p. 1.

<sup>959</sup> *Ibid.*

<sup>960</sup> *Ibid.*, p. 10: “El modelo constitucional con el que conecta la Ley Fundamental, aunque haya variado en una serie de aspectos, es el del siglo XIX. En la monarquía constitucional de la época era tarea de la Constitución limitar el poder presupuesto y en principio absoluto de la Corona, y garantizar así al ciudadano y a la Sociedad una libertad responsable. El se produjo sobre todo mediante la vinculación de la Ley – Presupuestos del Estado incluidos – a la aprobación de las cámaras.”

## 4 DESENVOLVIMENTO, INTERVENÇÃO E ORDEM ECONÔMICA

O tema do desenvolvimento e da intervenção estatal diante da ordem econômica constitucional ressalta a importância da advertência de Eros Grau no sentido de que “não se superpõem ordem pública e direito público, de um lado, e ordem privada e direito privado, de outro”,<sup>961</sup> de tal modo que “nem o confronto de que se cuida, quando cogitamos da ordem pública, se esgota na oposição entre dois termos, *ordem pública* e *ordem privada*”.<sup>962</sup> Ocorre que se no passado o Estado soberano controlava a força, dominava a tecnologia e a economia e reconhecia apenas instituições iguais, ou seja, Estados e instituições internacionais por eles conformadas,<sup>963</sup> hoje os confins do Estado não delimitam mais os confins do mercado e aqueles preceitos passam por significativa relativização.<sup>964</sup> Mas a ordem pública ainda expressa a dimensão axiológica do *corpus juris* e com ela a função positiva que assegura o caráter cogente das regras e dos princípios jurídicos que sustentam os valores fundamentais de todo o sistema e orientam a atuação do intérprete.<sup>965</sup>

Toma destaque, desse modo, a reflexão do introdutor do direito econômico no Brasil, pois Washington Albino de Souza pontifica que “num mesmo texto constitucional podemos encontrar ‘princípios’ que estariam em ‘conflito’ entre si, na sua forma pura”,<sup>966</sup> mas logo adverte que “não podemos admitir tal oposição, sob pena de uma contradição da natureza íntima da própria idéia de Constituição”,<sup>967</sup> de tal modo que o consagrado doutrinador refere a “ideologia constitucionalmente adotada”<sup>968</sup> como sendo determinante dos “parâmetros”<sup>969</sup> a serem observados na interpretação constitucional. Diante do texto do “caput” do art. 170 da Constituição do Brasil, o mesmo autor observa que o princípio da “economicidade”<sup>970</sup> busca

---

<sup>961</sup> GRAU, 2006, p. 63.

<sup>962</sup> Ibid., 2006, p. 63-64.

<sup>963</sup> CASSESE, 2002, p. 45.

<sup>964</sup> Ibid., p. 47.

<sup>965</sup> Vide [Seção 6 do Capítulo 2](#).

<sup>966</sup> SOUZA, 2005, p. 232.

<sup>967</sup> Ibid.

<sup>968</sup> Ibid.

<sup>969</sup> Ibid.

<sup>970</sup> Ibid.: É importante registrar que o princípio da economicidade, embora referido apenas uma vez em todo o texto da Constituição Federal, guarda estreita relação com o conjunto dos institutos e dispositivos constitucionais e incide em todos os atos de gestão pública, pois não é de pouca monta o fato de que tão significativo princípio consta exatamente no art. 70 da Carta Magna, onde está previsto o controle externo pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas, da gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública. É significativo que ao apreciar a ADIn 2472/RS o STF tenha invocado a economicidade como fundamento para suspender a eficácia de lei estadual cujo texto fora editado por iniciativa legislativa e posterior derrubada de veto do Governador do Estado, a qual exigia minucioso detalhamento dos termos e condições dos atos administrativos acerca da publicidade oficial (j.

na finalidade e nos fundamentos da ordem econômica – presentes no referido dispositivo constitucional – tais parâmetros para as interpretações e as decisões, de tal modo que o intérprete da norma constitucional deverá justificar a opção circunstancial por uma ou outra direção.<sup>971</sup> E, ainda quanto ao princípio da economicidade, João Bosco da Fonseca identifica neste princípio o compromisso social da ordem jurídica e assevera que:

O princípio da economicidade é o critério que condiciona as escolhas que o mercado ou o Estado, ao regular a atividade econômica, devem fazer constantemente, de tal sorte que o resultado final seja sempre mais vantajoso que os custos sociais envolvidos. Nessas escolhas, estarão sempre presentes os critérios da quantidade e da qualidade, de cujo confronto resultará o ato a ser praticado. As ações econômicas não podem tender, em nível social, somente à obtenção da maior quantidade possível de bens, mas a melhor qualidade de vida.<sup>972</sup>

Neste mesmo sentido Luís Eduardo Schoueri identifica, no *caput* do art. 1º do texto constitucional “um primeiro princípio da Ordem Econômica brasileira, que se poderá definir como o Princípio do Estado Social e Democrático de Direito”.<sup>973</sup> Assim, conforme já demonstrado, no documento político constitucional há sempre uma proposta de mudança ou preservação da ordem econômica, de tal modo que cada Estado tem a Constituição Econômica que procura. Diante da economia de mercado consagrada na Carta Magna (CB, arts. 1º, 3º e 170) é necessário olhar para os custos sociais quando são feitas escolhas públicas dentro de um contexto onde, ainda na síntese de Luís Eduardo Schoueri, a “intervenção do Estado sobre o Domínio Econômico pode dar-se em sentido negativo (supressão das deficiências do mercado) ou positivo (implementação da Ordem Econômica prescrita pela Constituição)”.<sup>974</sup> É de se considerar, portanto, diante de uma delicada realidade onde “a globalização é um fato histórico”,<sup>975</sup> a relevância da atuação estatal conformadora da realidade econômica e social, pois, na feliz acepção de Léon Duguit, se constata que o direito público e o direito privado gozam de igual fundamento e nas relações entre governantes e governados

---

01/04/2004, DJ 09/03/2007, rel. Ministro Maurício Correa, p. 30; no mesmo sentido o Acórdão da Mediada Cautelar, j. 13/03/02, RTJ 181, p. 952-959).

<sup>971</sup> SOUZA, 2005, p. 233: “Apenas o intérprete, diante da circunstância com que se depara, digamos num exercício de ‘tópica’ ou numa sentença, decidirá por uma ou por outra, sem afastar definitivamente aquela que fora ocasionalmente preterida, mesmo porque jamais as excluirá do ‘conjunto constitucional’. Em diferente circunstância, dadas as condições diferentes ou opostas, decidirá na direção daquela que fora anteriormente relegada, porém sem excluir definitivamente a primeira.”

<sup>972</sup> FONSECA, 2006, p. 36-37.

<sup>973</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 83.

<sup>974</sup> *Ibid.*, p. 106

<sup>975</sup> GRAU, 2006, p. 55.

“só há e só pode haver uma regra de direito que é sempre a mesma: cooperar na solidariedade social”.<sup>976</sup>

Mais do que nunca é imprescindível distinguir o direito e os saberes jurídicos, dado que aquele é a expressão de instituições que têm caráter e força legitimante, enquanto que a tentativa de apresentar o direito como mero saber configura um “sistema prático especializado” que procura tanto desenvolver técnicas jurídicas, quanto constituir áreas de legitimação para determinados produtos.<sup>977</sup> Assim, o saber jurídico, nas palavras de Maria Ferrarese, “in questo caso lavora ai margini del sistema giuridico, cercando di mobilitare le capacità legittimanti che sono proprie del diritto a favore degli interessi di impresa.”<sup>978</sup>

É impositivo, neste compasso, indagar e mesmo buscar identificar as vias para o exercício das competências do Estado para disciplinar o mercado e afirmar valores sociais capazes de consolidar uma democracia econômica,<sup>979</sup> pois ao buscar conceber um caminho próprio para assegurar o desenvolvimento nacional previsto na Carta Maior é que se estará respondendo ao questionamento sobre o sentido normativo da ordem econômica e nela da própria ideia de desenvolvimento sustentável prevista no texto constitucional.

A reflexão de Amartya Sen revela a esperança de que uma nova economia internacional possa ser concebida em bases renovadas e éticas, para o que, sempre com abertura para o mundo, segue sendo inegável a importância do Estado na garantia de tal dimensão deontica, pois “a verdadeira questão é se existe ou não uma pluralidade de motivações ou se *unicamente* o auto-interesse rege os seres humanos.”<sup>980</sup> Assim, a postura intelectual ambivalente apontada por Ricardo Camargo pode e deve ser enfrentada para ser superada, dentro da realidade histórica, em favor dos valores constitucionais da vida e da liberdade, pois diante do direito internacional dos direitos humanos não é raro constatar que “a soberania se ergue como dogma intransponível”,<sup>981</sup> enquanto que “em se tratando da regulamentação da política econômica, o argumento da soberania é rechaçado como antigualha”.<sup>982</sup> A ampla inclusão social e a formação de escolhas pelos agentes econômicos

---

<sup>976</sup> DUGUIT, 2005, p. 66.

<sup>977</sup> FERRARESE, 2004, p. 41.

<sup>978</sup> *Ibid.*, 2004, p. 41. Tradução livre: “neste caso trabalha nas margens do sistema jurídico, procurando mobilizar as capacidades legitimadoras que são próprias do direito a favor dos interesses da empresa.”

<sup>979</sup> SALOMÃO FILHO, 2002b, p. 63.

<sup>980</sup> SEN, 2005, p. 35.

<sup>981</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de Regulação no Ordenamento Jurídico-Econômico Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 65.

<sup>982</sup> *Ibid.*, p. 65.

pressupõe um nível de informação que seja o mais equilibrado possível.<sup>983</sup> E tal equilíbrio não se confunde com o mérito da observação de Washington Albino de Souza acerca da assumida “ambigüidade”<sup>984</sup> constitucional decorrente dos conflitos sociais, a qual foi sabiamente incorporada ao texto da Constituição, pois, pressupondo que a continuidade da ordem constitucional é o desiderato de todos que têm compromisso com a democracia e a paz, é imponderável qualquer inconstitucionalidade posta pelo Poder Constituinte originário, dado que:

Parece-nos preconceito inaceitável situar-se em posição crítica negativista, aceitando como inevitáveis, contradições aparentes, porque baseadas em premissas mal elaboradas, e assim chegando-se, pela lógica do absurdo, a admitir inconstitucionalidade na própria Constituição, não percebendo que o sentido de ‘ordem’, reinante no espírito desta lei, impede tais conclusões, pelas suas próprias razões intrínsecas.<sup>985</sup>

É assim que, diante do texto da Constituição do Brasil de 1988, cumpre diferenciar e ter bem presente a distinção substantiva entre *serviço público* e *atividade econômica em sentido estrito*, posto que, na reflexão de Eros Grau inspirada em Leon Duguit e Ruy Cirne Lima, o serviço público é caracterizado por ser indispensável para a garantia da coesão e da interdependência social, pois “o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como *serviço público* é a sua vinculação ao *interesse social*”,<sup>986</sup> de tal modo que:

ao exercer atividade econômica em sentido amplo em função de *imperativo da segurança nacional* ou para atender a *relevante interesse coletivo*, o Estado desenvolve *atividade econômica em sentido estrito*; de outra banda, ao exercê-la para prestar acatamento ao *interesse social*, o Estado desenvolve *serviço público*.<sup>987</sup>

E é com maestria que Eros Grau prossegue no tema e identifica a distinção entre *interesse coletivo* e *interesse social*, “ainda que ambos se componham na categoria *interesse público*”,<sup>988</sup> pelo que, nas palavras do próprio doutrinador, “a noção de serviço público, há de ser construída sobre as idéias de coesão e de interdependência social”,<sup>989</sup> dado que:

---

<sup>983</sup> Ibid., 2005, p. 21.

<sup>984</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Constituição Econômica: estudos*. Belo Horizonte: Fund. Brasileira de Direito Econômico, 2000, v. 3, p. 284.

<sup>985</sup> SOUZA, 2000, p. 284. Acerca dos limites da inconstitucionalidade de norma constitucional vide também o Capítulo 2 de nosso *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição*. (TORELLY, 2008, p. 79-146).

<sup>986</sup> GRAU, 2006, p. 130.

<sup>987</sup> Ibid.

<sup>988</sup> Ibid. Vide nota [690](#).

<sup>989</sup> Ibid., p. 135.



Serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).<sup>990</sup>

E a ideia de atividade definida pela Constituição de forma explícita ou *suposta* como indispensável para a coesão e a interdependência social<sup>991</sup> – na qual toma deliberado destaque a expressão *suposta* – coloca em cheque o conceito formal de serviço público, ou seja, aquele que a Constituição identifica expressamente como tal,<sup>992</sup> dado que Eros Grau contrapõe tal formalismo sustentando “ser um conceito aberto o de serviço público, conceito que cumpre preencher com os dados da realidade, devendo sua significação ser resgatada na realidade social”.<sup>993</sup> E “os movimentos de redução e ampliação das parcelas da atividade econômica em sentido amplo que consubstanciam serviço público refletem a atuação das forças sociais em um determinado momento, evidentemente também conformadas pela Constituição”.<sup>994</sup> No entanto tal identificação dos elementos que, dentro de um contexto histórico, possibilitem a definição do serviço público na própria realidade social, não afasta o sentido normativo da Carta Magna, dado que na própria doutrina de Eros Grau se observa que:

Não obstante as dificuldades que se antepõem ao discernimento da linha que traça os limites entre os dois campos ele se impõe: *intervenção* é atuação na área da *atividade econômica em sentido estrito*; *exploração de atividade econômica em sentido estrito* e prestação de *serviço público* estão sujeitas a distintos regimes jurídicos (arts. 173 e 175 da Constituição de 1988).<sup>995</sup>

É importante observar que todas as decisões econômicas se materializam como ato, o que pode dar ensejo a um ato jurídico, tal como a realização de um contrato, ou como ato-fato jurídico, tal como o plantio, razão pela qual a materialização de tais decisões pressupõe a existência de um ordenamento jurídico e, via de consequência, o sentido aberto e material do conceito de serviço público acima referido não compromete os direitos subjetivos dos agentes

<sup>990</sup> Ibid., p. 136.

<sup>991</sup> Ibid.

<sup>992</sup> Ibid., p. 119: “É inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se *serviço público* como atividade sujeita a *regime de serviço público*. Ao afirmar-se tal – que *serviço público* é atividade desempenhada sob esse *regime* – além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia.

Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque *é* serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público.” O autor ainda adverte que tal concepção formal de serviço público reduz o conceito ao “regime de Direito Administrativo” enquanto “regime especial marcado pela submissão dos interesses privados aos interesses públicos” onde se vislumbra um “regime exorbitante do direito comum”. (GRAU, 2006, p. 129 e nota n. 34).

<sup>993</sup> Ibid., p. 110.

<sup>994</sup> Ibid., p. 136.

<sup>995</sup> GRAU, 2006, p. 111.

econômicos (CB, art. 5º, XXXVI), mas preserva o *interesse social* identificado enquanto tal, ou seja, v.g., saúde e educação constituem “direito de todos e dever do Estado” (CB, arts. 196 e 205). Nos termos do art. 173 do texto constitucional há, portanto, uma reserva da atividade econômica em sentido estrito, própria da iniciativa privada, que não poderá constituir serviço público e somente será explorada diretamente pelo Estado diante de *imperativo da segurança nacional* e de *relevante interesse coletivo*,<sup>996</sup> razão pela qual, nas palavras de Eros Grau, “incumbe ao estudioso da Constituição do Brasil buscar tais critérios e subsídios no seu todo (dela, Constituição), o que exige a prévia enunciação de um conceito de *serviço público*”.<sup>997</sup> É assim que Eros Grau invoca o precedente do Recurso Extraordinário 220.999-7-PE, julgado em 24 de maio de 2000, no qual, mesmo diante da reserva de competência prevista no art. 21 da Constituição do Brasil quanto ao transporte interestadual via fluvial,<sup>998</sup> o Supremo Tribunal Federal entendeu não estar caracterizado serviço público, pelo que o referido doutrinador do direito econômico assevera que:

a empresa estatal federal prestava fundamentalmente serviços de transporte fluvial de produtos agrícolas, não sendo possível sustentarmos – o exemplo, na versão que dele tomo, é assim, definitivamente – que a sua prestação é *indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social* (Duguit) ou que ele corresponda a um *serviço essencial, relativamente à sociedade* (Cirne Lima).<sup>999</sup>

Logo, Eros Grau prossegue para concluir “não caber, no caso, a qualificação da atividade de que se cuida (transporte aquaviário) como serviço público”,<sup>1000</sup> pois tal atividade “reclama mera *autorização* para que possa ser empreendida por empresa privada – compreende *atividade econômica em sentido estrito*”,<sup>1001</sup> sendo que “acaso houvesse, no caso, prestação de serviço público, então a sua prestação por uma empresa privada exigiria a obtenção de permissão ou concessão da União, nos termos do disposto no art. 175 da Constituição de 1988”.<sup>1002</sup>

Cabe, por outro lado e ainda que brevemente, referir as atividades desenvolvidas pelas *empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens*, que se caracterizam, nos termos do art.

<sup>996</sup> Ibid., p. 133: “o *interesse social* exige a prestação de *serviço público*; o *relevante interesse coletivo* e o *imperativo da segurança nacional*, o empreendimento de *atividade econômica em sentido estrito* pelo Estado.”

<sup>997</sup> Ibid., p. 128.

<sup>998</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: “Art. 21. Compete à União: [...] XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território.”

<sup>999</sup> GRAU, 2006, p. 133.

<sup>1000</sup> GRAU, 2006, p. 133.

<sup>1001</sup> Ibid.

<sup>1002</sup> Ibid.

223 e com o tratamento especial disciplinado nos arts. 221 e 222, todos da Constituição do Brasil, como “atividade de prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado”,<sup>1003</sup> sendo, portanto, serviço público, dado que:

As relações estabelecidas entre o delegante e o delegado são de direito público – o que satisfaz plenamente inclusive a doutrina que faz residir no regime jurídico o critério, formal, da identificação do serviço público. Sendo assim, sobre ele incide o princípio da continuidade do serviço público.<sup>1004</sup>

Por conseguinte, sobremaneira em face do delineamento do princípio da continuidade do serviço público, Eros Grau invoca a doutrina de Maurice Hauriou para lembrar que “as condições fundamentais de existência do Estado exigem que os serviços públicos indispensáveis à vida da Nação não sofram interrupção”,<sup>1005</sup> no que cabe distinguir as atividades das empresas públicas e das sociedades de economia mista que prestam serviço público, gozando de tratamento privilegiado, daquelas que exercem regime de monopólio,<sup>1006</sup> posto que:

Monopólio é de *atividade econômica em sentido estrito*. Já a exclusividade da prestação dos *serviços públicos* não é expressão senão de uma situação de *privilégio*. Note-se que ainda quando estes sejam prestados, sob concessão ou permissão, por mais de um concessionário ou permissionário – o que nos conduziria a supor a instalação de um *regime de competição* entre concessionários ou permissionários (é o caso da navegação aérea – o art. 21, XII, ‘c’ da Constituição – e dos serviços de transporte rodoviário – arts. 21, XII, ‘e’; 30, V e 25, § 1º da Constituição), ainda então o prestador do serviço o empreende em clima diverso daquele que caracteriza a competição, tal como praticada no campo da *atividade econômica em sentido estrito*. O que importa salientar é a não intercambialidade das situações nas quais de um lado o *serviço público* é prestado, titulares ainda os concessionários ou permissionários de certo privilégio por mais de um deles e o regime de competição que caracteriza o exercício da *atividade econômica em sentido estrito* em clima de livre concorrência.<sup>1007</sup>

Concluindo esta abordagem é possível asseverar que “o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público”,<sup>1008</sup> de tal modo que Eros Grau identifica “três modalidades de *intervenção*: *intervenção por absorção* ou *participação* (a), *intervenção por direção* (b) e *intervenção por indução* (c)”.<sup>1009</sup> Assim, nos

<sup>1003</sup> Ibid., p. 139.

<sup>1004</sup> Ibid., p. 140.

<sup>1005</sup> Ibid., p. 139.

<sup>1006</sup> Ibid., p. 127: “A atuação do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito, como agente econômico, é prevista, pelo texto constitucional, no seu art. 177. Cuida-se, aí, de atuação em regime de monopólio. Apenas esse caso justificaria, já, a menção inicial, contida no preceito veiculado pelo art. 173 do texto constitucional. Além dele, contudo, outro mais encontramos precisamente no referido inciso XXIII do art. 21.”

<sup>1007</sup> GRAU, 2006, p. 140-141.

<sup>1008</sup> Ibid., p. 93.

<sup>1009</sup> Ibid., p. 148.

três casos há intervenção em determinado setor da *atividade econômica em sentido estrito*, sendo que no primeiro caso há intervenção “no” domínio econômico e a *absorção* configura o *regime de monopólio* estatal enquanto que a *participação* configura o Estado atuando em “*regime de competição* com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor”.<sup>1010</sup> Nos dois outros casos há intervenção do Estado “sobre” o domínio econômico enquanto regulador dessas atividades, sendo que ao intervir pela via da “direção” estabelece “normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito”,<sup>1011</sup> enquanto que na indução “manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”.<sup>1012</sup>

Diante do até aqui exposto, onde restaram delimitados os contornos da atuação estatal “no” e “sobre” o domínio econômico,<sup>1013</sup> é fácil identificar no mercado um relevante papel na definição do sistema de preços vigente na economia, o que, entretanto, não afasta a imprescindível vigilância e mesmo a tutela deste pelo conjunto da sociedade diante do possível abuso do poder econômico. E tal se dá sobremaneira diante da necessidade de preservação da ordem pública delineada constitucionalmente, para o que é imprescindível ter presente que “toda a ordem jurídica é social, na medida em que voltada à ordenação social”.<sup>1014</sup> Neste particular o magistério de Luís Eduardo Schoueri acerca do significado e dos limites do que se entende por domínio econômico é elucidativo, pois observa que:

Domínio Econômico há de ser compreendido como aquela parcela da atividade econômica em que atuam agentes do setor privado, sujeita a normas e regulação do setor público, com funções de fiscalização, incentivo e planejamento, admitindo-se, excepcionalmente a atuação direta do setor público, desde que garantida a ausência de privilégios.<sup>1015</sup>

É também acertada a reflexão de Luís Eduardo Schoueri ao ponderar, em sua obra a respeito das normas tributárias indutoras, que “a história da tributação revela a busca de controles para a atuação estatal”,<sup>1016</sup> pois “se o papel do Estado se vê limitado pela atuação da sociedade civil, que reivindica para si papel ativo na construção da liberdade”,<sup>1017</sup> resta

---

<sup>1010</sup> Ibid.

<sup>1011</sup> Ibid.

<sup>1012</sup> Ibid.

<sup>1013</sup> Ibid., p. 102: “*intervenção* (atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito*) e *atuação estatal* (ação do estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*)”.

<sup>1014</sup> GRAU, 2006, p. 71: “poder-se-ia mesmo tudo inverter, desde a observação de que a ordem social – ordem normativa, da sociedade – abrange, além da ordem jurídica positiva, uma ordem ética, inúmeras ordens religiosas e diversas ordens jurídicas não ‘positivadas’.”

<sup>1015</sup> SCHOUERI, 2005, p. 43.

<sup>1016</sup> SCHOUERI, 2006, p. 466.

<sup>1017</sup> Ibid., p. 465.

patente que o “desenvolvimento do princípio da legalidade, que busca no consentimento do contribuinte, diretamente ou por seus representantes, a fundamentação para a tributação, nada mais é que o estabelecimento de limitações”.<sup>1018</sup> E tal desiderato decorre diretamente dos fundamentos da República Federativa do Brasil indicados no art. 1º, bem como de seus objetivos fundamentais, descritos no art. 3º do texto constitucional, pois operam a “superação da dissociação entre a esfera política e a esfera social”,<sup>1019</sup> dado que “aí caminham juntos, voltando-se à realização dos mesmos fins, o Estado e a sociedade”.<sup>1020</sup>

---

<sup>1018</sup> Ibid., p. 466.

<sup>1019</sup> Ibid., p. 131.

<sup>1020</sup> Ibid.

## 5 OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

A análise do tema do direito ao desenvolvimento enquanto direito humano ressalta desde logo a importância da distinção entre os conceitos de direitos fundamentais e direitos humanos, pois Martin Kriele observa que “*Direitos fundamentais são Direito positivo, Direitos humanos são Direito natural*”.<sup>1021</sup> Assim, na reflexão teórica a validade temporal e espacial dos direitos humanos é eterna e se dá em toda a parte,<sup>1022</sup> enquanto que os direitos fundamentais são direitos humanos garantidos institucional e juridicamente, sendo subjetivamente vigentes e podendo ser invocados em juízo. Os direitos fundamentais limitam a atuação privada e o poder dos órgãos estatais, pois são “incompatíveis com a soberania ilimitada do aparato estatal sobre as pessoas, bem como expressão da negação da soberania e da segurança da liberdade por um sistema constitucional de divisão de poderes.”<sup>1023</sup> Onde os direitos humanos não foram institucionalizados, “os catálogos de Direitos humanos são exigências, idéias, esperanças, impulsos, tendências: depende, então, de se fazer dos Direitos humanos Direitos fundamentais.”<sup>1024</sup> Ainda assim, Martin Kriele é taxativo ao observar que não há vencedor na controvérsia entre Jellinek e Boutmy acerca da origem histórica e filosófica dos direitos humanos – na qual o primeiro identifica nas *Bills of Rights* dos estados americanos o testemunho da práxis que antecedeu a própria Revolução Francesa<sup>1025</sup> e o segundo valoriza o significado transcendente<sup>1026</sup> da “declaração filosófica dos Direitos humanos como algo maior e mais significativo do que sua institucionalização jurídica”<sup>1027</sup> –, dado que:

Há uma *relação mútua* entre filosofia iluminista e a Declaração francesa dos Direitos humanos por um lado, e entre o desenvolvimento das Constituições americanas e a propagação do Estado Constitucional no mundo ocidental, de outro. Contemporizar essas influências recíprocas fornece, simultaneamente, um exemplo clássico para as relações entre espírito e política, teoria e práxis, filosofia e Direito.<sup>1028</sup>

<sup>1021</sup> KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático*. Tradução: Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2009, p. 182.

<sup>1022</sup> BOBBIO, 1995d, p. 22-23.

<sup>1023</sup> KRIELE, 2009, p. 183.

<sup>1024</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>1025</sup> JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Tradução: Adolfo Posada. Granada: Comares, 2009, p. 49.

<sup>1026</sup> BOUTMY, Emil. *Estudos de direito constitucional*. Tradução: Lucio de Mendonça. Rio de Janeiro-São Paulo: Laemmert Editores, 1896, p. 305: “O caracter mais distintivo da declaração de direitos franceza é exatamente a prodigiosa fé dos homens de 1789 no imperio da verdade simplesmente enunciada.”

<sup>1027</sup> KRIELE, 2009, p. 182.

<sup>1028</sup> *Ibid.*, p. 183-184.

É, portanto, significativo o registro de Horst Dippel quando observa que “as Declarações de Direitos americanas, obviamente influenciadas pela tradição multissecular da Common Law, evitaram exposições extensas de princípios elevados mas destituídos de consequências jurídicas significativas”,<sup>1029</sup> pois buscaram um modelo de equilíbrio “atribuindo ao indivíduo direitos suscetíveis de serem exercidos, por meio de ações judiciais, contra intromissões do governo e limitando o poder do governo com o fim de assegurar ao indivíduo a protecção dos seus direitos e a bênção da liberdade.”<sup>1030</sup>

Quanto ao direito ao desenvolvimento diante das forças que atuam no mercado é merecedora de especial atenção a reflexão de Calixto Salomão Filho ao constatar que nos dias de hoje está “mais do que comprovada, inclusive do ponto de vista empírico, a relação direta entre concentração do poder econômico e má distribuição de renda”,<sup>1031</sup> pois pondera que:

É preciso reconhecer as diferenças de informação e poder de atuar no mercado. É preciso intervir e não deixá-lo livremente se desenvolver. Essa atuação não deve ser passiva e nem sequer se limitar a reprimir comportamentos abusivos. É preciso intervir diretamente nas estruturas que concentram o poder, estrangulam os canais de comunicação e limitam as informações dos agentes.<sup>1032</sup>

É, via de consequência, necessário refletir sobre a realidade institucional e econômica brasileira diante dos “objetivos fundamentais da República” assentados no art. 3º da Constituição do Brasil, porquanto são explícitos no sentido de apontar para o “desenvolvimento nacional”, a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” que erradique “a pobreza e a marginalização” e reduza “as desigualdades sociais e regionais” buscando “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Tais objetivos, nas palavras de Luís Eduardo Schoueri, não são “um fim em si mesmo, devendo afinar-se com o desenvolvimento humano”,<sup>1033</sup> dado que decorrem dos antecedentes “fundamentos” da República previstos no art. 1º da mesma Carta Magna, onde como tal se vislumbra “a soberania”, “a cidadania”, “a dignidade da pessoa humana”, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” e “o pluralismo político”. É neste sentido que Eros Grau destaca que a Constituição do Brasil não é apenas a Constituição que disciplina a esfera estatal, visto que busca, assentada nesses valores superiores, conformar a vida nas esferas pública e privada, sendo a verdadeira Constituição do

<sup>1029</sup> DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Tradução: António Manuel Hespanha; Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2007, p. 188-189.

<sup>1030</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>1031</sup> SALOMÃO FILHO, 2005, p. 1-23, p. 11-12

<sup>1032</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>1033</sup> SCHOUERI, 2005, p. 2.

Brasil,<sup>1034</sup> pois “tanto o Estado como o mercado são espaços ocupados pelo *poder social*, entendido o *poder político* nada mais do que como uma certa forma daquele”.<sup>1035</sup>

Assim, uma vez que os referidos valores constitucionais, reconhecidos pelo Poder Constituinte originário e placitados no art. 1º da Constituição, fundamentam a própria existência e mesmo a realidade da Nação brasileira, é imperativo buscar os possíveis contornos da ideia de desenvolvimento que tais preceitos ensejam em face do poder econômico. No mesmo sentido se faz necessário identificar a relação que tais valores superiores estabelecem com o exercício das competências constitucionais pelos entes públicos. Tudo isso especialmente considerando uma realidade onde grandes investimentos exigem acúmulo de capital que, em diversos momentos da história, foram suportados pelo Estado,<sup>1036,1037</sup> especialmente diante do risco inerente ao aporte de quantias vultosas sem garantia de retorno do investimento, mas que também ganharam expressão com o surgimento das grandes corporações<sup>1038</sup> e hoje revelam os limites da atuação estatal e com ela do próprio espaço público onde se expressa a liberdade e a diversidade existencial do ser humano na

---

<sup>1034</sup> GRAU, 2006, p. 363: “É isso: a Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico; e, como ela é um dinamismo, [...] é contemporânea à realidade. Quem escreveu o texto da Constituição não é o mesmo que o interpreta/aplica, que o concretiza. Por isso podemos dizer que em verdade não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. Pois o que hoje existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada.”

<sup>1035</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>1036</sup> *Ibid.*, p. 19: “O Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico. Passa por alterações, no tempo, apenas o seu modo de atuar, inicialmente voltado à *constituição* e à *preservação* do modo de produção social capitalista, posteriormente à *substituição* e *compensação* do mercado.”

<sup>1037</sup> CARONE, Edgar. *A república liberal: I - instituições e classes sociais (1945-1964)*. São Paulo: Difusão Editorial S.A., 1985: “um episódio sintomático mostra que a burguesia conquista espaço bastante limitado: diante do perigo da guerra, Getúlio Vargas oferece ao famoso industrial Henrique Lage – e a outros que queriam se associar a ele – o direito de instalar uma usina siderúrgica moderna (a futura Volta Redonda), oportunidade para a burguesia nacional superar o impasse de seu desenvolvimento, passando da indústria de bens de consumo para bens de produção. A resposta é a inexistência, no Brasil, de capitais e *know-how* para um empreendimento deste vulto, o que obriga o governo a tomar a iniciativa da instalação da Companhia Siderúrgica Nacional (1939-1946).”

<sup>1038</sup> GALBRAITH, 1984, p. 109: “Para negócios em uma cidade ou região comercial limitada, a empresa do mercador, com maior ou menor grau de organização, era suficiente. Mas para operações de além-mar – compra e venda de mercadorias a grande distância, em terras primitivas ou culturalmente diferentes – algo mais agigantado era necessário. Em consequência, no início do século XVII surgia a maior realização organizacional do capitalismo mercantil, as companhias de fretamento. Essas companhias, originalmente grupos provisórios de mercadores para uma determinada viagem ou expedição, logo desenvolveram uma estrutura sólida e sofisticada. Em conformidade com a doutrina mercantilista, recebiam a concessão de um monopólio do comércio nas regiões em que ingressavam. Eram também dotadas de algo similar à imortalidade. A Companhia das Índias Orientais – a *Governor and Company of Merchants of London*, que comerciava nas Índias Orientais – recebeu carta-patente de Elisabeth I no último dia de 1600 e sobreviveu durante 274 anos; a Companhia da Baía de Hudson, mais imaginativamente intitulada *Governor and Company of Adventurers of England*, que negociava na Baía de Hudson, recebeu sua carta de Carlos II em 1670 e, naturalmente, ainda existe.”



conformação da pluralidade democrática.<sup>1039</sup> Apenas para exemplificar cabe referir o registro de John Galbraith sobre o impressionante processo de concentração da atividade econômica evidenciado ainda na década de oitenta do século passado, pois observa que:

As mil maiores empresas industriais dos Estados Unidos, todas organizações gigantescas, são atualmente responsáveis por cerca de dois terços de toda a produção privada de bens e serviços; e a concentração da atividade econômica seguiu um curso semelhante nos outros países industriais.<sup>1040</sup>

Tal concentração evidencia a crescente fragilidade do Estado enquanto “veículo para o resgate das camadas sociais desfavorecidas”,<sup>1041</sup> de tal modo que toma relevo a ideia de que “o exercício coletivo da liberdade, por meio da sociedade civil organizada, lembra a liberdade tal qual se descreveu nos primórdios da civilização”,<sup>1042</sup> pois também hoje “não se assegura a liberdade para a realização de fins pessoais, egoístas, e sim para a concretização dos objetivos coletivos.”<sup>1043</sup> No mesmo sentido Peter Häberle é expresso ao constatar que:

el lema básico que cierra el broche como corolário del tema de los derechos básicos en el seno del Estado prestacional sea ‘cumplir con los derechos sociales básicos’, o sea, crear auténticas posibilidades efectivas que hagan posible la realización del principio de igualdad de oportunidades para todos, que, traducido a nivel económico, sería: suprimir barreras económicas insostenibles incluso al precio de limitar los excesos de libertad de que algunos gozan.<sup>1044</sup>

A progressiva limitação da atuação do Estado diante do poder econômico e da crescente internacionalização da economia revela o destaque dos segmentos privados, bem como de tantos outros interessados na omissão do poder público, tal como os gestores ou no mínimo os operadores privilegiados da própria regulação dos mercados.<sup>1045</sup> É aqui, entretanto,

---

<sup>1039</sup> GALGANO, 2005, p. 240: “Ciò che sta accadendo nell’organizzazione del mondo in questa sua fase di trasformazione evoca la formula, suggerita dai fisici, della pari dimensione dell’infinitamente grande e dell’infinitamente piccolo. L’infinitamente grande, nel nostro discorso, è la società globale, che supera i confini nazionali e riduce il pianeta ad unità; l’infinitamente piccolo è la moltitudine delle società nazionali, organizzate a Stato. È possibile cogliere i rapporti che si vanno stabilendo fra le due dimensioni: l’infinitamente piccolo, a volte inconsapevolmente, si sta trasformando per adeguarsi all’infinitamente grande”. Tradução livre: “Isto que está acontecendo na ordem mundial nesta fase de transformações evoca a fórmula, sugerida pelos físicos, da dimensão equivalente entre o infinitamente grande e o infinitamente pequeno. O infinitamente grande, no nosso discurso, é a sociedade global, que supera os confins nacionais e reduz o planeta à unidade; o infinitamente pequeno é a multiplicidade das realidades nacionais, organizadas em Estado. É possível receber as relações que se vão estabelecendo entre as duas dimensões: o infinitamente pequeno, de forma inconsciente, está se transformando para adequar-se ao infinitamente grande.”.

<sup>1040</sup> GALBRAITH, 1984, p. 137.

<sup>1041</sup> SCHOUERI, 2006, p. 464.

<sup>1042</sup> Ibid., p. 464.

<sup>1043</sup> Ibid., p. 464-465.

<sup>1044</sup> HÄBERLE, 2002, p. 196.

<sup>1045</sup> NUSDEO, 2005, p. 223: “A evolução tecnológica, inclusive nas técnicas de planejamento, e o fenômeno da concentração levaram nas últimas décadas ao surgimento das chamadas megaempresas, conglomerados enormes, espalhados pelo mundo, contando em seus quadros dirigentes com sumidades intelectuais, várias providas do próprio setor público, de sorte a poderem exercer com alto grau de proficiência o seu próprio

que se coloca a necessária indagação a respeito do sentido normativo do assentado no art. 219 da Constituição do Brasil.<sup>1046</sup> É importante desde logo observar que ao analisar o teor deste dispositivo constitucional Eros Grau adverte que a dicção no sentido de que o “mercado interno integra o patrimônio nacional” não pode ser tomada como tendo ele sido “integrado ao domínio público ou que constitua *bem de uso comum do povo*, como o meio ambiente”,<sup>1047</sup> mas sim que ele passou a ser “expressão da *soberania econômica nacional*”.<sup>1048</sup>

É, ainda assim, patente o paradoxo decorrente do sentido normativo do comando constitucional em tela, o qual, especialmente diante da injusta realidade nacional, se alinha com o objetivo da nação preconizado no inciso II do art. 3º da mesma Carta Maior.<sup>1049</sup> Ocorre que, nas palavras de Fábio Nusdeo, “é importante distinguir o que vem a ser *desenvolvimento* e o que vem a ser *crescimento*”,<sup>1050</sup> dado que “estatisticamente eles poderão ser confundidos, porque em ambos os casos dá-se um crescimento do PIB”,<sup>1051</sup> entretanto é de se considerar que:

O que varia, num caso e no outro, é que no primeiro, *desenvolvimento*, o crescimento daquela grandeza faz-se concomitantemente com profundas alterações em toda a estrutura do país envolvido, por trazer como consequência uma série enorme de modificações de ordem não apenas econômica, mas também cultural, psicológica e social. São essas modificações que respondem pela sustentabilidade do processo, ou seja, em cada uma das suas fases deverão estar-se criando condições para que ele continue se manifestando nas fases seguintes. É por isso que o desenvolvimento econômico é dito *auto-sustentável*.<sup>1052</sup>

O crescimento econômico, no que pese também representar um crescimento da disponibilidade de bens e serviços, não contempla uma mudança da economia em termos estruturais e qualitativos,<sup>1053</sup> pois “o crescimento é mais um surto, um ciclo e não um processo dotado de estabilidade”.<sup>1054</sup> É possível identificar o aludido paradoxo do desenvolvimento na

---

planejamento estratégico. Tal planejamento envolve a própria criação de mercados pelo condicionamento psicológico da propaganda e pelas técnicas de marketing e merchandising, entre tantas outras. Envolve, igualmente, a definição antecipada de alternativas frente a diferentes cenários públicos – as possíveis medidas de política econômica.”

<sup>1046</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: “Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal.”

<sup>1047</sup> GRAU, 2006, p. 255.

<sup>1048</sup> Ibid., 2006, p. 255.

<sup>1049</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] II – garantir o desenvolvimento nacional;”.

<sup>1050</sup> NUSDEO, Fábio. “Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas.” In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002b, p. 11-24, p. 17.

<sup>1051</sup> NUSDEO, 2002b, p. 17.

<sup>1052</sup> Ibid., p. 17.

<sup>1053</sup> Ibid., p. 18.

<sup>1054</sup> Ibid.

relação entre as esferas pública e privada no campo econômico, a qual foi descrita por Calixto Salomão Filho ao asseverar que:

De um lado, a concepção claramente liberal e passiva do poder de polícia não é suficiente para atender às necessidades de sistemas econômicos com tantas imperfeições estruturais como são as modernas economias capitalistas. De outro, o regime de concessão de serviço público parte de uma imperfeição de fundo quase insolúvel. Assenta suas bases na crença de que é possível transformar agentes privados em persecutores do interesse público. Sendo inviável o Estado realizar todas as atividades econômicas, ele passa a delegá-las aos particulares, acreditando que pode controlá-los através de um regime de Direito Público. Base fundamental para que esse regime funcione é a possibilidade de previsão dos fins da atividade econômica pelo Estado. É necessário, portanto, teorizar o conhecimento econômico, prevendo, com precisão, o fim das atividades dos particulares.<sup>1055</sup>

É significativo, portanto, o teor do acima referido art. 219 da Constituição do Brasil,<sup>1056</sup> o qual fixa três condicionantes para a proteção do mercado nacional, sendo eles o (a) desenvolvimento cultural e sócio-econômico, (b) o bem-estar da população e (c) a autonomia tecnológica do País. E é lapidar, por conseguinte, a reflexão de Ricardo Camargo ao observar que a ideia de desenvolvimento enseja a “progressão em direção a uma situação considerada melhor, mais desejável que a atual”,<sup>1057</sup> dado que “não se pode ter o conceito de desenvolvimento como algo definível ignorando o contexto ideológico em que o vocábulo se insere”,<sup>1058</sup> ou seja:

O contexto ideológico que será tomado é o da Constituição brasileira de 1988, dentro dos pressupostos estabelecidos por Washington Peluso Albino de Souza. Quando se fala no desenvolvimento cultural, mister lembrar o disposto no art. 215, § 1º, do mesmo Texto Constitucional, que faz referência expressa à proteção, pelo Estado, das manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, bem como à de outros grupos que tenham contribuído para a formação do patrimônio cultural pátrio. Isto significa, por outras palavras, a necessidade de se formar uma concepção de desenvolvimento diversa da que identifica este com a ânsia de chegar, pura e simplesmente, ao padrão de vida do Primeiro Mundo, resgatando também as culturas que foram sufocadas durante o processo de colonização.<sup>1059</sup>

É necessário, antes de prosseguir na reflexão acerca do sentido e do significado do direito ao desenvolvimento, bem como da imprescindível atuação democrática do poder público na persecução de tal desiderato, referir como pressuposta a doutrina do *status* jurídico de Georg Jellinek, com justiça identificada por Robert Alexy como “o mais formidável

<sup>1055</sup> SALOMÃO FILHO, 2002b, p. 57-58.

<sup>1056</sup> Vide nota [1046](#).

<sup>1057</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico e direito administrativo*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 93.

<sup>1058</sup> CAMARGO, 2006, p. 93.

<sup>1059</sup> *Ibid.*, p. 93-94.

exemplo de construção teórica analítica no âmbito dos direitos fundamentais.”<sup>1060</sup> Numa breve síntese cabe identificar as quatro posições jurídicas que definem os direitos subjetivos na obra de Georg Jellinek, indo desde a sujeição do cidadão aos deveres e obrigações impostas pelo poder público (*status passivo* ou *status subiectionis*) até o exercício de competências pela cidadania (*status ativo* ou *status activus civitatis*), o que enseja a participação no Estado com o propósito de formação da vontade da coletividade e tem expressão destacada no direito de sufrágio.<sup>1061</sup> Por outro lado, o *status negativo* (*status libertatis*), no rigor da teoria de Jellinek, contemplaria as “liberdades jurídicas não protegidas”<sup>1062</sup>, ou seja, a faculdade do particular de exercer a sua liberdade e desenvolver ações juridicamente irrelevantes, tal como publicar um impresso, saborear um bom vinho ou passear com o seu cão, enquanto que o *status positivo* (*status civitatis*) contemplaria as ações positivas e negativas que o cidadão exige do Estado.

É, entretanto, digna de registro a reflexão de Robert Alexy acerca da classificação daquele grande publicista do século XIX, pois leva em conta a consagrada “terminologia da dogmática dos direitos fundamentais”<sup>1063</sup> e sustenta que o “respeito aos direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa)”<sup>1064</sup> pode ser considerado como integrante do *status negativo* – apenas em sentido amplo diante do rigor da doutrina de Jellinek, que o classifica como *status positivo* –, enquanto que o *status positivo* (*status civitatis*) contemplaria – em sentido estrito na doutrina de Jellinek – apenas o “direito a ações positivas”<sup>1065</sup> do Estado.

Aparte as críticas que a teoria do *status* jurídico de Jellinek recebeu, indo desde supostos limites decorrentes de um alegado excesso de rigor formal, até o questionamento de seu significado em termos normativos e mesmo empíricos, é inequívoca a solidez do caráter analítico da mesma. A importância da distinção entre o “ser” e o “ter” na obra de Jellinek é apenas um aspecto que pode ser considerado, pois, *v.g.*, a garantia do direito de votar e de adquirir livremente uma propriedade define o *status* de uma pessoa, enquanto que o “ter” expresso, *v.g.*, na efetiva aquisição de uma propriedade, será apenas contingente.<sup>1066</sup> É assim que Konrad Hesse identifica nas normas de direitos fundamentais um meio para a inserção do

---

<sup>1060</sup> ALEXY, 2008, p. 269. Vide também: SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 278-281.

<sup>1061</sup> JELLINEK, Giorgio. *Sistema dei diritti pubblici subbiectivi*. Tradução: Gaetano Vitagliano. Roma: Società Editrice Libreria, 1912, p. 193 e 212.

<sup>1062</sup> ALEXY, 2008, p. 267.

<sup>1063</sup> ALEXY, 2008, p. 266.

<sup>1064</sup> *Ibid.*, p. 267.

<sup>1065</sup> *Ibid.*: “Na maioria das vezes quer-se fazer menção ao status negativo em sentido amplo e ao status positivo em sentido estrito.”

<sup>1066</sup> *Ibid.*, p. 255.

cidadão em um *status* jurídico com um dado conteúdo material, ou seja, “um *status* de conteúdo concretamente determinado que, nem para o particular, nem para os poderes estatais, está ilimitadamente disponível.”<sup>1067</sup> A inspiração de Konrad Hesse na doutrina do *status* acertadamente identifica um caráter duplo nos direitos fundamentais, dado que constituem ao mesmo tempo “*direitos subjetivos*”<sup>1068</sup> e “*elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade*”,<sup>1069</sup> pois:

os direitos fundamentais produzem efeito fundamentador de *status*: como direitos subjetivos, eles determinam e asseguram a situação jurídica do particular em seus fundamentos; como elementos fundamentais (objetivos) da ordem democrática e estatal-jurídica, eles o inserem nessa ordem que, por sua vez, pode ganhar realidade primeiro pela atualização daqueles direitos subjetivos.<sup>1070</sup>

A clássica doutrina publicista apresenta, conforme evidenciado, uma sólida e ainda atual base conceitual e teórica que permite identificar com precisão os limites do mercado e entender o significado jurídico do reconhecimento precípua pelas Nações Unidas do “direito ao desenvolvimento como um direito da pessoa humana”<sup>1071</sup> que, conforme aqui sustentado, ainda encontra espaço privilegiado de efetivação dentro da ordem jurídica nacional, pois tal direito ao mesmo tempo define o sentido da organização estatal e coloca os Estados na condição de sujeitos passivos diante de um direito fundamental que “se propõe a requerer todos os esforços possíveis para superar os obstáculos da pobreza e do subdesenvolvimento que impedem a satisfação das necessidades humanas básicas”.<sup>1072</sup> O titular do direito ao desenvolvimento é, por conseguinte, primeiramente a pessoa humana, residindo nos entes estatais os sujeitos passivos que contemplam o povo soberano enquanto agente do processo democrático de conformação das condições para a efetividade de tal direito,<sup>1073</sup> pois por certo a identificação do titular de um direito não autoriza uma leitura paternalista diante do Estado, dado que as garantias de tal direito são dependentes da história dos povos e da qualidade das instituições democráticas conformadas pelo constitucionalismo enquanto condição do poder

---

<sup>1067</sup> HESSE, 1998, p. 230.

<sup>1068</sup> Ibid.

<sup>1069</sup> Ibid.

<sup>1070</sup> Ibid.

<sup>1071</sup> DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 89. Vide, acerca do direito ao desenvolvimento, a invocada Resolução 41/128 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, também referida na Seção 1 do Capítulo 5.

<sup>1072</sup> Ibid., p. 89.

<sup>1073</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Tradução: Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 56-66, jun./set. 1999, p. 61: “O direito do homem ao direito positivo não é um direito do homem ao direito positivo de qualquer conteúdo, senão a um direito positivo que respeita, protege e fomenta os direitos do homem, porque é exatamente o asseguramento dos direitos do homem que fundamenta o direito do homem ao direito positivo.”

assentada na defesa dos direitos da pessoa humana.<sup>1074</sup> Nas palavras de Robert Alexy se vislumbra que diante do conceito de direitos do ser humano “não causa problemas, de um direito do homem do particular falar depois que seu grupo, sua comunidade ou seu Estado é protegido na existência, na identidade ou no desenvolvimento”,<sup>1075</sup> eis que:

O titular de tais direitos, que têm a integração do particular em sua comunidade como objeto e fundamento, permanece o homem particular. Trata-se, em tais direitos, de um alargamento dos direitos individuais à existência e desenvolvimento da personalidade na dimensão da comunidade.<sup>1076</sup>

Sobre o direito ao desenvolvimento e sua intrínseca relação com a máxima efetividade dos direitos fundamentais, Carla Rister, em alentada tese de doutorado, lembra que “o desenvolvimento é uma processo de longo prazo, induzido por políticas públicas ou programas de ação governamental em três campos interligados: *econômico, social e político*”,<sup>1077</sup> os quais com propriedade identifica nos seguintes termos:

O elemento econômico consistiria no crescimento endógeno e sustentado da produção de bens e serviços. O caráter endógeno decorreria do fato de ser fundado nos fatores internos de produção e não, predominantemente, em recursos advindos do exterior. O crescimento dito sustentável decorreria da sua obtenção não por meio da destruição dos bens insubstituíveis. Já o elemento social do processo desenvolvimentista é a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida, mediante a realização, para todo o povo, dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural, como o direito do trabalho, o direito à educação em todos os níveis, o direito à seguridade social, o direito à habitação, o direito de fruição de bens culturais. E finalmente o elemento político, que consiste na chave de abóbada de todo o processo, ou seja, mediante a realização da vida democrática, isto é, a efetiva assunção, pelo povo, do seu papel de sujeito político.<sup>1078</sup>

Aqui, portanto, reside o paradoxo intransponível entre os direitos fundamentais titulados por sujeitos de direito dentro da ordem constitucional e o mero interesse financeiro colocado num espaço mundial sem uma esfera pública que de algum modo estabeleça os limites efetivos para a fruição do mesmo. Ao contrário disso, na constatação crítica de Gilberto Bercovici diante da fragilidade do controle democrático pelos entes estatias sobre

<sup>1074</sup> Ibid, p. 59: “permanece possível fundamentar direitos de coletividade como *meio* para a realização de direitos do homem”. Trata-se da própria essência definidora da redação dos artigos 15 e 22 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, consagrada pela Organização das Nações Unidas no Palais Chaillot, em Paris, em 10 de dezembro de 1948, pois respectivamente consagram: “Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade”; “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.”

<sup>1075</sup> Ibid.

<sup>1076</sup> ALEXY, 1999, p. 59.

<sup>1077</sup> RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 56.

<sup>1078</sup> RISTER, 2007, p. 56.

seus próprios recursos, hoje “o orçamento público deve estar voltado para a garantia do investimento privado, para a garantia do capital privado, em detrimento dos direitos sociais e serviços públicos voltados para a população mais desfavorecida,”<sup>1079</sup> de tal modo que: “O déficit público defendido por autores como John Keynes e Michal Kalecki era o déficit público do pleno emprego. Hoje é o déficit público que garante a remuneração para o capital.”<sup>1080</sup>

Neste aspecto Rudolf von Jhering foi precursor ao escrever, especificamente sobre o interesse nos contratos, advertindo para o fato de que:

No es verdad que el patrimonio constituya el único bien que el Derecho tiene que proteger, como objeto del contrato, y que los demás bienes no puedan llegar a participar de esta protección más que por la vía indicada, esto es, haciéndolos derivados del patrimonio. Esos bienes tienen el mismo derecho que el patrimonio a presentarse ante el juez para ser protegidos por sí mismos; son además indispensables para la vida de un pueblo civilizado, y desde el momento que el *contrato*, esto es, el principio de la organización autónoma individual de la vida, es admitido con relación al *patrimonio*, no se advierte por qué han de ser menos los referidos bienes.<sup>1081</sup>

O sentido irredutível do interesse financeiro, que não remete a nenhum outro valor ou raciocínio que não seja o aspecto econômico, bem como o sentido intransmissível, que não pode ser substituído por outra opção,<sup>1082</sup> resta explícito na passagem na qual Jhering refere que o direito “no distingue si he comprado champagne o aceite, un cuanto o una silla: me deja libre para emplear mi dinero aun para mi placer”,<sup>1083</sup> pois o jurista procura exatamente ampliar o âmbito da proteção contratual, o que não afasta o sentido material da mesma.<sup>1084</sup> Na reflexão utilitarista de David Hume tais opções atomísticas são incondicionalmente referidas ao sujeito de interesse e podem ser identificadas na seguinte passagem: “Os homens nunca seriam tão estúpidos a ponto de assumir compromissos que pudessem ser vantajosos apenas aos outros, sem nenhuma perspectiva de melhorar sua própria condição.”<sup>1085</sup>

<sup>1079</sup> BERCOVICI, Gilberto. *A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica*. In: Separata do Boletim de Ciências Econômicas. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 15.

<sup>1080</sup> Ibid.

<sup>1081</sup> JHERING, Rudolf von. *Tres estudios juridicos: del interes en los contratos; la posesion; la lucha por el derecho*. Tradução: Adolfo González Posada. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1960, p. 17-18.

<sup>1082</sup> FOUCAULT, 2008b, p. 371.

<sup>1083</sup> JHERING, 1960, p. 16.

<sup>1084</sup> Ibid., p. 21: “los romanos han conocido muy bien las tres funciones del dinero que acabamos de distinguir: la función de equivalência, la función penal y la función de satisfacción, y que no han opuesto dificultad alguna al hacer la aplicación de la segunda y de la tercera, de la manera más amplia al par que más enérgica.”

<sup>1085</sup> HUME, David. *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Tradução: Débora Danowski. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009, Livro 3, Parte 2, Seção 9, p. 589.

Logo, na medida em que “não há outro princípio além do interesse”,<sup>1086</sup> David Hume conclui sua reflexão acerca das regras da obediência civil refutando o contratualismo e observando que “se é o interesse que gera primeiramente a obediência ao governo, a obrigação de obediência tem de cessar toda vez que cessa o interesse em um grau significativo, em um número considerável de casos.”<sup>1087</sup> Na leitura da obra de David Hume empreendida por Michael Foucault, o respeito aos contratos “não é porque há contrato, mas porque se tem interesse em que haja contrato”,<sup>1088</sup> pois o comércio é vantajoso e requer segurança, mas “o aparecimento e a emergência do contrato não substituíram o sujeito de interesse por um sujeito de direito”.<sup>1089</sup>

O sujeito de direito possui direitos humanos consagrados pela história e que podem ser concebidos, no plano filosófico, como sendo inatos, mas somente passa a ser sujeito de direitos fundamentais em um sistema positivo no qual é obrigado a aceitar a sua negatividade ao admitir a limitação decorrente da norma jurídica que possui eficácia *erga omnes* e assegura a liberdade dos próprios agentes econômicos, pois um mundo regido apenas pelos interesses será sempre um mundo de conflitos. Por outro lado, a pretensão da *lex mercatoria* de obter a condição de constituição mundial é latente na passagem conclusiva da obra de Fabrizio Marrella, porquanto o autor refere que os litígios equacionados com base nos princípios de tal ordenamento mercantil convergem com a aplicação do direito estatal, todavia, diante de um “eventual” conflito entre as normas estatais e os princípios internacionais de unificação do direito privado (Principi Unidroit),<sup>1090</sup> “se colocaria um problema bem mais complexo que até agora não foi enfrentado e resolvido pelos árbitros”,<sup>1091</sup> ou seja: “Se os árbitros aplicassem os princípios não aplicando a lei competente acabariam por transformar os princípios Unidroit em disposições de ordem pública transnacional.”<sup>1092</sup>

É inegável, via de consequência, o sentido institucional dos direitos fundamentais tutelados pela ordem constitucional e a contraposição ao sentido endógeno dos processos

---

<sup>1086</sup> Ibid., p. 593.

<sup>1087</sup> Ibid.

<sup>1088</sup> FOUCAULT, 2008b, p. 373.

<sup>1089</sup> FOUCAULT, 2008b, p. 373.

<sup>1090</sup> MARRELLA, 2003, p. 279: “Os Princípios Unidroit compreendem certamente aqueles que integram a *lex mercatoria* representada pelos princípios gerais do direito, oferecendo uma enunciação sistemática de altíssimo prestígio.” Texto original: “I Principi Unidroit comprendono certamente quella componente della *lex mercatoria* rappresentata dai principi generali di diritto, offrendone un’enunciazione sistematica di altissimo pregio.”

<sup>1091</sup> Ibid., p. 916. Texto original: “si porrebbe un problema ben più complesso che non è stato ancora affrontato e risolto dagli arbitri”.

<sup>1092</sup> MARRELLA, 2003, p. 916. Texto original: “Se gli arbitri applicassero i Principi disapplicando la legge competente finirebbero con il trasformare i Principi Unidroit in disposizioni di ordine pubblico transnazionale.”



econômicos nas esferas nacionais e sobretudo internacional em sua dimensão financista, razão pela qual “não é possível que a economia seja a própria racionalidade governamental”,<sup>1093</sup> pois o processo econômico é incognoscível e o seu “caráter incontrolável não contesta, mas funda, ao contrário, a racionalidade do comportamento atomístico do *homo oeconomicus*”,<sup>1094</sup> sendo ainda atual o pontificado de Leão XIII na encíclica *Rerum Novarum*, eis que, independentemente do acerto ou não dos pressupostos invocados, com acerto consignou que o remédio para evitar as tensões sociais “é prevenir o mal com a autoridade das leis, e impedir a explosão, removendo a tempo as causas das quais se prevê que possam nascer os conflitos”.<sup>1095</sup>

---

<sup>1093</sup> FOUCAULT, 2008b, p. 389.

<sup>1094</sup> *Ibid.*, p. 383.

<sup>1095</sup> LEÃO XIII. *Rerum novarum*. 16. ed. São Paulo: Paulinas, 2008, p. 40.

## 6 ORDEM ECONÔMICA, DESENVOLVIMENTO E DEMOCRACIA

A prestação de serviços essenciais, a viabilização da infraestrutura, a redução das desigualdades, a integração das minorias e o respeito pela diversidade cultural, bem como a própria garantia da livre concorrência, ainda hoje constituem tarefas essenciais do constitucionalismo e do Estado, o qual, sob pena de comprometer sua própria existência, não pode se limitar ao papel de assegurar a estabilidade de preços e controlar o câmbio, bem como a propriedade e os contratos, eis que o poder econômico não substitui a autoridade estatal de legislar, governar, viabilizar a continuidade do serviço público e disciplinar condutas, ou seja, assegurar a imprescindível coesão social.

Definir o sentido da interação entre ordem econômica, desenvolvimento e democracia é algo que, muito além do imprescindível contorno dogmático, passa pelo cotejo histórico e sociológico anteriormente delineado e constitui tarefa essencial da filosofia política<sup>1096</sup> e, no aspecto institucional, do constitucionalismo. Mesmo que a democracia expresse um sentido universal, pressupõe a ausência de preconceitos de qualquer natureza, pois não existe uma única matriz democrática que possa ser exportada do centro para a periferia econômica mundial, mas democracias cujo denominador comum e importância intrínseca reside na valorização da vida e na respeitosa convivência com o dissenso.<sup>1097</sup> O alcance e o significado universal dos processos democráticos para a humanidade guardam identidade com a luta pelo bem-estar e a superação do arbítrio na história dos povos, pois a advertência de Norberto Bobbio é merecedora de máxima atenção, eis que com a lucidez que caracteriza a sua obra ponderou: “se me perguntassem se a democracia tem um porvir e qual é ele, admitindo-se que exista, responderia tranquilamente que não o sei”.<sup>1098</sup>

---

<sup>1096</sup> ZOLO, Danilo. *Il principato democratico: per una teoria realistica della democrazia*. Milano: Feltrinelli, 1996, p. 204: “Compito essenziale della filosofia politica, secondo la celebre ‘mappa’ disegnata da Norberto Bobbio, è porre interrogativi radicali su temi come la giustificazione del potere, i fondamenti dell’obbligo politico, il buon governo, la stessa definizione di ‘politica’. Personalmente aggiungerei che essa dovrebbe impegnarsi a problematizzare anche le categorie teorico-politiche più consolidate, comprese quelle appartenenti alla tradizione umanistica e democratica occidentale e al suo progetto di emancipazione.” Tradução livre: “Tarefa essencial da filosofia política, segundo o célebre ‘mapa’ desenhado por Norberto Bobbio, é colocar interrogações radicais sobre temas como a justificação do poder, os fundamentos da obrigação política, o bom governo, a própria definição de ‘política’. Pessoalmente acrescentaria que ela deveria empenhar-se em problematizar também as categorias teórico-políticas mais consolidadas, compreendendo aquelas pertencentes à tradição humanística e democrática ocidental e ao seu projeto de emancipação.”.

<sup>1097</sup> SEN, Amartya. *La democrazia degli altri: perchè la liberta non è un’invenzione dell’occidente*. Tradução: Aldo Piccato. Milano: Oscar Mondadori, 2005, p. 79.

<sup>1098</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986b, p. 18.

Neste ensejo cabe uma breve digressão sobre os princípios gerais no contexto da Constituição Econômica, onde se vislumbra diversos dispositivos que interagem e integram a chamada ordem econômica constitucional (Constituição do Brasil, arts. 1º, 3º, 4º, 5º, XVII, XVIII, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXIX, XXXII, LIV LXXI, 6º a 11, 21, 24, I, 37, XIX e XX, 103, § 2º, 149, 170 a 183 e 193 a 232). O *caput* do art. 170 da Constituição do Brasil estabelece a estrutura geral do ordenamento jurídico-econômico consignando que o mesmo está fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo também assentado que a finalidade da política econômica adotada pelo Estado está em assegurar a existência digna a todos, conforme os preceitos da justiça social, adotando, para tanto, alguns princípios norteadores.<sup>1099</sup> É patente que a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa consagram o perfil de uma sociedade capitalista que pretende ser moderna, onde a interação entre os titulares de capital e de trabalho deverá ser viabilizada pela sociedade e pelo Estado, acerca do que Eros Grau observa:

No que concerne ao art. 170, *caput*, nele a expressão *atividade econômica* conota o gênero, e não a espécie. O que afirma o preceito é que toda a *atividade econômica*, inclusive a desenvolvida pelo Estado, no campo dos serviços públicos, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, *atividade econômica* repita-se) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, etc. Nenhuma dúvida pode restar, entendo, quanto à circunstância de, aí, a expressão assumir a conotação de *atividade econômica em sentido amplo*.<sup>1100</sup>

Os princípios da ordem econômica brasileira elencados no art. 170 da Constituição do Brasil começam por consagrar a soberania no campo econômico (CB, art. 170, I), consistindo esta, nas palavras de Lafayette Josué Petter, expressão da própria “autodeterminação da condução da política econômica”.<sup>1101</sup> A soberania econômica expressa uma ampla perspectiva de políticas públicas e incide sobre aspectos ambientais, sanitários e especialmente econômicos com a adoção até mesmo de aparentes discriminações em favor de empresas nacionais em determinados setores, o que sempre pressupõe uma plena sintonia com o texto

<sup>1099</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

<sup>1100</sup> GRAU, 2006, p. 110-111.

<sup>1101</sup> PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica*: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 190.

constitucional.<sup>1102</sup> O comando do art. 170 da Constituição do Brasil não orienta o isolamento nacional, mas deve ser corretamente interpretado de modo que, *v.g.*, sejam adotadas políticas públicas que promovam e estimulem oficialmente o desenvolvimento nacional, o que encontra amparo nos arts. 218 e 219 da Carta Maior concretizados no texto da Lei n. 10.973, de 02.12.04 (Lei de Inovação). No que também merece destaque o disposto no § 4º do art. 218 do texto constitucional,<sup>1103</sup> o qual toma corpo com o teor da Lei n. 11.196, de 21.11.05 (Lei do Bem), pois ambas estabelecem incentivos e benefícios fiscais para, nos termos do art. 1º da primeira lei referida, a “inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do País”.

Nos incisos II e III do art. 170 da Constituição do Brasil está assegurada a garantia da propriedade e da sua função social, o que reforça a orientação do *caput* no sentido da afirmação da justiça social sem, contudo, deixar de proteger este direito típico das economias capitalistas (CB, art. 5º, XXII e XXIII), o qual protege a segurança jurídica dos agentes econômicos que atuam nos mercados. Quanto ao presente tema Inocêncio Coelho advoga uma posição doutrinária peculiar ao destacar os princípios da *função social da propriedade*, da *livre concorrência* e da *defesa do consumidor* como sendo “os mais significativos em nossa constituição econômica formal”.<sup>1104</sup> O mesmo autor com acerto ilustra a “tensão

---

<sup>1102</sup> O art. 171 da Constituição do Brasil foi revogado pela Emenda Constitucional n. 6, de 15.08.1995, sendo esta a redação do mesmo definida pelo Poder Constituinte originário: “Art. 171. São considerados: I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. § 1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: I – conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País; II – estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos: a) a exigência de que o controle referido no inciso II do *caput* se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia; b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno. § 2º Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.”

<sup>1103</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. [...] § 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.”

<sup>1104</sup> COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1407.

hermenêutica”<sup>1105</sup> invocando o voto do Ministro Moreira Alves na ADIn 319/DF,<sup>1106</sup> na qual restou reconhecido pelo STF que:

em face da Constituição de 1988, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência com os princípios da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais em conformidade com os ditames da justiça social – valores inconciliáveis, se vistos em abstrato ou tomados em sentido absoluto –, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.<sup>1107</sup>

Ainda no que diz com a função social da propriedade, é de se referir a presença do Estado na disciplina da locação de imóveis (Lei n. 8.245/91), bem como na restrita determinação da finalidade dos imóveis do Sistema Financeiro da Habitação para “residência do adquirente ou a construção da casa própria”<sup>1108</sup> (arts. 8º e 9º da Lei n. 4.380/64) e mesmo a definição da atuação do controlador e do administrador na sociedade anônima em atenção aos interesses da “comunidade” e da “economia nacional” (arts. 117, § 1º, “a” e 154 da Lei n. 6.404/76), pois a edição da lei da sociedade por ações, nas palavras de Konder Comparato, “veio consagrar, ao que parece definitivamente, o abandono da teoria do exclusivo atendimento dos interesses acionários e, até mesmo, dos interesses intra-empresariais em seu conjunto”.<sup>1109</sup> A disciplina do direito de propriedade em tais circunstâncias ilustra bem a distinção entre *normas restritivas* e *normas não-restritivas* de direitos fundamentais referida por Robert Alexy, dado que alguns direitos fundamentais dependem de configuração legal ordinária: “Garantias constitucionais como as referentes ao matrimônio, à propriedade e ao direito de herança pressupõem normas de direito civil.”<sup>1110</sup> Assim, diante da teoria das garantias institucionais,<sup>1111</sup> a pura e simples derrogação de tais normas feriria o direito subjetivo dos seus titulares,<sup>1112</sup> mas ao mesmo tempo é inequívoco que os institutos jurídicos do direito civil, ao contrário, *v.g.*, dos direitos fundamentais de ir e vir, de manifestação de opinião e de reunião, mas especialmente a vida, dependem de disciplina infraconstitucional

<sup>1105</sup> Ibid., 2009, p. 1408.

<sup>1106</sup> STF: ADIn 319/DF (j. 03/03/93, DJ de 30/04/93, rel. Min. Moreira Alves, “reajuste de mensalidades escolares e princípios gerais da ordem econômica”, p. 53).

<sup>1107</sup> COELHO, 2009, p. 1408.

<sup>1108</sup> CAMARGO, 2001, p. 300.

<sup>1109</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 371.

<sup>1110</sup> ALEXY, 2008, p. 335: “Sem normas sobre o direito de propriedade a garantia constitucional da propriedade não teria sentido.”

<sup>1111</sup> SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Tradução: Jose Diaz Garcia. Madrid: Aguillar, 1971, p. 72: “No se puede poner solemnemente bajo la protección de la Constitución al matrimonio, la religión y la propiedad privada, y que, al tiempo, esa misma Constitución afrezca el método legal para su desconocimiento.”

<sup>1112</sup> ALEXY, 2008, p. 336.

conformadora para serem exercidos. O que, conforme a lição de Jorge Miranda ao abordar a distinção entre normas preceptivas e normas programáticas, expressa apenas “diferenças de estrutura e de projeção no ordenamento”,<sup>1113</sup> pois ainda que a efetividade das normas constitucionais oriente tal distinção entre “normas exequíveis e normas não exequíveis por si mesmas”,<sup>1114</sup> ambas integram a ordem constitucional e são igualmente válidas.<sup>1115</sup> Por consequência, a prevalência de alguns direitos no conjunto dos direitos fundamentais deverá ser aferida judiciosamente mediante a ponderação de valores diante do caso concreto,<sup>1116</sup> conforme evidenciam alguns Acórdãos do STF.<sup>1117</sup>

É também especialmente representativo o disposto no inciso I do § 4º do art. 153 da Constituição sobre o Imposto Territorial Rural (ITR) enquanto expressão do papel indutor da tributação em face da função social da propriedade, pois suas alíquotas devem ser fixadas “de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas”. O mesmo se passa com o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) que, nos termos do art. 182, § 4º, II da Carta Maior, será progressivo no tempo caso o proprietário não promova o adequado aproveitamento do mesmo. Aqui é possível identificar com precisão o efeito “alavanca” da norma tributária indutora, pois esta “é utilizada como meio de induzir o comportamento do contribuinte em esfera que não se relaciona diretamente com a propriedade”,<sup>1118</sup> sendo que o próprio efeito pode “atingir o direito de propriedade”,<sup>1119</sup> no que é imperativa a ponderação de princípios constitucionais em face do princípio da proibição do confisco (CB, art. 150, IV), tendo ênfase a proteção da propriedade econômica. Neste sentido a síntese de Geraldo Ataliba ao asseverar que:

“Capacidade econômica” há de entender-se como real possibilidade de diminuir-se patrimonialmente o contribuinte, sem destruir-se e sem perder a possibilidade de persistir gerando riqueza como lastro à tributação. A violação dessa – pelos excessos tributários – configura confisco, constitucionalmente vedado (além de suprema

---

<sup>1113</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. II, p. 246.

<sup>1114</sup> *Ibid.*

<sup>1115</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000b, p. 80: “Não se nega que as normas constitucionais têm eficácia e valor jurídico diversos umas de outras, mas isso não autoriza recusar-lhes juridicidade.”

<sup>1116</sup> COELHO, 2009, p. 1408-1409.

<sup>1117</sup> STF: Recurso Extraordinário 201.819/RJ (j. 11/10/2005-seg, turma, DJ de 27/10/2006, rel. para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”): “trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como *espaço público* ainda que *não-estatal*” (Excerto do voto do relator, p. 609). ADIn 2806-RS (LEX 296, p. 73-9, DJ de 27/06/03, rel. min. Ilmar Galvão, “liberdade de culto e Estado laico”). ADIn 1950-SP (DJ de 02/06/06, rel. Min. Eros Grau, “direito ao acesso à cultura”). ADIn 3512-ES (DJ de 23/06/06, rel. Min. Eros Grau, “direito à vida.”).

<sup>1118</sup> SCHOUERI, 2005, p. 92.

<sup>1119</sup> *Ibid.*

irracionalidade). Capacidade contributiva e econômica, nesse contexto, são expressões equivalentes.<sup>1120</sup>

A livre concorrência, assentada no inciso IV do art. 170 da Constituição do Brasil, pretende garantir a competição combatendo práticas anticoncorrenciais e de utilização abusiva do poder econômico, sendo assegurada pelo Estado mediante intervenção ou mesmo por indução, pois, ainda que alguns segmentos da economia não aceitem, é inequívoco o caráter estatal das agências reguladoras e dos órgãos de defesa da concorrência.<sup>1121</sup> A livre concorrência reivindica a presença do Estado na busca do ponto de equilíbrio entre produtores e consumidores (arts. 1º, caput, 20, I, 21, VIII, 27, V, 54, caput, da Lei nº 8.884/94).<sup>1122</sup> Neste particular Tércio Ferraz Jr. lembra que “a livre concorrência como um princípio do chamado ‘livre mercado’ não é necessariamente idêntica à livre iniciativa”,<sup>1123</sup> pois o mercado livre representa a “ausência de uma interferência externa no seu próprio funcionamento”,<sup>1124</sup> o que “não quer dizer que livre mercado propicie imediatamente livre iniciativa”.<sup>1125</sup> É, por conseguinte, necessária a ponderação de princípios constitucionais ao considerar que o “livre mercado, protegido pelo princípio da livre concorrência, proporciona competitividade, o que é fator de importância relevante na formação, por exemplo, dos preços”.<sup>1126</sup> Para Luís Eduardo Schoueri, ainda quanto aos efeitos da ordem econômica sobre a tributação, “a limitação à imunidade recíproca, regida pelo artigo 150, § 3º, depende, para sua correta interpretação, da compreensão do conteúdo do art. 173, que se inspira no princípio da livre-concorrência”,<sup>1127</sup> de tal modo que o autor registra que a livre-concorrência também é assegurada pela vedação de discriminações de unidades da Federação, ou do trânsito de pessoas e bens (CB, arts. 150 a 152). O mesmo autor adverte que o tributo cumulativo expressa “maior custo tributário para

<sup>1120</sup> ATALIBA, 1991, p. 76.

<sup>1121</sup> STF: ADIn 2396/MS (j. 08/05/2003, DJ 14/12/01, rel. Min. Ellen Gracie, “veda a fabricação, o ingresso, a estocagem de amianto”: “Presente a necessidade de defesa de interesses do Estado, ante a perspectiva de que a lei impugnada venha a importar em fechamento de um mercado consumidor de produtos fabricados em seu território, com prejuízo à geração de empregos, ao desenvolvimento da economia local e à arrecadação tributária estadual, reconhece-se a legitimidade ativa do Governador do Estado para propositura de ADIn.” (Excerto do Acórdão da Medida Cautelar da mesma ADIn transcrito no voto da relatora, p. 7220).

<sup>1122</sup> STF: ADIn 1094/DF-MC (j. 21/09/1995, DJ 20/04/2001, rel. Min. Carlos Velloso, “livre concorrência e lei antitruste”): “a Lei n. 8.884, de 1994, está embasada nos melhores princípios constitucionais e alinha-se com a legislação dos países mais desenvolvidos, onde impera o regime da livre concorrência, e constitui, de fato, poderoso instrumento colocado nas mãos do Estado para reprimir os abusos do poder econômico e defender os direitos dos consumidores” (Excerto das informações da Advocacia-Geral da União transcrito no relatório do Acórdão, p. 327).

<sup>1123</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Regulamentação da ordem econômica. 4. painel (apresentação no XVII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional). Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, v. 5, n. 18, p. 95-98, jan./mar. 1997, p. 95.

<sup>1124</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>1125</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>1126</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>1127</sup> SCHOUERI, 2005, p. 94.

as empresas que não têm condições de concentrar etapas”,<sup>1128</sup> razão pela qual esta consequência “provoca um efeito indutor, no sentido da concentração da economia”.<sup>1129</sup>

A defesa do consumidor está prevista no inciso V do art. 170 da Constituição do Brasil e, para Eros Grau, dentro da classificação de Canotilho, é um princípio constitucional impositivo,<sup>1130</sup> pois protege o bem-estar econômico do consumidor assegurando produtos e serviços de maior qualidade e preços mais vantajosos, o que está combinado com o inciso XXXII do art. 5º da Constituição do Brasil e foi consolidado com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).<sup>1131</sup> É inegável o sentido de direção da ordem econômica presente na legislação que tutela o consumidor,<sup>1132</sup> sendo que o mesmo inciso V do art. 170 da Constituição do Brasil também orienta a edição de normas indutoras na definição e na proteção dos produtos essenciais mediante tratamento tributário diferenciado, o que pode ser visto pela ótica das necessidades da economia.<sup>1133</sup>

O meio ambiente, por sua vez, está tutelado pelo princípio previsto no inciso VI do art. 170 da Constituição do Brasil em clara limitação da propriedade privada, especialmente a produtiva na indústria e na agricultura, buscando assegurar o interesse maior da coletividade com a dupla função de “realização de fins e execução de tarefas”,<sup>1134</sup> sendo que ganhou concreção sistêmica com os arts. 5º, LXXIII; 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 129, III; 174, § 3º; 200, VIII e 216, V, da Constituição.<sup>1135</sup> A urgência de medidas de proteção ambiental é um

<sup>1128</sup> SCHOUERI, 2005, p. 96.

<sup>1129</sup> Ibid.

<sup>1130</sup> GRAU, 2006, p. 248: “*Princípio constitucional impositivo* (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado.”

<sup>1131</sup> STF: ADIn 2591/DF (j. 07/06/2006, DJ de 29/09/2006, rel. para o Acórdão Min. Eros Grau, “sujeição das instituições financeiras ao Código de Defesa do Consumidor”): “A relação entre banco e cliente é, nitidamente, uma relação de consumo, protegida constitucionalmente (arts. 3º, XXXII e 170, V, da CB/88)” (Excerto do voto do relator, p. 334). “Os agentes econômicos *não têm*, nos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, instrumentos de proteção incondicional. Esses postulados constitucionais – *que não ostentam valor absoluto* – não criam, *em torno dos organismos empresariais*, inclusive das instituições financeiras, *qualquer círculo de imunidade* que os exonere *dos gravíssimos* encargos cuja imposição, *fundada* na supremacia do bem comum e do interesse social, *deriva* do texto *da própria* Carta da República” (Excerto do voto do Min. Celso de Mello, p. 385-386, grifado no original).

<sup>1132</sup> STF: ADIn 2334/DF (j. 24/04/2003, DJ de 30/05/03, rel. Min. Gilmar Mendes, “obriga as distribuidoras de combustíveis a colocarem lacres eletrônicos nos tanques dos postos de combustíveis”: “É fácil ver que os princípios da livre concorrência, da propriedade privada e da livre iniciativa não podem ser concretizados em detrimento do interesse público, especialmente da defesa do consumidor” (Excerto do voto do relator, p. 165).

<sup>1133</sup> SCHOUERI, 2005, p. 97.

<sup>1134</sup> GRAU, 2006, p. 159 e 250-251.

<sup>1135</sup> STF: Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 118/RJ (j. 12/12/2007-tribunal pleno, DJ 29.02.2008, rel. Min. Ellen Gracie, “importação de pneumáticos usados”: “Ponderação entre as exigências para preservação da saúde e do meio ambiente e o livre exercício da atividade econômica (art. 170 da Constituição Federal”, “Constitucionalidade formal e material do conjunto de normas (ambientais e de comércio exterior) que proíbem a importação de pneumáticos usados” (Excertos da ementa do Acórdão).



tema atual e de domínio do conjunto da sociedade. A relevância da questão ambiental decorre da irreversibilidade de algumas ações humanas, tal como a extinção de espécies da flora e da fauna. A dimensão mundial e o sentido dinâmico do problema, bem como a dificuldade de avaliação dos custos e benefícios futuros de uma medida ambiental para uma adequada distribuição de recursos intergerações<sup>1136</sup> definem a gravidade do tema, sendo esclarecedora a reflexão de Faraco de Azevedo ao observar que:

Para superar a crise civilizatória presente, urge mudar de rota, no sentido de uma ecocivilização, em que, respeitando-se os direitos humanos, o homem se reconheça como parte da natureza, e não como seu senhor, que dela pode dispor a seu bel-prazer.<sup>1137</sup>

Diante das desigualdades regionais o teor do inciso VII do art. 170, combinado com os “objetivos fundamentais da República” constantes no art. 3º da Carta Magna – *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* – revela ser inequívoca a importância do planejamento para o desenvolvimento regional combinado com a justiça social e o desenvolvimento nacional.<sup>1138</sup> A adoção de critérios públicos e a transparência na definição e avaliação permanente das prioridades eleitas para as diversas regiões do país é inafastável para o atingimento do propósito de fomentar o desenvolvimento das áreas mais atrasadas economicamente, o que ao final contribui para o desenvolvimento do conjunto da nação. Aqui, diante do profundo reflexo sobre o conjunto da nação, mais do que em qualquer outro dispositivo constitucional, a constituição formal e a constituição material<sup>1139</sup> – *o que não carece da tradicional dicotomia*<sup>1140</sup> – devem observar

<sup>1136</sup> SCHOUERI, 2005, p. 98.

<sup>1137</sup> AZEVEDO, 2008, p. 150.

<sup>1138</sup> STF: Recurso Extraordinário 422.941/DF (j. 06/12/2005-segunda turma, DJ 24.03.2006, rel. Carlos Velloso, “fixação de preços no setor sucroalcooleiro”): “I. – A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CB, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CB, art. 1º, IV; art. 170. II. – Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa” (Excertos da ementa do Acórdão).

<sup>1139</sup> Trata-se da recomendável identidade entre o conteúdo das normas formalmente inseridas no documento constitucional e a realidade constitucional, entendida como conjunto de princípios diretivos da ação de impulso e de coação das forças sociais que remete a uma regra precedente disciplinadora de seus efeitos (MORTATI, 1988, p. 202-203), o que não se confunde com a distinção entre o conteúdo do documento constitucional dotado de rigidez e a disciplina da matéria constitucional naquele texto e em outros textos normativos sem tal garantia, o que pode ser exemplificado com os temas do divórcio e do direito eleitoral, pois no Brasil a disciplina do primeiro integra formalmente o texto constitucional, embora não expresse o sentido material da ordem constitucional, enquanto que as leis ordinárias eleitorais tratam de matéria

uma eterna relação de coordenação voltada para a concretização da plena identidade entre o real e o normativo,<sup>1141</sup> o que pode ser identificado na seguinte passagem da obra de Gilberto Bercovici sobre o tema em foco:

A Constituição não pode ser entendida isoladamente, sem ligações com a teoria social, a história, a economia e, especialmente, a política. Por outro lado, a juridicidade da Constituição é essencial para a teoria material da Constituição aqui proposta. A Constituição real e a Constituição normativa estão em constante contato, em relação de coordenação. Condicionam-se, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. A Constituição não é apenas uma “folha de papel”, não está desvinculada da realidade histórica concreta, mas, também, não é simplesmente condicionada por ela. Em face da Constituição real, a Constituição jurídica possui significado próprio.<sup>1142</sup>

No aspecto em foco é ilustrativa a possibilidade de diferenciação de alíquotas do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) em consonância com as peculiaridades regionais e tendo presente o disposto no inciso VII do art. 170,<sup>1143</sup> todavia é inarredável que a característica nacional do mercado e ao mesmo tempo a competência estadual para instituir tal tributo vedam o arbítrio dos entes da federação em tal matéria com o patrocínio do que se convencionou chamar de “Guerra Fiscal”, a qual sempre foi coibida pelo Supremo Tribunal Federal,<sup>1144</sup> pois enseja “a fragmentação do território em virtude do leilão

---

substantivamente constitucional. Vide ainda, acerca da noção de constituição em diversas concepções jurídicas e da teoria da constituição, a [nota 3](#).

<sup>1140</sup> RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 126-127: “o conceito material de Constituição não é determinado por critérios absolutos e desligados do processo histórico”, pois “de acordo com a visão de Estado predominante, em determinado período, alarga-se ou restringe-se o âmbito da Constituição material.” Na síntese de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a Constituição escrita não contém sempre todas as regras cuja matéria é constitucional” (*Op. cit, infra*), mas, por outro lado, “há regras que, por sua matéria, são constitucionais ainda que não estejam contidas numa Constituição escrita”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 11), sendo digno de nota que para José Afonso da Silva “no sistema de constituição rígida a distinção entre constituição material e formal tem significado irrelevante”. (SILVA, 2000b, p. 210).

<sup>1141</sup> STF: ADIn 1081/DF-MC (j. 22.06.1994, DJ 03.12.1999, rel. Min. Francisco Rezek, “conversão das mesalidades escolares em Unidade Real de Valor (URV)”: “Primeiro, a inicial insiste na referência a um ‘princípio do liberalismo econômico’ que não consigo encontrar na Constituição do Brasil. Algumas propostas da petição inicial parecem insinuar que o Estado não tem a prerrogativa de legislar a propósito; que o Estado não pode estabelecer normas num domínio a ser regido unicamente pela livre vontade das partes, quando se põem a contratar em caráter privado. Sucede que este plenário já desautorizou semelhante tese” (Excerto do voto do relator, p. 44).

<sup>1142</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 287.

<sup>1143</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *ICMS e equilíbrio federativo na constituição econômica*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 65.

<sup>1144</sup> STF, “guerra fiscal”: ADIn’s 1999/SP (RTJ 173, p. 70-74 e LEX 260, p. 142-149, DJ de 31/03/00, rel. Min. Octavio Gallotti); 2021/SP (DJ de 25.05.01, rel. Min. Maurício Corrêa); 2097/PR (DJ de 16/06/00, rel. Min. Moreira Alves) e 1247/PA (DJ de 08/09/95, rel. Min. Celso de Mello).

de favores fiscais, tendo em vista o ingresso de empresas em busca de incentivos de natureza fiscal”.<sup>1145</sup>

A busca do pleno emprego (CB, art. 170, VIII), com o desenvolvimento e o aproveitamento das potencialidades da sociedade e do Estado, é essencial para a própria estrutura social capitalista, pois o mercado é sustentado pela remuneração dos que auferem renda e aquecem a economia consumindo bens e serviços. Aqui, todavia, reside tanto o dever do poder público de fiscalizar o atingimento de metas pelas empresas contempladas com benefícios fiscais e políticas públicas específicas, quanto a restrição e a própria vedação de potenciais antinomias com a irrenunciável proteção devida ao meio ambiente,<sup>1146</sup> pois implica o não esgotamento dos recursos naturais (CB, art. 170, VI).<sup>1147</sup> A atuação do Estado na busca do pleno emprego expressa autêntica política antirrecessiva, o que evoca a ilustrativa sugestão de Keynes retratada por Fábio Nusdeo, ou seja, “se o governo numa época de depressão contratar duas equipes de operários, incumbindo a primeira de abrir buracos e a segunda de fechá-los, isto parecerá inócuo e absurdo sob o ponto de vista físico, mas terá um sentido altamente salutar”<sup>1148</sup> para a macroeconomia. Mesmo que o exemplo de Keynes não tenha sido seguido, hoje, “a abertura e fechamento de buracos converteu-se na legislação sobre o chamado seguro social, inclusive o seguro-desemprego e outras modalidades de ação governamental, justamente designada de ação anti-recessiva ou anticíclica”,<sup>1149</sup> o que aquece a demanda por bens e serviços e preserva postos de trabalho em nome da supremacia da ordem pública.<sup>1150</sup>

O texto constitucional igualmente assegura tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (CB, art. 170, IX), o que também enseja um princípio constitucional

<sup>1145</sup> CAMARGO, 2008, p. 64.

<sup>1146</sup> STF: ADIn 1717/DF (DJ de 25/02/00, rel. Min. Sydney Sanches, “vedação de delegação de atividade típica de Estado”); ADIn 2544/RS (DJ de 08/11/02, rel. Min. Sepúlveda Pertence, “vedação de renúncia de competência”).

<sup>1147</sup> STF: ADIn’s 3540/DF-MC (j. 01/09/2005, DJ de 03/02/06, rel. Min. Celso de Mello, “preservação da integridade do meio ambiente”): “direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade”; “relações entre economia (CB, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CB, art. 225). (Excertos da ementa do Acórdão).

<sup>1148</sup> NUSDEO, 2005, p. 145.

<sup>1149</sup> NUSDEO, 2005, p. 145.

<sup>1150</sup> STF: ADIn 1007/PE (j. 31/08/2005, DJ 24.02.2006, rel. Min. Eros Grau, “inconstitucionalidade da fixação de data de vencimento das mensalidades escolares por lei estadual”): “Ademais, ainda que se considere a educação, quando prestada por particulares, um serviço de natureza não-pública, há que se ter em mente que o nosso ordenamento jurídico, ao consagrar a livre iniciativa como um dos pilares de nossa ordem econômica, não o fez de forma absoluta e desvinculada dos demais princípios que a norteiam, como a proteção do consumidor e a redução das desigualdades regionais e sociais, entre outras. A livre iniciativa e seus princípios estão limitados pela supremacia da ordem pública.” (Excerto do voto vencido do Min. Joaquim Barbosa, que foi acompanhado pelos Ministros Carlos Britto e Celso de Mello, p. 45).”

conformador<sup>1151</sup> e manifesta o reconhecimento pelo Poder Constituinte de 1988 da fragilidade de uma economia sem freios, dado que a tendência para a infinita concentração em grandes estruturas monopolísticas exige tal atenção, o que está detalhado no art. 179 da Carta Maior.<sup>1152</sup> Representa, portanto, a garantia de condições para o pequeno estabelecimento competir no mercado com concorrentes maiores e mais aptos em face do poder econômico e da escala de produção. E a razão de ser deste dispositivo não é outra senão o reconhecimento de que tais empresas, como bem registra José Casalta Nabais, “são responsáveis pela criação e manutenção de muitos postos de trabalho, assegurando assim a maioria do emprego”,<sup>1153</sup> pois também são “fundamentalmente empresas sedentárias, e, de outro lado, as grandes empresas que, por serem cada vez mais configuradas como empresas internacionais ou multinacionais, são basicamente empresas nômadas”.<sup>1154</sup> Ao que cabe acrescentar que as empresas de pequeno porte exigem menos investimento para fomentar o desenvolvimento, são mais versáteis e próximas ao consumidor, não induzem hábitos de consumo com o uso da mídia, sofrem com a grande dificuldade na obtenção de financiamento e, pela dispersão de agentes econômicos que propiciam, reduzem a possibilidade de abuso.<sup>1155,1156</sup> Ainda no parágrafo único do art. 170 da Constituição do Brasil está assegurada a garantia do “livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”, o que valoriza o próprio mercado diante da vedação de intervenção sem autorização legal.

A identificação dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica evidencia que o Poder Constituinte originário levou em conta e foi fortemente influenciado

<sup>1151</sup> GRAU, 2006, p. 259: “Trata-se, formalmente, de *princípio constitucional impositivo* (Canotilho), já que a Constituição como *princípio* o tomou; daí o seu caráter *constitucional conformador*. Não consubstancia, no entanto, como os demais princípios da ordem econômica, uma *diretriz* (Dworkin) ou *norma-objetivo*.”

<sup>1152</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: “Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.” Vide Leis n. 9.841/99 (Estatuto da Microempresa), n. 9.317/96 (Sistema Integrado de pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES) e Lei Complementar n. 123/06 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte).

<sup>1153</sup> NABAIS, José Casalta. *Por um Estado fiscal suportável*: estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 392.

<sup>1154</sup> *Ibid.*, 2005, p. 392-393.

<sup>1155</sup> CANAVEZ, Luciana Lopes. ‘A regulamentação atual das microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil e o projeto de criação da lei geral: supersimples.’ *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Franca. v. 7, n. 12, p. 133-148, 2004: “representam 99,2% do total de empresas formalmente constituídas” e “representam 56,1% do total das pessoas empregadas no País.”

<sup>1156</sup> SOARES, Murilo Rodrigues da Cunha. ‘Microempresas: Tributação inadequada e evasão fiscal.’ *Tributação em Revista*. Brasília. v. 3, n. 8, p.15-20, abr./jun., 1994, p. 15: “Segundo o SEBRAE, as micro, pequenas e médias empresas são responsáveis pela criação de quase 40% do PIB e empregam aproximadamente 80% da mão-de-obra da indústria.”

pela concepção de Constituição dirigente e com ela assumiu o entendimento de que o crescimento econômico, no que pese também representar um crescimento da disponibilidade de bens e serviços, deve estar voltado para o desenvolvimento. Vale dizer que o Estado social aponta para a superação da distinção liberal entre sociedade e Estado. É flagrante o papel de direção e de indução do desenvolvimento econômico que cabe ao Estado, sendo logo sensíveis os efeitos decorrentes da omissão das políticas públicas neste sentido – *seja industrial, comercial, agrícola ou agrária* –, razão pela qual a experiência brasileira de Constituição Econômica pauta a impropriamente denominada crise do direito tradicional e exige o tratamento jurídico da política econômica. A crise, por certo, não é do direito, mas sim do intérprete do *corpus juris*, razão pela qual a indagação de Ernst Forsthoff, acerca da possibilidade de vingar a composição – em um mesmo texto constitucional – de “dos Estados tan distintos, con estruturas jurídicas tan diferentes como las del Estado social de prestaciones y las del Estado de Derecho de libertades”,<sup>1157</sup> encontrou e segue encontrando diversas respostas que confirmam a força normativa da Constituição<sup>1158</sup> em sua plenitude<sup>1159</sup> ao integrar o conjunto da sociedade entre os intérpretes da Carta Magna.<sup>1160</sup>

E é o Direito Econômico que, particularmente, responde tal “crise” concebendo uma *Teoria Geral* que, na reflexão de Washington Albino de Souza, se caracteriza, dentre outras manifestações, pela “inviabilidade da divisão entre Direito Público e Direito Privado”,<sup>1161</sup> pelo “afastamento das linhas de consideração da macro e da microeconomia”,<sup>1162</sup> pela “flexibilização hermenêutica, onde se coloca o instrumento da ‘economicidade’”,<sup>1163</sup> e, por último, pela “afirmação enquanto Direito Positivo, assegurado pelo princípio da ‘ideologia

<sup>1157</sup> FORSTHOFF, Ernst. Problemas constitucionales del Estado social. In: FORSTHOFF, Ernst; ABENDROTH, Wolfgang; Doebling, Karl. *Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 45.

<sup>1158</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 26: “A íntima conexão, na Constituição, entre a normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser falar com o seu objeto, o Direito Constitucional, se conscientize desse condicionamento da normatividade”

<sup>1159</sup> MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 54: “Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentado nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício. Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela.”

<sup>1160</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 34: “um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes ‘não corporativos’ (*nicht-zünftige* Interpreten)”.

<sup>1161</sup> SOUZA, 2005, p. 41.

<sup>1162</sup> Ibid.

<sup>1163</sup> Ibid..

constitucionalmente adotada”<sup>1164</sup>. Assim, o emérito professor da Casa de Afonso Pena e pioneiro do direito econômico no Brasil<sup>1165</sup> é certo ao questionar a tradicional distinção entre direito público e direito privado ao asseverar:

Denunciamos o fato de a divisão entre Direito Público e Direito Privado estar completamente desatualizada diante da realidade jurídica da sociedade atual. No caso específico do Direito Econômico, a política econômica, mesmo traçada pelo Estado, envolve tanto a ação pública e os interesses coletivos quanto a ação e os interesses privados. E, mais ainda, o exercício do Poder Econômico Privado pode levar a tais expedientes e resultar em prejuízo ou em benefício da coletividade e, por isso, seu tratamento não pode mais ficar alheio à ação do Poder Público. Dizemos, portanto, que o Direito Econômico, longe de ser ramo do Direito Público ou do Direito Privado, é um Direito de Síntese, com implicações tanto no setor público quanto no setor privado.<sup>1166</sup>

O Direito Econômico, enquanto direito de síntese, possui assento especial no texto constitucional, pois expressa competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (CB, art. 24, I), de tal modo que encontra no poder público e em especial no legislador democrático o pressuposto delimitador de um espaço público imprescindível para o desenvolvimento sustentável com distribuição de renda e riqueza, bem como para assegurar a própria autonomia privada, pois a definição do bem-estar coletivo decorre de decisões soberanas dos povos.<sup>1167</sup> Nas palavras de Sabino Cassese, “Stato e mercato, pubblico e privato, là dove venivano considerati mondi separati e in opposizione, si presentano come entità interpenetranti,<sup>1168</sup> eis que os dois modelos se apresentam menos distantes e cedem reciprocamente.<sup>1169</sup>

É manifesto que as vontades parciais e em conflito expressas pela livre escolha dos povos soberanos, bem como pela própria cidadania no seio das diversas realidades nacionais, ainda se fazem presentes em forte e substantiva contradição com o poder econômico e sua indiferença diante de limites deontológicos ao protagonizar, ainda que involuntariamente, a exclusão social e mesmo o eventual emprego arbitrário da força, seja ela explícita ou sutil, pois o interesse meramente econômico patrocina “attori opportunisti e cinici in un contesto di

---

<sup>1164</sup> Ibid.

<sup>1165</sup> PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Prefácio. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 7-8, p. 7.

<sup>1166</sup> SOUZA, 2005, p. 108.

<sup>1167</sup> RABKIN, 2005, p. 270: “Setting boundaries to power is what a constitution does. It can not do that job without boundaries between nations.” (Tradução livre: “Colocar limites no poder é o que a constituição faz. Ela não pode cumprir tal tarefa sem limites entre as nações.”).

<sup>1168</sup> CASSESE, 2002, p. 134. Tradução livre: “Estado e mercado, público e privado, onde vinham sendo considerados mundos separados e em oposição, se apresentam como entidades interpenetrantes.”

<sup>1169</sup> Ibid., p. 135.

scarsità che non offre a tutti le stesse prospettive”.<sup>1170</sup> E é considerando tal contexto de escassez que Emílio Santoro, ao identificar a vantagem da jurisdição sobre a edição de dispositivos legais na composição dos conflitos, observa que governar e exercer a autoridade soberana atentando para a capacidade de investimento e a liberdade de ação dos empreendedores significa “cercare di gestire l’ingestibile, di controllare ciò che non può, e non deve, essere posto sotto controllo”,<sup>1171</sup> ou seja, “la libertà degli attori, dalla quale dipende la produzione e la circolazione della ricchezza e, più in generale, lo scambio sociale complessivo,”<sup>1172</sup> pois também pondera que:

La legge non può che limitarsi a definire i limiti generali entro cui i diversi attori/imprenditori possono organizzare le loro attività. La libertà di azione, che si riconosce ai soggetti, è però tanto una risorsa sociale, quanto un “costo” e un fattore di “rischio” che minaccia le relazioni quotidiane. Inevitabilmente, dunque, si moltiplicano e si estendono le occasioni di conflitto e di litigio.<sup>1173</sup>

É, portanto, diante de tão inequívoca realidade, sensível a atualidade da lição de Francesco Carnelutti ao observar em sua obra *Teoria Geral do Direito*, lançada na Itália ainda em 1940, que a regra ética reage contra os conflitos de interesses, de tal modo que: “A função do direito é, pois, reduzir a economia à ética.”<sup>1174</sup>

---

<sup>1170</sup> SANTORO, 2008, p. 39. Tradução livre: “atores oportunistas e cínicos em um contexto de escassez que não oferece as mesmas perspectivas para todos”.

<sup>1171</sup> Ibid. Tradução livre: “procurar gerir o ingovernável, controlar o que não pode e não deve ser colocado sob controle”.

<sup>1172</sup> Ibid. Tradução livre: “a liberdade dos atores, da qual depende a produção e a circulação da riqueza e, mais em geral, o conjunto das interações sociais”.

<sup>1173</sup> Ibid. Tradução livre: “A lei só pode limitar-se a definir os limites gerais nos quais os diversos atores/empreendedores podem organizar as suas atividades. A liberdade de ação, que se reconhece aos sujeitos, é, entretanto, tanto um recurso social, quanto um ‘custo’ e um fator de ‘risco’ que ameaça as relações quotidianas. Inevitavelmente, por consequência, multiplicam-se e estendem-se as ocasiões de conflito e de litígio.”

<sup>1174</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução: Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 2000, p. 104. Edição italiana: *Teoria generale del diritto*. Roma: Foro italiano, 1940.

## 7 CONCLUSÃO DO QUARTO CAPÍTULO

Os compromissos internacionais de afirmação e defesa dos direitos humanos superam a mera relação entre Estados e estabelecem um *standard* mínimo de direitos titulados pelos habitantes dos países signatários de tais avenças, o que, exatamente por estar acima das relações internacionais, esta albergado pela vedação do retrocesso. E aqui é imprescindível distinguir a natureza comutativa e sinalagmática do contrato de direito privado do compromisso humanitário presente na defesa dos direitos e liberdades do ser humano em todo o planeta Terra, o que não se confunde e está acima das normas de relação entre Estados.

A interdependência e o cosmopolitismo internacional hoje conformam nações soberanas enquanto expressão do direito de autodeterminação dos povos em suas escolhas econômicas e sócio-culturais, mas jamais para negar os direitos humanos. Trata-se de razões de humanidade que se impõem diante das “razões do poder”. A democracia institucional delineada no espaço nacional somente está plenamente conformada quando supera tais limitações. Por outro lado, reside no sentido normativo da ordem econômica conformada pela Constituição a essência das condições de afirmação dos direitos sociais e culturais, pois o Estado social desautoriza a contraposição liberal entre sociedade e Estado.

O legado iluminista ainda hoje inspira a liberdade de pensamento, a liberdade de reunião, de manifestação e de associação, bem como respalda o reconhecimento da liberdade da pessoa física pelo “habeas corpus”, a proteção do domicílio, a inviolabilidade da correspondência, o direito de ir e vir à vontade e mesmo o direito de educar os filhos conforme a própria consciência. Mas a universalidade de tal legado não subordina a comunidade ao indivíduo, pois as liberdades econômicas com amparo na propriedade existem respaldadas e devidamente reguladas pelo Estado, ou seja, pela coletividade politicamente organizada, enquanto que os valores iluministas gozam de proteção nacional e subsidiariamente contam com a tutela internacional, que também passa a assumir uma dimensão irrenunciável. É, portanto, no âmbito do constitucionalismo conformado no espaço nacional que estão presentes as condições culturais e institucionais para a efetividade das escolhas democráticas dos povos e o consequente desenvolvimento humano e social.



## CAPÍTULO 5

### CONSTITUCIONALISMO E SOBERANIA: DEMOCRACIA E DESENVOLVIMENTO

1. Democracia, desenvolvimento humano e mercado; 2. Estado, cidadania e sentido da norma na ordem internacional; 3. Os direitos fundamentais diante da democracia representativa e da democracia participativa; 4. A irrenunciabilidade de competências constitucionais: o constitucionalismo e o denominado neoconstitucionalismo; 5. O constitucionalismo nacional e o constitucionalismo mundial: o princípio da subsidiariedade e o multiculturalismo diante das democracias e do desenvolvimento humano dos povos; 6. A soberania nacional e o constitucionalismo hoje: direito dos povos ao desenvolvimento e a um regime democrático; 7. Conclusão do quinto capítulo.

#### 1 DEMOCRACIA, DESENVOLVIMENTO HUMANO E MERCADO

Os imperativos do desenvolvimento e da crescente complexidade da economia mundial desafiam o sentido da ordem econômica delineada no texto constitucional e a própria estabilidade do mundo diante da necessária garantia da paz, a qual deve ser objeto de reflexão e de esforços permanentes de todos os povos enquanto propósito humanista a ser plenamente consagrado, sobretudo tendo presente os aspectos práticos em face dos direitos econômicos, sociais e culturais expressos no *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*.<sup>1175</sup> No texto do referido tratado, editado em 1966, vigente na ordem jurídica internacional desde 3 de janeiro de 1976 e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992, foi reconhecido que:

---

<sup>1175</sup> Adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19.12.1966 (Resolução 2.200-A), em vigor na ordem internacional desde 03.01.1976; aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991 e, uma vez ratificado em 24.01.1992, foi promulgado pelo Decreto 591, de 06.07.1992, publicado no Diário Oficial da União de 07.07.1992.

## Artigo 1º

1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude deste direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.
2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do Direito Internacional. Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.
3. Os Estados-partes no presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas. (Nova York, 19 de dezembro de 1966).<sup>1176</sup>

O direito ao desenvolvimento enquanto direito humano<sup>1177</sup> é especialmente relevante no contexto internacional desde a aprovação pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 4 de dezembro de 1986, da *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*, adotada pela Resolução 41/128 daquele órgão colegiado. E a importância de tal ato decorre exatamente da sua aprovação pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, pois é em tal órgão que encontrou maior reflexo a obra do diplomata suíço Emer de Vattel lançada em 1757,<sup>1178</sup> dado que naquele fórum quase duzentos países de todo o mundo estão representados de forma igualitária.<sup>1179</sup> E tal isonomia é a expressão de um princípio de realidade que assegura a paz entre as nações e a prosperidade decorrente do comércio internacional, razão pela qual se faz possível e necessário afirmar que:

## Artigo 1º

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.
2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos de autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu

<sup>1176</sup> O texto transcrito do art. 1º do *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* é idêntico ao texto do art. 1º do *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, adotado alguns dias antes daquele pela mesma XXI Sessão da Assembleia das Nações Unidas, em 16.12.1966, em vigor na ordem internacional desde 23.03.1976, tendo sido aprovado no Brasil pelo mesmo Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991 e, após a devida ratificação em 24.01.1992, foi promulgado pelo Decreto 592, de 06.07.1992, e publicado no Diário Oficial da União de 07.07.1992.

<sup>1177</sup> Vide também a [Seção 5 do Capítulo 4](#).

<sup>1178</sup> VATTEL, 2004, p. 8: “Um anão é tão homem quanto um gigante: uma república pequena não é menos um Estado soberano do que o mais poderoso dos reinos.” Vide [Seção 4 do Capítulo 1](#).

<sup>1179</sup> Carta das Nações Unidas: “Art. 2. [...] § 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.” É necessário observar o paradoxo de tal preceito diante da previsão de “cinco grandes” países que possuem assento permanente no Conselho de Segurança e o poder de impedir qualquer deliberação sobre questões de natureza não processual (*direito de veto*). Vide notas [288](#), [320](#), [1258](#) e [1259](#).

direito inalienável de soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais. (Nova York, 4 de dezembro de 1986).<sup>1180</sup>

Ao buscar conceber um caminho próprio para assegurar plena efetividade ao disposto no art. 219 da Carta Maior o Brasil, em sintonia com os demais países do mundo, adotando o mesmo enfoque ou em termos análogos assentados no princípio da reciprocidade<sup>1181</sup> e no correlato princípio da isonomia entre as diversas ordens constitucionais nacionais, expressa o sentido normativo do desenvolvimento nacional sustentável previsto no texto constitucional. Não há uma resposta certa ou definitiva para a indagação quanto ao caminho a ser percorrido na afirmação do direito ao desenvolvimento frente ao poder econômico, mas diante de um estatuto de plena igualdade de direitos cabe a cada povo fazer as suas escolhas respeitando os direitos humanos consagrados na ordem internacional. No mesmo sentido as limitações e imperfeições do mercado diante da ideia de liberdade subjetiva do ser humano e da fragilidade de uma liberdade econômica irrestrita – *em termos jurídicos formais delineados exclusivamente pelo contrato de direito privado* – ficam explícitas nas “falhas dos mecanismos do mercado que se apontam como motivadores de uma intervenção do Estado”,<sup>1182</sup> pois são reconhecidas mesmo pelos defensores da mais ampla liberdade de mercado e acabam por desautorizar uma pretensa espontaneidade da economia de mercado. A respeito dos limites do liberalismo econômico – *liberismo* na acepção de Benedetto Croce<sup>1183</sup> – Fábio Nusdeo refere as inoperacionalidades presentes no sistema,<sup>1184</sup> que comprometem a liberdade de concorrência e até mesmo anulam a liberdade ou soberania do consumidor,<sup>1185</sup> e exemplifica advertindo que:

Há também a inoperacionalidade decorrente dos *custos sociais*, pois nem todos os custos recaem sobre as unidades responsáveis por determinadas atividades e assim, custos são, pura e simplesmente, empurrados, jogados para fora da unidade que os gerou para atingirem toda a sociedade. É o *caso típico da poluição*: os custos dos efluentes aéreos ou líquidos expelidos pelas fábricas ou pelos automóveis não

<sup>1180</sup> *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento* da Assembleia-Geral das Nações Unidas, Resolução 41/128, de 4 de dezembro de 1986.

<sup>1181</sup> MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1, p. 100: “O princípio da reciprocidade não é novo e é encontrado em tratados que datam dos séculos XII e XIII. Ele tem dominado a vida jurídica internacional, sendo aplicado tanto no caso de respeito às normas internacionais, como no caso de violação. A ‘reciprocidade é a medida da igualdade’, que é ‘obtida por reação’, ou seja, ela ‘é a igualdade dinâmica’ (E. Decaux). A sua finalidade é atingir um ‘equilíbrio’. A fim de que ele funcione é necessário como pressuposto aceitar o ‘outro’ como sujeito de direito. Ela está ‘na fronteira do fato e do direito’ e possui uma natureza ‘política, jurídica e lógica’ (E. Decaux)”.

<sup>1182</sup> SCHOUERI, 2005, p. 73.

<sup>1183</sup> Vide [Seção 6 do Capítulo 3](#).

<sup>1184</sup> NUSDEO, 1987, p. 16.

<sup>1185</sup> *Ibid.*

recaem sobre quem está conduzindo esta atividade, mas recaem sobre toda a coletividade. *É um custo social que distorce o mercado.*

Por outro lado, a produção de bens coletivos. Nem todos os bens são de uso exclusivo, são individuais e a sociedade necessita de bens que atendam a necessidades coletivas. Para produzi-los é necessário que o Estado atue. E a medida que se concentra a população, que se expande a sociedade, as necessidades por bens coletivos, como *saneamento básico, defesa ecológica, segurança etc. cada vez mais se ampliam.*

Some-se a isso os objetivos de política econômica de cada nação: o pleno emprego, a distribuição da renda, o desenvolvimento e outros que o mercado, de per si, não assegura.<sup>1186</sup>

E é ainda Fábio Nusdeo quem arrola tais inoperacionalidades ao registrar que “as falhas e imperfeições do mercado foram se positivando ao longo de 150 anos”.<sup>1187</sup> No curso de tal período histórico, acerca da viabilidade do mercado, “se tentou ou se imaginou poder operacionalizá-lo com base naquela estrutura institucional relativamente simples ou até simplória assentada no tripé: constituição, códigos de Direito privado e poder de polícia”.<sup>1188</sup> Assim, o autor elenca cinco falhas do mercado que exigem a atuação heterônoma de uma autoridade pública: 1ª) rigidez de fatores: falha de mobilidade; 2ª) assimetria no acesso às informações relevantes: falha de transparência; 3ª) a concentração econômica: falha de estrutura; 4ª) externalidades: falha de sinalização; 5ª) bens coletivos: falha de incentivo.<sup>1189</sup>

A análise de cada uma de tais falhas coloca em destaque, conforme apropriadamente delineado pelo Poder Constituinte no art. 174 da Constituição, a atuação do Estado enquanto agente normativo, fiscalizador, planejador e fomentador da atividade econômica, pois, nas palavras de Eros Grau, o planejamento econômico – “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” nos termos do referido art. 174 do texto constitucional – expressa uma “forma de ação estatal”<sup>1190</sup> que é:

caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, mediante a qual se procura ordenar, sob o ângulo macroeconômico, o processo econômico, para melhor funcionamento da ordem social, em condições de mercado.<sup>1191</sup>

É, portanto, especialmente diante das falhas de mercado que se observa a irrenunciável atribuição do poder público de tutelar o bem comum, dado que o mercado deixado ao seu próprio talante patrocina:

<sup>1186</sup> NUSDEO, 1987, p. 17 (grifo nosso).

<sup>1187</sup> NUSDEO, 2005, p. 141.

<sup>1188</sup> Ibid., p. 141.

<sup>1189</sup> Ibid., p. 141-170.

<sup>1190</sup> GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 65.

<sup>1191</sup> Ibid.

- 1<sup>a</sup>) *Falha de mobilidade: rigidez de fatores* – Diante da impossibilidade ou da dificuldade de os produtores e os consumidores se moverem na direção racional em face de fatores econômicos ou culturais o Estado, como agente regulador e mesmo como produtor ou comprador de vulto, incide diretamente na economia e de forma mediata também adota “tarifas aduaneiras, pelas quais se veiculam normas tributárias indutoras que podem servir de estímulo à mudança de comportamento de produtores ou compradores”.<sup>1192</sup>
- 2<sup>a</sup>) *Falha de transparência: assimetria no acesso às informações relevantes* – A assimetria de informações gera distorções quando, v.g., permite “produtos de qualidades diversas, ou com características negociais diferentes, serem oferecidos aos consumidores sob a aparência de serem equivalentes, gerando no mercado a falsa impressão de excesso de oferta”.<sup>1193</sup> A intervenção do Estado pode ser direta regulamentando atividades e impondo aos agentes certas regras de “pesos e medidas, defesa do consumidor, legislação de mercado de capitais etc.”,<sup>1194</sup> mas no âmbito da indução poderá atuar “incentivando empresas a oferecer seus produtos no mercado de bolsa de valores, onde se submeterão às regras próprias deste (no campo tributário, reduzindo a tributação do ganho de capital auferido em operações negociais nas bolsas)”,<sup>1195</sup> bem como “condicionando a concessão de incentivos (fiscais) a que as empresas adotem a forma de sociedade por ações, sujeitando-se, daí, exigências concernentes a publicação de suas demonstrações financeiras.”<sup>1196</sup>
- 3<sup>a</sup>) *Falha de estrutura: a concentração econômica* – O mercado “pressupõe grande número de produtores e consumidores, de modo que o preço, síntese do encontro das curvas de oferta e demanda, se fixe a partir de um sem-número de transações independentes”,<sup>1197</sup> razão pela qual os monopólios ou oligopólios distorcem tal sistema e podem praticar o “aumento arbitrário de lucros e o abuso do poder econômico objetivando a dominação dos mercados e a eliminação da

---

<sup>1192</sup> SCHOUERI, 2005, p. 74. Vide também: NUSDEO, 2005, p. 142-146.

<sup>1193</sup> Ibid., p. 74-75.

<sup>1194</sup> Ibid., p. 75.

<sup>1195</sup> Ibid.

<sup>1196</sup> Ibid. Vide também: NUSDEO, 2005, p. 146-149.

<sup>1197</sup> Ibid., p. 75. Vide também: NUSDEO, 2005, p. 149-154.

concorrência”,<sup>1198</sup> o que é coibido pela legislação antitruste brasileira (Lei nº 8.884/94), editada em conformidade com o § 4º do art. 173 da Constituição do Brasil.<sup>1199</sup> A hipótese da edição de norma tributária indutora pode ser exemplificada com a “exclusão da opção pela tributação pelo lucro presumido às empresas cujo faturamento ultrapassar limite imposto em lei”.<sup>1200</sup>

4ª) *Falha de sinalização: externalidades* – São caracterizadas pelos “custos e os ganhos da atividade privada que, em virtude de uma falha do mecanismo de mercado, são suportados ou fruídos pela coletividade, no lugar daquele que os gerou”.<sup>1201</sup> Podem ser positivas ou negativas, pois a instalação de uma indústria pode atrair outros investimentos e valorizar uma determinada região, sendo que no aspecto negativo “seu acobertamento por meio do repasse à coletividade implica aumento da atividade indesejada”,<sup>1202</sup> pelo que deve haver a internalização de custos. No caso da externalidade positiva pode haver desestímulo ao seu gerador, quando se faz necessária a intervenção do Estado para, “por meio de vantagens econômicas, incrementar os ganhos daqueles que as provocam, de modo a permitir a contabilidade das vantagens geradas”.<sup>1203</sup> Neste aspecto é digna de nota a reflexão de Luíza Helena Moll em trabalho pioneiro sobre as externalidades de uma economia de mercado globalizada, pois em tal contexto de “internacionalização dos mercados em blocos regionais”<sup>1204</sup> é inegável que “ganham foros de direitos fundamentais o direito do consumo e do ambiente”.<sup>1205</sup> A respeito da tutela ambiental, sem adentrar no mérito de tais políticas públicas, o próprio princípio do poluidor-pagador onera aquele que causa o dano e visa à recuperação ambiental e a reparação das perdas da coletividade, tendo presente “critérios de justiça social, refletindo projeção do princípio da solidariedade, o que no Brasil está inscrito no art. 3º, I, da Constituição do Brasil”.<sup>1206</sup> É possível vislumbrar que, além da regulação direta de determinadas atividades poluidoras, também uma política

---

<sup>1198</sup> SCHOUERI, 2005, p. 75.

<sup>1199</sup> STF: vide nota [1122](#).

<sup>1200</sup> SCHOUERI, 2005, p. 76.

<sup>1201</sup> Ibid. Vide também: NUSDEO, 2005, p. 154-163.

<sup>1202</sup> Ibid.

<sup>1203</sup> Ibid., p. 78.

<sup>1204</sup> MOLL, Luíza Helena. Externalidades e apropriação: projeções sobre o direito econômico na nova ordem mundial. In: CAMARGO, 1995, p. 139-160, p. 142.

<sup>1205</sup> Ibid.

<sup>1206</sup> SCHOUERI, 2005, p. 77-78.

tributária indutora pode reduzir ou agravar a carga tributária para orientar condutas atendendo aos preceitos constitucionais e contemplar o postulado da solidariedade.<sup>1207</sup>

5<sup>a</sup>) *Falha de incentivo: bens coletivos* – No que diz com os bens coletivos, caracterizados pela circunstância de que “um indivíduo fruir deles em nada diminui a fruição por outros”,<sup>1208</sup> é de se referir o ensino, o saneamento, bem como a preservação do patrimônio histórico e cultural, o que também contempla a própria fruição das praças, parques e mesmo uma simples vacina, dado que tal característica acaba por desestimular a produção privada destes bens, de tal modo que “a deficiente provisão de bens coletivos é uma das distorções mais sérias de uma economia cujo processo decisório se baseie essencialmente no mercado”.<sup>1209</sup>

Diante da necessária intervenção estatal na preservação dos bens coletivos e dos mercados nacionais em decorrência da dimensão substantiva dos valores consagrados nos textos constitucionais, os aspectos procedimentais gozam de especial importância para que com o devido processo constitucional seja possível, na lúcida reflexão de Willis Guerra Filho, “prosseguir desenvolvendo e extraindo conseqüências inexploradas das teses fundamentais do positivismo normativista.”<sup>1210</sup> O objetivo, nas palavras de Fábio Nusdeo, passa pelo aberto e transparente esforço de procurar fazer com que “os diversos interesses aflorem, façam-se ouvir, choquem-se e acabem por conduzir a um resultado pelo menos aceitável para todas as partes direta ou indiretamente envolvidas dentro de uma procedimentalização objetiva e eficiente.”<sup>1211</sup>

Quanto ao aspecto substantivo, é digna de nota a reflexão de John Galbraith ao vislumbrar a importância do debate acerca da efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, pois o professor da tradicional Universidade de Harvard observa que quando “não existe uma regra específica”<sup>1212</sup> é necessário ter presente que “a decisão, assim como em

---

<sup>1207</sup> TÔRRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental – os limites dos chamados ‘tributos ambientais’. *Direito Tributário Ambiental*. In: Heleno Taveira Tôres (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 96-156, p. 128.

<sup>1208</sup> SCHOUERI, 2005, p. 78. Vide também: NUSDEO, 2005, p. 154-167.

<sup>1209</sup> NUSDEO, 2005, p. 164.

<sup>1210</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 203.

<sup>1211</sup> NUSDEO, 2005, p. 225.

<sup>1212</sup> GALBRAITH, 1996, p. 86.

outras questões, deve ser tomada com base nos méritos do caso particular”.<sup>1213</sup> E por tal razão completa ponderando que “a educação torna a democracia possível e, junto com o desenvolvimento econômico, torna-a necessária, até inevitável”,<sup>1214</sup> o que somente pode ser entendido no sentido de que as pessoas com instrução e cultura não se submetem ao arbítrio e defendem os seus direitos.

Na feliz referência de Norberto Bobbio a respeito da imprescindibilidade da paz, da democracia e dos direitos do homem e do sentido articulado de tais momentos integrantes do mesmo “movimento histórico”,<sup>1215</sup> é possível constatar que existem diversas alternativas para viabilizar as condições para a consagração da fraternidade e da prosperidade humana em todos os sentidos. Para tal o constitucionalismo, enquanto processo aberto distante de qualquer determinismo e em constante renovação, é de importância inequívoca e singular na história da humanidade ao viabilizar o próprio protagonismo democrático dos povos como sujeitos da afirmação de tais valores, o que é imprescindível para assegurar a preservação de suas respectivas culturas e a concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Com razão Calixto Salomão Filho observa que “o único raciocínio libertador é o anti-sistêmico”,<sup>1216</sup> pelo que invoca a “racionalidade comunicativa”<sup>1217</sup> e a “difusão do conhecimento”<sup>1218</sup> para advogar em favor de “uma teoria econômica procedimental, cujo objetivo é criar condições de um devido processo econômico, permitindo a inclusão mais ampla possível e a formação própria de escolhas pelos agentes econômicos, com o nível de informação mais equilibrado possível”.<sup>1219</sup> O raciocínio antissistêmico é a própria expressão da inventividade e da criatividade humanas, pois não se confunde com a negação da intercomunicação dos campos de conhecimento, o que poderia gerar erros de diagnóstico dos problemas em decorrência da consideração isolada de determinadas características de um dado objeto e das respectivas soluções, o que é especialmente relevante diante da busca de

---

<sup>1213</sup> GALBRAITH, 1996, p. 86.

<sup>1214</sup> GALBRAITH, 1996, p. 82. “Tradicionalmente, pensamos na democracia como um direito humano básico. De fato, ela o é. Mas é também a consequência natural da educação e do desenvolvimento econômico” (Ibid, 1996, p. 81).

<sup>1215</sup> BOBBIO, 1992, p. 1: “O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Ao mesmo tempo o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca do ideal da ‘paz perpétua’, no sentido kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado.”

<sup>1216</sup> SALOMÃO FILHO, 2005, p. 21.

<sup>1217</sup> Ibid..

<sup>1218</sup> Ibid.

<sup>1219</sup> Ibid.



alternativas ao domínio tecnológico por agentes econômicos enquanto credencial para se movimentarem no mercado.

Ocorre que a globalização do mercado sugere e mesmo induz os agentes econômicos e especialmente os consumidores a pensarem em uma “uniformità delle regole giuridiche”,<sup>1220</sup> razão pela qual muitos acreditam que as empresas operam nos mercados mais distantes “perché le norme giuridiche sono divenute uniformi”,<sup>1221</sup> todavia Salvatore Patti é certo ao observar que:

In realtà accade il contrario. Uno dei motivi per cui si privilegiano mercati stranieri è perché le regole sono profondamente diverse e l'imprenditore sceglie i mercati anche alla luce della regola giuridica che dovrà rispettare. La diversità delle regole giuridiche permette di realizzare utili maggiori in alcune parti del mondo piuttosto che in altre. Questo vale non solo per le regole che disciplinano il lavoro subordinato o la tutela dell'acquirente dei beni di consumo ma, ad esempio, anche per quelle che mirano alla protezione dell'ambiente naturale.<sup>1222</sup>

A democracia enquanto princípio constitucional expressa a liberdade e a autodeterminação do povo<sup>1223</sup> para decidir sobre o seu futuro e conferir legitimidade aos governantes,<sup>1224</sup> o que pressupõe a própria edificação popular da organização do ordenamento jurídico fundamental do Estado e de toda a comunidade nos seus aspectos materiais e vitais.<sup>1225</sup> A liberdade, nas palavras de Pietro Barcelona, “se convierte en la medida de un vínculo social libre y de la determinación positivada de fines comunes”,<sup>1226</sup> pois não é pura determinação negativa, ou seja, “limitación de las libertades propias para desarrollar un trabajo dependiente de otros y obtener una compensación dineraria, sino actividad creadora de relaciones de cooperación más ricas de sentido y más libres, más individuales y sociales a la

<sup>1220</sup> PATTI, Salvatore. *Diritto privato e codificazioni europee*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 185. Tradução livre: “uniformidade das regras jurídicas”.

<sup>1221</sup> PATTI, 2004, p. 185. Tradução livre: “porque as normas jurídicas tornaram-se uniformes”.

<sup>1222</sup> Ibid. Tradução livre: “Na realidade ocorre o contrário. Um dos motivos pelos quais são privilegiados os mercados estrangeiros é porque as regras são profundamente diversas e o empreendedor escolhe os mercados também pela ótica da regra jurídica que deverá respeitar. A diversidade das regras jurídicas permite a realização de ganhos maiores em algumas partes do mundo mais do que em outras. Isso vale não apenas pelas regras que disciplinam o trabalho subordinado ou a proteção do adquirente dos bens de consumo, mas, por exemplo, também por aquelas voltadas à proteção do meio ambiente.”

<sup>1223</sup> SIEYÈS, 2001, p. 55: “Uma sociedade política só pode ser o conjunto dos associados. Uma nação não pode decidir que ela não será uma nação, ou que não o será de uma forma, pois isso seria dizer que ela não o é de qualquer outra forma.”

<sup>1224</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. Tradução: Michele Nicoletti; Omar Brino *et al.* Milano: Giuffrè, 2006, p. 378.

<sup>1225</sup> Ibid., p. 54.

<sup>1226</sup> BARCELONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad: el regreso de la vinculación social*. Tradução: Héctor Cláudio Silveira Gorki, José Antonio Estévez Araújo y Juan-Ramón Capella. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999, p. 136.

vez”,<sup>1227</sup> dado que: “Libertad y comunidad ya no se pueden conjugar como conceptos antagónicos.”<sup>1228</sup>

É, via de consequência, necessário delimitar normativamente a eficácia dos direitos fundamentais e os princípios da ordem econômica constitucional diante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A máxima efetividade dos direitos fundamentais e a composição desses com os preceitos da ordem econômica constitucional não são contraditórias e expressam as condições para o desenvolvimento dos povos e o pleno exercício da democracia.

O postulado democrático não pode prescindir do exercício da soberania popular enquanto afirmação do espaço público que estabelece a ascendência da pluralidade sobre a particularidade das instâncias individuais,<sup>1229</sup> o que também impõe a atuação das cortes constitucionais<sup>1230</sup> na tarefa de assegurar as condições de igualdade e liberdade pressupostas para a real e efetiva vigência de tal regime.<sup>1231</sup> O aprofundamento e a maior efetividade do princípio democrático<sup>1232</sup> ainda hoje encontram, por conseguinte, terra fértil nas relações comunitárias e nos espaços institucionais do Estado de Direito, pois tal princípio aspira à estabilidade e constitui condições para a tutela, constante e imparcial, dos direitos fundamentais.<sup>1233</sup>

---

<sup>1227</sup> BARCELONA, 1999, p. 136.

<sup>1228</sup> Ibid.

<sup>1229</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. *Costituzione e sovranità: il senso della democrazia costituzionale*. Bari: Dédalo, 1997, p. 116.

<sup>1230</sup> FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 15.

<sup>1231</sup> BÖCKENFÖRDE, 2006, p. 595.

<sup>1232</sup> COMPARATO, Fábio Konder. ‘A democratização dos meios de comunicação de massa.’ In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 156: “Nos países em que vigora claramente o regime oligárquico sob aparências democráticas, como é o caso do Brasil, a exploração dos mais importantes órgãos de comunicação de massa é feita por grupos empresariais privados, estreitamente afinados com os interesses de sua classe, que controla o governo nacional e o Parlamento. Nesses países o desenrolar das eleições mais importantes faz-se sempre sob a influência decisiva da propaganda veiculada pela grande imprensa, pelo rádio e, sobretudo, pela televisão.” Uma outra abordagem desta questão, conforme será apontado mais adiante, é feita por Danilo Zolo, quando reflete acerca do tema da democracia em sociedades complexas, onde o mecanismo da diferenciação e da autonomização dos diversos âmbitos sociais é imprescindível para assegurar uma estrutura oligárquica de poder, não monocrática, conforme destacado pelo autor, a qual é sustentada pela pluralidade dos “governos privados”: “I regimi che chiamiamo democratici sono più propriamente dei *sistemi autocratici differenziati e limitati*, e cioè, per usare un linguaggio canonico, delle oligarchie liberali. In questi regimi si è realizzato un equilibrio del tutto nuovo, e cioè moderno, fra le istanze opposte della sicurezza e della complessità/libertà.” (ZOLO, 1996, p. 209. Tradução livre: “Os regimes que chamamos democráticos são mais propriamente *sistemas autocráticos diferenciados e limitados*, ou seja, usando um linguajar canônico, são oligarquias liberais. Nestes regimes se realizou um equilíbrio, totalmente novo, ou seja, moderno, entre as instâncias contraditórias da segurança e da complexidade/liberdade.”).

<sup>1233</sup> SARLET, 2009, p. 460.

A construção de instituições que incrementem o comércio internacional e que incorporem e assegurem efetividade para os direitos fundamentais no contexto mundial não se confunde com as aspirações e a singular identidade das diversas culturas existentes no mundo. Mesmo diante da ausência de perspectiva de êxito imediato pela humanidade, a paz universal otimistamente deve ser perseguida em termos multiculturais e não com assento no monismo econômico. Ainda reside nos textos constitucionais editados pelas realidades soberanas o fundamento de validade de todas as normas jurídicas e, com elas, se faz possível a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a própria existência de sistemas de preços orientados por mercados socialmente regulados.

## 2 ESTADO, CIDADANIA E SENTIDO DA NORMA NA ORDEM INTERNACIONAL

A dimensão de temas como o ecossistema da Terra, os mercados financeiros, bem como a tensão presente na produção e na distribuição de bens e serviços e no próprio mercado de trabalho, ultrapassa as fronteiras nacionais. Território ou escala global? Nação e povo ou indivíduos em uma sociedade mundial? Autogoverno ou rede de relações internacionais? Estas questões tensionam os limites da hierarquia nacional de poder diante de matérias como ciência e tecnologia, economia e política, acabando por desvelar uma outra realidade: democracia ou supremacia da força econômica e mesmo militar?<sup>1234</sup> Neste sentido calha uma longa citação da obra de Friedrich Muller, pois o insigne constitucionalista germânico observa que:

Trata-se, sobretudo, de um novo jogo de violência e poder, de um Executivo planetário não-democrático que opera nos bastidores e é formado pelo FMI, pelo Banco Mundial, pela OMC, pela OCDE e pelas cúpulas do G8. Trata-se de uma aplicação tão abstrata quanto brutal dos modelos econômicos e da ideologia da política econômica dos países industrializados mais ricos do Ocidente às sociedades da assim chamada periferia. No seu cerne, a mundialização é uma monetarização mundial. Globalizam-se as leis do capital: maximização do lucro para poucos por meio da política de ofertas, flexibilização dos assalariados por meio da redução dos sistemas de previdência social e das privatizações, impostos reduzidos, isenção de impostos para a escolha de “localizações” de investimentos, liberação das taxas de câmbio e das transferências financeiras – em resumo, desmonte do sistema de Bretton Woods. Segundo este, foram trocadas divisas para financiar o comércio e os investimentos reais – ou seja, num campo que sempre fora o da política e o da responsabilidade democrática dos países individuais. A desregulamentação global, marca registrada do turbocapitalismo, desferiu um golpe mortal também no sistema de 1944, com o resultado de que, na virada de 1999 para 2000, 98% do volume de capitais diariamente flutuantes no montante total de 1,5 trilhões de dólares já era de natureza especulativa (em 1971, esse volume fora apenas de 10%; no modelo econômico mais antigo, 90% se referiam ainda a capitais de investimentos reais).<sup>1235</sup>

<sup>1234</sup> COLOMBO, Alessandro. *La guerra ineguale: pace e violenza nel tramonto della società internazionale*. Bologna: il Mulino, 2006, p. 279: “Il ricorso sempre più frequente alla minaccia o all’uso della forza ha un rapporto indubbio, sebbene inconfessabile, con la certezza dell’impunità, così come la nuova dottrina della guerra preventiva deve la propria razionalità strategica all’impensabilità di un *second strike* da parte dell’avversario.” Tradução livre: “O recurso sempre mais frequente a ameaça ou ao uso da força possui uma relação inequívoca, se bem que inconfessável, com a certeza da impunidade, assim como a nova doutrina da guerra preventiva deve a própria racionalidade estratégica ao sentido inimaginável de um segundo strike pela parte do adversário.” O autor ainda observa que: “La guerra ineguale è l’espressione dell’unipolarismo nella dimensione della violenza” (Ibid., 2006, p. 287) (Tradução livre: “A guerra desigual é expressão do unipolarismo na dimensão da violência.”).

<sup>1235</sup> MÜLLER, 2006, p. 210.

Não é sem sentido que, conforme já referido, Thomas Hobbes realistamente observou que a lei é feita pela autoridade e não pela sabedoria.<sup>1236</sup> No mesmo sentido o realismo de Maquiavel quando refere a existência de “dois modos de combate: um deles é através das leis; o outro é através da força”<sup>1237</sup> e sustenta a necessidade de recorrer ao segundo diante da eventual ineficácia do primeiro, mas admite de forma expressa que: “O primeiro modo é próprio do homem; o segundo, dos animais.”<sup>1238</sup> Noutra passagem fica clara a inquietação republicana de Maquiavel quando de forma precursora sugere o equilíbrio institucional entre ordem e legitimidade, pois mesmo que na época as expressões weberianas “legitimidade” e “legitimação” ainda não fossem adotadas, o diplomata da Florença renascentista afirmou que:

Em todas as cidades há essas duas tendências diversas, devido ao fato de que o povo não deseja ser governado nem oprimido pelos poderosos e de que estes desejam governar oprimindo o povo. Desses dois apetites diferentes, nasce nas cidades um destes três efeitos: governo, liberdade ou desordem.<sup>1239</sup>

O equilíbrio entre legitimidade e ordem ainda está presente nos dias atuais dentro do que é conhecido como constitucionalismo e Estado de Direito, o que é confirmado pela clássica lição de James Bryce lançada em 1901 ao abordar o tema da estabilidade constitucional, pois com acerto estabelece uma fórmula institucional para a lição sociológica de Ferdinand Lassale<sup>1240</sup> ao diferenciar as constituições flexíveis das rígidas tendo como premissa a constatação de que:

La stabilità di una costituzione dipende non tanto dalla sua forma quanto dalle forze economiche e sociali che le stanno dietro e la sostengono; e se la forma della costituzione corrisponde all'equilibrio fra quelle forze, il loro sostegno la conserva immutata.<sup>1241</sup>

---

<sup>1236</sup> Vide notas [115](#) e [145](#).

<sup>1237</sup> MACHIAVELLI, 2003, p. 213.

<sup>1238</sup> Ibid.

<sup>1239</sup> Ibid., p. 165. Na sua obra acerca da história de Florença, o ardor republicano do autor é ainda mais explícito ao, por exemplo, reproduzir o discurso de um participante da revolta armada ocorrida no século XIV entre a plebe e as elites. O levante, que teve início na cidade de Maquiavel em 1378 e se alastrou por diversas partes da Europa até 1385 em um período de recessão econômica, ficou conhecido como Revolta dos Ciompi em face da insurgência dos trabalhadores assalariados da lã, conhecidos como “ciompo”, e pode ser sintetizada no seguinte discurso de um revoltoso: “Não deve assustar-vos a antiguidade do sangue que eles nos jogam ao rosto; porque todos os homens tiveram o mesmo princípio e são, por isso, igualmente antigos, e foram feitos de um mesmo modo pela natureza. Fiquemos todos nus, e vereis que somos semelhantes; e se nos vestirmos com as vestes deles, e eles com as nossas, vereis que, sem dúvida, nos parecemos nobres, e eles, não nobres [ignobili]; porque somente a pobreza e a riqueza nos desigalam”. (MACHIAVELLI, Niccolò. *História de Florença*. Tradução: MF. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 185).

<sup>1240</sup> LASSALE, 1985, p. 11. Vide [nota 248](#).

<sup>1241</sup> BRYCE, James. *Costituzioni flessibili e rigide*. Tradução: Raffaella Niro. Milano: Giuffrè, 1998, p. 23. Tradução livre: “A estabilidade de uma constituição depende não tanto da sua forma quanto das forças econômicas e sociais que estão por trás dela e a sustentam; e se a forma da constituição corresponde ao equilíbrio entre aquelas forças, o seu suporte a conserva imutável.”

Ocorre que a banalização da guerra como meio de solução de controvérsias<sup>1242</sup> não foi sequer minimizada após a II Guerra Mundial e as crises econômicas e conflitos de toda natureza têm revelado um crescente paradoxo diante das próprias definições dos Estatutos de Nuremberg e Tóquio,<sup>1243</sup> colocando os julgadores dos crimes nazistas em contradição com os princípios que invocaram para condenar os vencidos.<sup>1244</sup> A guerra não é mais um fenômeno local e sim cada vez mais um instrumento de disciplina e ordem usado pelo mais forte mediante mera alegação unilateral de presumida ameaça ou diante de agressões reais e difusas – tal como a prática intolerável do terrorismo – que ao final servem apenas para justificar uma escalada de violência em razão de interesses hegemônicos contrariados.<sup>1245</sup>

No plano do *dever ser* a *Carta das Nações Unidas* entrou em vigor em 24 de outubro de 1945 – após ter sido assinada em 26 de junho de 1945, no término da Conferência sobre Organização Internacional, realizada na cidade de São Francisco, ainda sob o impacto da II Guerra Mundial – e a guerra desde então foi legalmente proscriita nas relações internacionais ao ser estabelecido no art. 2º, § 4º que:

Os membros da Organização, em suas relações internacionais, abster-se-ão de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com os propósitos das Nações Unidas.

É importante ter presente que mesmo diante de tantas assimetrias, há princípios históricos que vigoram nas ordens jurídicas internas e pautam as relações internacionais:

<sup>1242</sup> ZOLO, Danilo. *La giustizia dei vincitori: da Norimberga a Baghdad*. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 10: “La guerra sembra pienamente ‘normalizzata’. Lo è nei fatti e lo è, ancor più, nella legittimazione che le maggiori potenze occidentali le accordano in termini espliciti. L’«industria della morte collettiva» è più che mai fiorente, nonostante il generoso ma inefficace impegno dei movimenti pacifisti”. Tradução livre: “A guerra parece plenamente normatizada. Ela o é nos fatos e, ainda mais, na legitimação que as maiores potências ocidentais lhe conferem em termos explícitos. A ‘indústria da morte coletiva’ é cada vez mais florescente, não obstante o generoso, mas ineficaz, empenho dos movimentos pacifistas.”

<sup>1243</sup> SCHABAS, William Anthony. *Princípios gerais de direito penal*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 149-219, p. 198.

<sup>1244</sup> ZOLO, 2006, p. 47: “E si conferma l’amara massima di Radhabinod Pal, il giudice indiano del Tribunale di Tokyo, in frequente polemica con la maggioranza della corte: «solo la guerra persa è un crimine internazionale».” Tradução livre: “E se confirma a amarga máxima de Radhabinod Pal, o juiz indiano do Tribunal de Tóquio, em frequente polêmica com a maioria da corte: ‘só a guerra perdida é um crime internacional’.”

<sup>1245</sup> *Ibid.*, p. 67: “Quando gli assetti politici, economici e militari della ‘stabilità egemonica’ sono minacciati, è inevitabile che le grandi potenze ricorrono all’uso della forza. Solo in casi eccezionali e per brevi periodi la stabilità viene assicurata dal ‘regolare’ funzionamento dei mercati globali, come vorrebbe un’ideologia neoliberista sempre più contraddetta dalle turbolenze dei mercati finanziari e dallo strapotere delle grandi *corporations*.” Tradução livre: “Quando os parâmetros políticos, econômicos e militares da ‘estabilidade hegemônica’ são ameaçados, é inevitável que as grandes potências recorram ao uso da força. Somente em casos excepcionais e por breves períodos a estabilidade é assegurada pelo ‘regular’ funcionamento dos mercados globais, como gostaria uma ideologia neoliberalista cada vez mais contraditada pelas turbulências dos mercados financeiros e pelo poder excessivo das grandes *corporações*.”

*pacta sunt servanda*, *lex posterior derogat priori* e *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*, contraditório, responsabilidade e condenação do abuso de direito. A origem de tais princípios reside na afirmação da própria humanidade e nos valores compartilhados pelas diversas civilizações e culturas, onde o *direito das gentes* toma assento enquanto um fato ou fenômeno que se universaliza, residindo nele o entendimento comum concebido na convivência respeitosa e democrática entre as nações. O direito internacional, tal qual o direito interno das nações, se constitui na construção de sínteses históricas que respeitam e harmonizam os valores e as características culturais mais profundas que identificam nações e povos.

Os sujeitos do Direito Internacional Público consentem histórica e culturalmente com normas advindas de um domínio diverso da inventividade e preferência de cada Estado, portanto imune ao próprio poder de escolha e manipulação em favor dos seus interesses singulares, o que concebe o denominado *jus cogens*<sup>1246</sup> e afirma princípios superiores do Direito Internacional Público, tal como, em apertada síntese: a) não-agressão; b) solução pacífica dos litígios entre Estados; c) autodeterminação dos povos; d) coexistência pacífica; e) desarmamento; f) proibição da propaganda de guerra, g) proibição de genocídio, escravidão, discriminação e segregação racial.<sup>1247</sup>

Por outro lado, o contexto mundial de descolonização, o qual caracterizou o segundo pós-guerra, pautou o questionamento de alguns princípios – *dependentes da conjuntura e das relações internacionais* – vigentes nas ordenações jurídicas nacionais no âmbito das relações internacionais, ou seja, o *direito adquirido* e a *justa indenização pela nacionalização de bens estrangeiros*. A ideologia da resistência ao tirano e o racionalismo iluminista democratizaram a ideia de contrato social na definição das ordens jurídicas nacionais e ajudaram a forjar o que se conhece como Estado de Direito, fundado na razão e no direito positivo assentado nas leis e costumes que antecedem e limitam o próprio poder.<sup>1248</sup> Assim, pode-se afirmar que é sobre o consentimento do conjunto dos Estados que repousa a validade dos princípios gerais enquanto normas jurídicas na ordem internacional, sendo que um consentimento é muito mais

<sup>1246</sup> CASSESE, 2006, p. 199: “oggi gli Stati riconoscono l’esistenza di un insieme di norme che incorporano valori *supremi* dell’ordinamento giuridico internazionale nel suo complesso, che non sono quindi negoziabili.” Tradução livre: “hoje os Estados reconhecem a existência de um conjunto de normas que incorporam valores supremos do ordenamento jurídico internacional no seu conjunto, que consequentemente não são negociáveis.”

<sup>1247</sup> CASSESE, 2006, p. 199.

<sup>1248</sup> ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade*: ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 15: “O universalismo ilustrado gerou efeitos políticos importantes, como a condenação de qualquer forma de racismo, de colonialismo, de sexismo.”

perceptivo – *por princípio lógico* – do que criativo através de tratados e acordos. É paradigmática, desse modo, a definição de “norma imperativa de Direito Internacional geral” (*jus cogens*) assentada no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados,<sup>1249</sup> cuja redação dispõe que:

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.<sup>1250</sup>

Neste aspecto tomam relevo as fontes do Direito Internacional Público, sendo elas: os tratados, os costumes internacionais e os princípios gerais do *direito das gentes*. É, portanto, necessário indagar se a diversidade de virtudes que, na reflexão humanista de Amartya Sen,<sup>1251</sup> universalizaram os valores democráticos, estão presentes nas múltiplas relações entre culturas e nações, sendo elas:

- a) Importância intrínseca da participação política e da liberdade.<sup>1252</sup>
- b) Importância instrumental dos estímulos políticos para assegurar que os governos sejam responsáveis e possam ser avaliados pelo povo.<sup>1253</sup>
- c) Papel construtivo da democracia na formação de valores e na definição de necessidades, direitos e deveres.<sup>1254</sup>

A referência de Amartya Sen aos princípios e valores democráticos revela um contraste diante dos limites da agenda democrática no âmbito das relações internacionais, pois

<sup>1249</sup> Considerada como um “tratado dos tratados”, definidor de princípios e regras universais na exegese e aplicação dos tratados internacionais, a conclusão da Convenção sobre o Direito dos Tratados se deu em Viena, em 23/05/1969, tendo entrado em vigor na ordem jurídica internacional em 27/01/1980 ao atingir o número mínimo de 35 ratificações previsto na mesma. No âmbito da República Federativa do Brasil, após muitos anos de tramitação no Congresso Nacional, entrou em vigor com reservas ao ser publicado, em 14/12/2009, o Decreto 7.030/09, editado pela presidência da República, sendo que hoje o Brasil debate a aprovação de um novo pacto, ainda não em vigor na ordem internacional, que pretende contemplar as organizações internacionais nos termos daquela convenção para conferir segurança jurídica e incrementar a cooperação internacional além dos Estados.

<sup>1250</sup> São também importantes – para o pleno entendimento da definição de *jus cogens* enquanto termo de referência para a invalidação de tratados internacionais que contrariem a ordem pública internacional – o disposto no art. 64 e na alínea “a” do art. 66, onde, respectivamente, consta que: “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.”; “qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação dos artigos 53 ou 64 poderá, mediante pedido escrito, submete-la à decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia a arbitragem.”.

<sup>1251</sup> SEN, Amartya. *La democrazia degli altri: perchè la liberta non è un’invenzione dell’occidente*. Tradução: Aldo Piccato. Milano: Oscar Mondadori, 2005, p. 66.

<sup>1252</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>1253</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>1254</sup> *Ibid.*, p. 67.



a desigualdade, assentada na existência de membros permanentes com poder de veto dentro do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (EUA, Reino Unido, França, Rússia e China),<sup>1255</sup> evoca a concepção mítica do estado de natureza, onde o mais forte impõe as suas regras aos demais.<sup>1256</sup> Mas o agravante contemporâneo consiste no fato de que a guerra não é mais monopolizada pelas decisões do Conselho de Segurança da ONU,<sup>1257</sup> pois decorre de decisão unilateral das grandes potências e da proeminente liderança norte-americana.<sup>1258</sup>

Neste aspecto é importante retomar a controvertida diferenciação entre direito da guerra (*ius in bello*), conhecido como direito humanitário internacional, e direito à guerra (*ius ad bellum*),<sup>1259</sup> dado que usualmente são diferenciados pela doutrina como sendo:

- a) Direito da guerra (direito aplicável na guerra): as quatro Convenções de Genebra de 1949 (proteção dos feridos e enfermos, tratamento dos prisioneiros e proteção dos

<sup>1255</sup> REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26: “A *igualdade soberana* entre todos os Estados é um postulado jurídico que concorre, segundo notória reflexão de Paul Reuter, com sua *desigualdade de fato*: dificilmente se poderia aplicar, hoje, sanções a qualquer daqueles cinco Estados que detêm o poder de veto no Conselho de Segurança da ONU.”

<sup>1256</sup> HOBBS, 1997, Capítulo XIV, p. 113.

<sup>1257</sup> As decisões do *Conselho de Segurança* da Organização das Nações Unidas, na atual conformação institucional da entidade (art. 23 da Carta da ONU), constituem a fonte mais alta de legitimidade e legalidade internacionais, devendo se dar pelo voto afirmativo de 9 dos 15 membros, sendo sempre necessária a concordância dos membros permanentes (EUA, França, Grã-Bretanha, China e Rússia). Neste sentido Nina Ranieri também observa que: “Como não se encontram definidos na Carta os critérios jurídicos pelos quais o Conselho deve tomar suas decisões, estas são definidas em razão das manifestações discricionárias de seus membros, o que o caracteriza como um órgão eminentemente político. A única limitação jurídica que se impõe ao Conselho é a de agir conforme os princípios da Carta.” (RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Um conceito mais amplo de liberdade: desenvolvimento, segurança e direitos humanos para todos? – multilateralismo e cidadania mundial. *Política Externa* (USP), São Paulo, v. 14, n. 2, p. 25-39, 2005, p. 34-35).

<sup>1258</sup> No triste episódio da II Guerra do Iraque a resistência da ONU em se submeter às pressões do Reino Unido e dos EUA, bem como a longa e insistente tentativa dos agressores de obter a legitimidade do Conselho de Segurança somente revelaram a credibilidade do sistema, o que não se confunde com a efetividade, pois esta ainda depende da força militar, econômica e do estatuto institucional da ONU (vide notas [288](#) e [1257](#)). O certo é que a opinião pública mundial na ocasião se manifestou em eventos públicos em diversas cidades do planeta e julgou o agressor configurando a ilegitimidade deste, o que no mínimo incentiva o aprimoramento dos mecanismos de coerção internacionais, dentre os quais o sistema da ONU – *que necessariamente deve ser democratizado* – é vital para a paz mundial. Sobre o entendimento do que seja a opinião pública vide as notas [290](#), [324](#), [1266](#), [1290](#), [1294](#).

<sup>1259</sup> ZOLO, 2000, p. 113: “Bobbio stesso, pur condividendo le posizioni del ‘pacifismo giuridico’, ha avanzato questa tesi in polemica diretta con i moderni fautori della dottrina del *iustum bellum*. La guerra moderna – ha scritto Bobbio in un suo saggio degli anni sessanta – si è posta al di fuori di ogni possibile criterio di legittimazione e di legalizzazione: essa è incontrollata e incontrollabile dal diritto come un terremoto o come una tempesta. Dopo essere stata considerata prima come un mezzo per attuare il diritto (dalla teoria della ‘guerra giusta’) e poi come un possibile oggetto di regolamentazione giuridica (nell’evoluzione del *ius in bello*) la guerra oggi è ritornata ad essere, ha sostenuto Bobbio, l’antitesi del diritto.”. Tradução livre: “O próprio Bobbio, embora compartilhando as posições do ‘pacifismo jurídico’, evoluiu nesta tese em polêmica direta com os modernos defensores da doutrina do *iustum bellum*. A guerra moderna – escreveu Bobbio em um ensaio dos anos sessenta – foi excluída dentre os critérios possíveis de legitimação e de legalização: ela é descontrolada e incontrolável pelo direito como um terremoto ou como uma tempestade. Depois de ter sido considerada antes como um meio para a atuação do direito (pela teoria da ‘guerra justa’ e depois como um possível objeto de regulamentação jurídica (na evolução do *ius in bello*) a guerra hoje voltou a ser, sustentou Bobbio, a antítese do direito.”

civis) e a pauta mínima de humanidade que veda tortura, tomada de reféns, tratamento humilhante ou degradante, condenações e execuções sem julgamento prévio.

- b) Direito à guerra: no passado já foi uma opção lícita para o deslinde de conflitos entre Estados, tal como o barbarismo do duelo na ordem interna. A edição da Carta da ONU proscreeu a guerra e buscou conceber o monopólio legítimo da força pelo Conselho de Segurança. A expressão “guerra justa” perdura diante de duas situações, quando o uso da força é tolerado: legítima defesa real contra uma agressão armada e luta pela autodeterminação de um povo contra a dominação colonial.

A Constituição do Brasil toma posição, pois consagra, no inciso VII do art. 4º, a “solução pacífica dos conflitos” como princípio das relações internacionais do Brasil e estabelece, no inciso XIX do art. 84, a competência privativa do Presidente da República para, mediante autorização do Congresso Nacional, “declarar a guerra, no caso de agressão estrangeira”.<sup>1260</sup> Por outro lado, tomando a definição de Hildebrando Accioly, na qual observa que a guerra consiste no “emprego de força armada para submeter a parte contra à qual é utilizada, à vontade de quem a utiliza”,<sup>1261</sup> bem como tendo presente que a “guerra de agressão” é ilegítima diante da ordem internacional, pois é essencialmente caracterizada pela violação do Direito Internacional (tratados, costumes e princípios gerais do direito internacional),<sup>1262</sup> a incidência de guerras sem qualquer punição dos responsáveis revela que a tônica das relações internacionais ainda reside na supremacia da força e não no direito.

A Organização das Nações Unidas, no episódio da deflagração da II Guerra do Iraque em 2003, sofreu o mais grave golpe de sua história diante do descaso para com a posição do

<sup>1260</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: “Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – *prevalência dos direitos humanos*; III – *autodeterminação dos povos*; IV – *não-intervenção*; V – igualdade entre os Estados; VI – *defesa da paz*; VII – *solução pacífica dos conflitos*; VIII – *repúdio ao terrorismo* e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X – concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.” [...] “Art. 21. Compete à união: [...] II – declarar a guerra e celebrar a paz.” [...] “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] II – autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;” [...] “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XIX – *declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;*” – *grifado pelo autor.*

<sup>1261</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 263.

<sup>1262</sup> *Ibid.*

Conselho de Segurança contra a ação militar.<sup>1263</sup> Mas a complexidade deste organismo internacional, assentado no princípio de que a segurança mundial é tarefa de todos os povos e não individual de uma nação ou de um restrito número delas, ainda que sejam militarmente incontrastáveis, coloca de forma realista a importância do entendimento e do diálogo entre os povos.<sup>1264</sup> É, desse modo, fundamental a instituição do Tribunal Penal Internacional (TPI),<sup>1265</sup> bem como o próprio futuro da Organização das Nações Unidas, o qual por definição está em aberto enquanto processo histórico, o que justifica a esperança e o otimismo, pois o intercâmbio cultural, a crescente interdependência dos fatores econômicos e mesmo políticos entre as nações, sobremaneira impulsionados pelos avanços na tecnologia da informação, ajudam a constituir uma verdadeira opinião pública mundial,<sup>1266</sup> pois “não existe para a opinião pública outro modo de legitimação da autoridade política senão a legitimação democrática, embora certamente receba nomes muito diferentes.”<sup>1267</sup>

---

<sup>1263</sup> Vide notas [288](#), [320](#), [1179](#), [1257](#) e [1258](#).

<sup>1264</sup> BULL, Hedley. *La società anarchica: l'ordine nella politica mondiale*. Tradução: Stefano Procacci. Milano: Vita e Pensiero, 2002, p. 179: “L'allargamento del raggio di applicazione del diritto internazionale a materie economiche sociali, ambientali, di comunicazione rappresenta un rafforzamento del suo contributo all'ordine internazionale, poichè, in questo modo, si forniscono i mezzi per far fronte a nuovi tipi di minacce alla stabilità.” Tradução livre: “O alargamento do raio de incidência do direito internacional para matérias econômico-sociais, ambientais, de comunicação, representa um reforço da sua contribuição para a ordem internacional, pois, deste modo, se fornecem os meios para fazer frente a novos tipos de ameaça à estabilidade.”

<sup>1265</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (Org.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. O Estatuto de Roma prevê, no seu art. 5º, que o “genocídio”, os “crimes contra a humanidade” e de “guerra”, bem como futuramente o “crime de agressão”, sejam da competência do TPI e, ainda que a jurisdição daquela Corte esteja limitada aos ilícitos ocorridos quando “o Estado territorial ou o Estado suspeito é um signatário, ou se foi aceita sua jurisdição *ad hoc*” (Op. cit., p. 8), a simples definição da repulsa internacional por tais práticas criminosas na ordem internacional representa uma manifestação de esperança que vai além da eficácia imediata na esfera de jurisdição hoje reconhecida. Acerca do TPI vide também notas [320](#), [321](#), [322](#) e [1468](#).

<sup>1266</sup> HELLER, 1968, p. 212: “Só a opinião pública firme possui, no seu juízo, certo caráter unitário e constante, perante o qual a flutuante opinião de cada dia é considerada, na maioria dos casos acertadamente, como volúvel, crédula e contraditória.” Vide notas [324](#), [1290](#) e [1294](#).

<sup>1267</sup> *Ibid.*, p. 214.

### **3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**

Na obra *Il principato democratico* Danilo Zolo inicia uma profícua reflexão sobre os limites da democracia representativa tendo em conta os diversos atores políticos inseridos na complexidade social.<sup>1268</sup> A noção de complexidade em questão diz respeito ao entendimento que cada um “constrói” e projeta sobre o seu ambiente na tentativa de se orientar, o que faz ordenando, prevendo, planejando e conformando aquele ambiente. Tais condições podem ser classificadas nos quatro pontos seguintes:

1. É mais complexa a situação ambiental onde as vantagens das escolhas possíveis forem maiores e quanto mais elevado for o número das variáveis a serem dominadas na tentativa de resolver problemas de conhecimento, adaptação e planificação.
2. O ambiente é tanto mais complexo quanto maior a interdependência das variáveis a ter em conta, de tal modo que a superação de um dado limite de complexidade muda a qualidade dos cálculos para prever seus efeitos.
3. A instabilidade ou a turbulência do ambiente, caracterizada pela tendência das suas variáveis de mudarem no tempo segundo trajetórias rápidas e imprevisíveis, eleva a complexidade, de tal modo que há uma relação dinâmica em processos de transição da ordem para a desordem e de constituição de uma nova ordem em meio à desordem.
4. A relação de circularidade cognitiva recapitula todas as demais condições e caracteriza o sujeito que percebe que tal realidade não pode ser explicada de forma monocausal, monofuncional e com base em leis simples, dando ensejo a um princípio de indeterminação.<sup>1269</sup>

Neste contexto Danilo Zolo, inspirado em uma leitura crítica de Niklas Luhmann, observa que a complexidade social é caracterizada por uma tendência evolutiva geral, onde a estrutura organizativa dos grupos sociais tende a modificar-se no tempo segundo uma lógica crescente de diferenciação pela segmentação, estratificação e funcionalidade,<sup>1270</sup> mas ao

---

<sup>1268</sup> ZOLO, 1996, p. 17.

<sup>1269</sup> Ibid., p. 19-21.

<sup>1270</sup> Ibid., p. 22.

mesmo tempo passa por uma progressiva interdependência entre os vários subsistemas,<sup>1271</sup> de tal modo que uma sociedade centrada e orgânica, assentada em princípios universais e imutáveis, é substituída pelo pluralismo de espaços sociais regulados por critérios contingentes e flexíveis,<sup>1272</sup> razão pela qual se verifica que:

Dal punto di vista dei soggetti (o sistemi) individuali, livelli più elevati di differenziazione comportano una maggiore spersonalizzazione e astrattezza delle relazioni sociali. Aumenta la varietà delle esperienze, ma esse sono più direttamente plasmate da esigenze o aspettative funzionali. Gli individui, a cui sono offerte o richieste prestazioni specialistiche entro ruoli più differenziati, operano entro questi ruoli come elementi interscambiabili. La molteplicità delle esperienze possibili e la fungibilità delle prestazioni generano una sorta di sovraccarico selettivo in un contesto di accresciuta insicurezza e instabilità. Se si dilata lo spettro delle scelte possibili più urgente e rischiosa si fa per ciascun soggetto l'esigenza di selezionare le alternative e ridurre la complessità.<sup>1273</sup>

A complexidade das relações político-sociais se dá exatamente pela impossibilidade de certeza ou de aproximação da verdade, dado que o próprio sujeito está inserido no ambiente que ele busca limitar ao papel de objeto do seu conhecimento.<sup>1274</sup> O sujeito pode até ter uma dimensão crítica da situação de circularidade em que se encontra, mas não pode subtrair-se ao próprio horizonte histórico e social, podendo quando muito tentar reduzir, mas não suprimir a complexidade epistemológica.<sup>1275</sup> Assim, a teoria política da democracia tende a absorver, na análise dos sistemas democráticos, a racionalidade dos atores sociais própria da economia neoclássica.<sup>1276</sup> O ator político, via de consequência, busca atingir, tal como o *homo oeconomicus*, o máximo de utilidade funcional com o mínimo de recursos – *sempre escasos*

---

<sup>1271</sup> Ibid. p. 23.

<sup>1272</sup> Ibid. p. 24.

<sup>1273</sup> Ibid., Tradução livre: “Do ponto de vista dos sujeitos (ou sistemas) individuais, níveis mais elevados de diferenciação comportam uma maior despersonalização e abstração das relações sociais. Aumenta a variedade das experiências, mas elas são mais diretamente modeladas por exigências ou aspirações funcionais. Os indivíduos, aos quais são oferecidas ou demandadas prestações especializadas entre papéis mais diferenciados, operam dentro destes papéis como elementos intercambiáveis. A multiplicidade das experiências possíveis e a fungibilidade das prestações geram um tipo de sobrecarga seletiva em um contexto de crescente insegurança e instabilidade. Se se alarga o espectro das escolhas possíveis, mais urgente e arriscada se coloca para cada sujeito a exigência de selecionar as alternativas e reduzir a complexidade.”

<sup>1274</sup> Ibid., p. 25.

<sup>1275</sup> Ibid., p. 26: “purché non intenda condannarsi ad una completa paralisi cognitiva e comunicativa, il soggetto deve evitare di mettere in discussione l'intero apparato concettuale che gli è fornito dall'ambiente: deve accettare almeno in parte, in modo acritico e irriflesso, i presupposti linguistici e teorici impostigli dalla ‘tradizione folclorica’ alla quale appartiene.” Tradução livre: “contanto que não pretenda condenar-se a uma completa paralisia cognitiva e comunicativa, o sujeito deve evitar de colocar em debate a totalidade do aparato de conceitos que lhe são oferecidos pelo ambiente: deve aceitar ao menos em parte, de modo acrítico e irrefletido, os pressupostos linguísticos e teóricos que lhe são impostos pela ‘tradição folclórica’ à qual pertence.”

<sup>1276</sup> ZOLO, 1996, p. 37: “Nei tre classici lavori de Anthony Downs, *An Economic Theory of Democracy*, di Mancur Olson, *The Logic of Collective Action*, di James M. Buchanan e Gordon Tullock, *The Calculus of Consent*, l'attore politico è un ‘rational self- interested being’.”

– para obter o melhor resultado possível em termos de ganho, prestígio e poder.<sup>1277</sup> O eleitor e os candidatos, mas sobretudo as grandes corporações econômicas e empresariais, se esforçam na busca do máximo de informações políticas que lhes são úteis para calcularem e decidirem o investimento mais vantajoso no “mercado” político.<sup>1278</sup>

Por outro lado, os partidos elaboram as suas propostas e as apresentam ao eleitorado com o propósito de maximizar os seus próprios ganhos, bem como o prestígio e o poder dos seus membros,<sup>1279</sup> para o que também fazem toda sorte de composições com a partilha de cargos e de parcelas do Poder Executivo, antes e após os processos eleitorais, na busca de estabilidade numérica no Poder Legislativo para sustentar o sistema de poder no qual estão inseridos. Tais agremiações não buscam, ainda nas palavras de Danilo Zolo, “sostegno elettorale per realizzare programmi politici precedentemente elaborati in vista di un supposto interesse publico”,<sup>1280</sup> mas apenas reduzir drasticamente as variáveis das motivações, expectativas e objetivos sob os quais operam os atores políticos efetivos em um regime de democracia representativa,<sup>1281</sup> acabando por ignorar a própria especificidade funcional dos sistemas políticos modernos,<sup>1282</sup> assentada na racionalidade e na soberania do eleitor. É a vitória suprema do fenômeno sobre a essência, onde o *marketing* passa a orientar a política,<sup>1283</sup> onde os interesses pessoais dos dirigentes – e não posições de princípios – orientam a definição dos custos e dos respectivos benefícios que condicionam o comportamento de partidos, governos e mesmo da burocracia pública.<sup>1284</sup> Ocorre, portanto, a “busca do poder pelo poder” com a pretendida maximização das condições necessárias para a sustentação política de um sistema de poder personalizado com a conquista de mais votos para a obtenção ou preservação dos cargos nos Poderes Legislativo e Executivo e, também no caso do próprio Poder Judiciário e da burocracia em geral, dos próprios interesses de seus integrantes com o incremento de ganhos particulares de legalidade questionável e mesmo a majoração seletiva

---

<sup>1277</sup> Ibid.

<sup>1278</sup> Ibid.

<sup>1279</sup> Ibid., p. 37-38.

<sup>1280</sup> Ibid., p. 38. Tradução livre: “sustentação eleitoral para realizar programas políticos previamente elaborados tendo em vista um presumido interesse público.”

<sup>1281</sup> Ibid.

<sup>1282</sup> Ibid.

<sup>1283</sup> Ibid., p. 194: “Il giudizio circa l’idoneità politica di un candidato viene emesso, ancor prima dell’intervento degli elettorati e delle stesse *audiences* televisive, dagli specialisti della comunicazione pubblicitaria che ponderano ed elaborano le doti telecarismatiche del candidato e ne rendono credibile, e quindi finanziabile, la campagna elettorale.”. Tradução livre: “O juízo acerca da idoneidade de um candidato é emitido, antes mesmo da intervenção do eleitorado e das próprias audiências televisivas, pelos especialistas da comunicação publicitária que ponderam e elaboram os dotes de carisma televisivo do candidato e lhe produzem credibilidade, e conseqüentemente viabilizam o financiamento, de sua campanha eleitoral.”.

<sup>1284</sup> ZOLO, 1996, p. 37.

de dotação orçamentária em detrimento das atividades fins do serviço público e de outros segmentos da sociedade.<sup>1285</sup>

Tal realidade, conforme referido, fica patente diante da cada vez maior ausência de diferenciação entre os processos eleitorais e os códigos funcionais da economia, sendo curiosa a análise de Schumpeter<sup>1286</sup> no sentido de que, além da racionalidade limitada e da ausência de informação perfeita por parte dos “consumidores políticos”, as preferências dos eleitores não são impermeáveis aos efeitos manipulatórios da propaganda.<sup>1287</sup> Neste aspecto Schumpeter também observa que os consumidores de “produtos políticos” estão em situação de desvantagem diante dos consumidores de bens econômicos, dado que a qualidade dos produtos de consumo cotidiano pode ser controlada pela experiência, enquanto que os produtos da política são indeterminados e estranhos ao próprio senso de realidade mensurável pelo cidadão.<sup>1288</sup> Neste sentido a experiência e o conhecimento práticos permitem confirmar a observação de Giovanni Sartori no sentido de que o poder do eleitorado é o poder de eleger quem o governará, de tal modo que “las elecciones no deciden las cuestiones sino quién tomará las decisiones”,<sup>1289</sup> com lastro no que Danilo Zolo observa que em termos de democracia eleitoral:

l'incompetenza e la disinformazione politica dei cittadini può essere assorbita dal sistema senza gravi disfunzioni, poiché il compito che viene affidato agli elettori non è quello, assai delicato, di decidere su singole questioni, ma è semplicemente quello di decidere su chi deve decidere. Che l'opinione pubblica sia di buona o di cattiva qualità conta assai meno della sua libertà, e cioè della sua idoneità, istituzionalmente garantita, a designare attraverso libere procedure elettorali la *leadership* governativa.<sup>1290</sup>

<sup>1285</sup> Ibid. A ausência de políticas fiscais e tributárias que guardem coerência com o ideário das agremiações partidárias é apenas um dos aspectos da questão apontada, pois não é rara a prática de partidos liberais majorarem indiscriminadamente tributos e partidos de corte popular sustentarem políticas de arrecadação regressivas.

<sup>1286</sup> SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, p. 305-344.

<sup>1287</sup> Ibid., p. 320: “As maneiras em que [sic] os fatos e a vontade sobre qualquer assunto são manipulados correspondem exatamente aos métodos da publicidade.”

<sup>1288</sup> Ibid., p. 320-321: “O retrato da moça mais linda do mundo será incapaz, a longo prazo, de manter as vendas de uma péssima marca de cigarros. No caso das decisões políticas, não existe garantia igualmente tão eficaz. Muitas decisões de importância decisiva são de tal natureza que se torna impossível ao público experimentá-las na sua maneira habitual e a um custo moderado. Mesmo que isso fôsse possível, todavia, o julgamento, de maneira geral, não pode ser alcançado tão facilmente como no caso do cigarro, porque seus efeitos são de interpretação mais difícil.”

<sup>1289</sup> SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*. Tradução: M.<sup>a</sup> Luz Morán. Madrid: Alianza, 2010, p. 197. Vide também nota [1273](#).

<sup>1290</sup> ZOLO, 1996, p. 177. Tradução livre: “a incompetência e a desinformação política dos cidadãos pode ser absorvida pelo sistema sem graves disfunções, uma vez que a tarefa que é confiada aos eleitores não é aquela, muito delicada, de decidir sobre questões singulares, mas é simplesmente aquela de decidir sobre quem deve decidir. Que a opinião pública seja de boa ou de má qualidade conta muito menos do que a sua

A fragilidade da democracia representativa é manifesta quando os candidatos convergem para um mesmo discurso e adotam técnicas publicitárias de mercado para obter os votos indefinidos e, como consequência, poucos apresentam um verdadeiro programa e assumem compromissos ou então ignoram tais compromissos após os processos eleitorais. O resultado não é outro senão “representantes” que relutam em tomar posição sobre problemas reais, fragmentam a realidade, ficam administrando pressões e tomam a cautela de previamente excluir ou neutralizar a atuação de segmentos que possam dissentir ou perturbar o exercício do poder político por estruturas aristocráticas ou simplesmente autocráticas e impermeáveis aos anseios da soberania popular. É ainda mais sensível o limite da democracia representativa diante dos centros invisíveis de decisão (os ‘*arcana imperii*’),<sup>1291</sup> pois, não raro, poucos ou até mesmo apenas os detentores do poder político e de seu círculo de relações imediatas sabem qual o sentido e a razão de ser das prioridades e escolhas adotadas. Não há, portanto, como se comparar linearmente o “consumidor político” com o “consumidor econômico”, pois ainda que participe de forma marginal do processo de decisão política, apenas assistindo aos confrontos entre os membros do Parlamento sem incidir no mesmo, “*essi non sono però dei puri consumatori dello spettacolo politico.*”<sup>1292</sup> Assim, observa-se que os fenômenos sociais complexos presentes na política não podem ser reduzidos a princípios simples ou a leis gerais, onde proposições empíricas feitas com base em fenômenos como comportamento eleitoral, competição entre os partidos, funcionamento dos sistemas de representação e mecanismos da despesa pública, acabam por expressar um senso comum que, na reflexão de Danilo Zolo, confirma:

la regola per la quale esiste un rapporto inverso fra il livello di complessità dei fenomeni sociali e la capacità ermeneutica (per tacere della capacità esplicativa e predittiva in senso stretto) consentita dai modelli dell’individualismo metodologico e del calcolo razionale.<sup>1293</sup>

---

liberdade, ou seja, do que a sua idoneidade, institucionalmente garantida, para designar através de livres procedimentos eleitorais a liderança governativa.”

<sup>1291</sup> BOBBIO, 1986b, p. 30: “a política dos *arcana imperii* caminhou simultaneamente com as teorias da razão de estado, isto é, com as teorias segundo as quais é lícito ao estado o que não é lícito aos cidadãos privados, ficando o estado portanto obrigado a agir em segredo para não provocar escândalo.”

<sup>1292</sup> ZOLO, 1996, p. 176. Tradução livre: “eles não são, porém, mais do que meros consumidores do espetáculo político”.

<sup>1293</sup> ZOLO, 1996, p. 39. Tradução livre: “a regra pela qual existe uma relação inversa entre o nível de complexidade dos fenômenos sociais e a capacidade hermenêutica (para não falar da capacidade explicativa e de previsão em sentido estrito) admitida pelos padrões do individualismo metodológico e do cálculo racional.”



A relação entre opinião pública e governo democrático,<sup>1294</sup> bem como o nível de participação e abstenção nos processos eleitorais, onde há desde cidadãos que votam com base em informações acuradas até quem se posiciona sem qualquer informação minimamente adequada, requerem uma análise que supere a presumida e equivocada racionalidade econômica do comportamento político e considere os reais motivos políticos da maior ou menor participação.<sup>1295</sup> Neste sentido Danilo Zolo observa que enquanto para os clássicos do pensamento liberal democrático (Locke, Kant, Constant) a opinião pública ambigualmente ocupava um espaço intermediário entre o eleitorado e o poder legislativo, sendo uma emanção da cultura, da racionalidade e da moralidade da sociedade civil,<sup>1296</sup> onde Tocqueville e Stuart Mill identificam uma expressão da maioria social conformista ou subversiva,<sup>1297</sup> hoje ela “perde il connotato della razionalità, poichè non mira più, attraverso un dialogo pubblico, all’universalità delle opinioni, ma è guidata da criteri acquisti e opportunistici”.<sup>1298</sup> Este cenário de fragmentação e estratificação<sup>1299</sup> faz com que os procedimentos eleitorais cada vez mais expressem uma maior proximidade dos programas e discursos dos candidatos diante das aspirações dos setores médios,<sup>1300</sup> mas, sobretudo,

<sup>1294</sup> BONAVIDES, 2000, p. 456: “a opinião pública, qual a concebemos e conceituaram os liberais, qual existiu e atuou em passadas épocas, frescas ainda perante a memória de nosso tempo, sempre mereceu o combate e o desprezo das lideranças autoritárias, por afigurar-se-lhes um obstáculo, que cumpria arrear por todos os meios possíveis.”

<sup>1295</sup> ZOLO, 1996, p. 39-41.

<sup>1296</sup> Ibid., p. 177-178.

<sup>1297</sup> Ibid., p. 178-179.

<sup>1298</sup> Ibid., p. 179. Tradução livre: “perde a fisionomia de racionalidade, porque não visa mais, através de um diálogo público, à universalidade das opiniões, mas é guiada por critérios adquiridos e oportunistas”.

<sup>1299</sup> Ibid., p. 158-159: “Ciascun soggetto è il centro di una pluralità di interessi e di preferenze particolari che lo legano con rapporti di solidarietà e di affiliazione a gruppi diversi entro diverse sfere di vita. Poiché ciascuno di questi gruppi tende a porsi in un rapporto conflittuale o transattivo con i gruppi concorrenti, l’espressione politica delle preferenze individuali non può dar luogo a progetti coerenti, bem definiti e di lungo periodo.”; Tradução livre: “Cada um dos sujeitos é o centro de uma pluralidade de interesses e de preferências particulares que o vinculam com relações de solidariedade e de afiliação a grupos diversos dentre diversas esferas de vida. Uma vez que cada um destes grupos tende a se colocar em uma relação conflituosa ou de negociação com os grupos concorrentes, a expressão política das preferências individuais não pode dar lugar para projetos coerentes, bem definidos e de longo prazo.”.

<sup>1300</sup> Ibid., p. 152: “Nonostante il tentativo di ogni partito di differenziare la propria immagine a fini pubblicitari – di qui la crescente importanza attribuita ai simboli grafici e ai nomi dei partiti, sui quali vengono sempre più spesso chiamate a pronunciarsi commissioni di esperti –, la differenziazione effettiva dell’offerta politica tende a ridursi fino a dar vita ad una situazione prossima al monopolio. E i tentativi di caratterizzare artificialmente l’immagine dei partiti, ad esempio creando nuovi tipi di *leadership* carismatica e presidenzialistica o dedicando grande cura alla confezione retorica e telegenica dei loro messaggi, sono tanto più necessari quanto meno la sostanza del prodotto offerto è realmente differenziata.”. Tradução livre: “Não obstante a tentativa de cada partido de diferenciar a própria imagem com fins publicitários – de onde vem a crescente importância atribuída aos símbolos gráficos e aos nomes dos partidos, sobre os quais cada vez com mais frequência são chamadas a se posicionarem comissões de especialistas –, a diferenciação efetiva com a oferta política tende a se reduzir até dar vida a uma situação próxima ao monopólio. E as tentativas de caracterizar artificialmente a imagem dos partidos, por exemplo, criando novos tipos de liderança carismática e presidencialista ou dedicando grande atenção para os aspectos retóricos e televisivos das suas

guardam estreita afinidade com os interesses dos grupos hegemônicos,<sup>1301</sup> o que passa por sondagens e pesquisas de opinião que acabam constituindo um rito de legitimação procedimental do poder que “non incide se non del tutto marginalmente sui contenuti effettivi della decisione política”,<sup>1302</sup> de tal modo que:

Gli elettorati accettano passivamente il quadro normativo e acclamano i risultati generali di un gioco politico i cui soli attori sono, ed è bene che siano, alcune ristrette oligarchie che si alternano pacificamente al potere. Il ricorso alle urne ha semmai lo scopo di regolare i rapporti di forza fra le *élites*, non quello di condizionarne le scelte. Il principio della *leadership* esige insomma che la democrazia venga intesa come qualcosa che riguarda assai più le relazioni fra le *élites* che non le relazioni delle *élites* con la maggioranza dei cittadini. ‘Democrazia’ è poco più che il nome delle buone relazioni fra i gruppi dirigenti.<sup>1303</sup>

É assim que Jacques Racière identifica com acerto os limites do sistema representativo e aponta a importância de todas as atividades públicas para coibir a “tendência de todo Estado de monopolizar e despolitizar a esfera comum”.<sup>1304</sup> Ocorre que “as formas constitucionais e as práticas dos governos oligárquicos podem ser denominadas mais ou menos democráticas”<sup>1305</sup> em face das forças favoráveis e contrárias que sustentam, convivem e até mesmo toleram o instável compromisso decorrente da necessária e permanente concretização da concepção e da prática da *soberania popular* e da inerente centralidade do povo, que sempre estará presente

---

próprias mensagens, são tão mais necessários quanto menos a substância do produto oferecido é realmente diferenciada.”.

<sup>1301</sup> ZOLO, 1996, p. 180: “Ciò che conta in questa prospettiva sembra unicamente il riconoscimento che gli attori effettivi del gioco democratico sono quei gruppi politici, economici, professionali, ideológico- religiosi, etc., che sono in grado di far valere le proprie aspettative e di presentarle come corrispondenti al bene comune o all’interesse generale. Ciò che conta è la libertà di questi gruppi assieme a una buona dose di ‘libertà negativa’ garantita ai consumatori (sia economici che politici), perché questa è la condizione del funzionamento di entrambi i mercati, quello economico e quello politico. Ma la ‘libertà negativa’ – quella ad esempio di avere libero accesso all’informazione e alla comunicazione política – non significa autonomia dei soggetti politici, anzi in qualche modo le si contrappone.”. Tradução livre: “O que conta nesta perspectiva parece ser unicamente o reconhecimento de que os atores efetivos do jogo democrático são aqueles grupos políticos, econômicos, profissionais, ideológico-religiosos, etc., que estão em condições de fazerem valer as próprias expectativas e de apresentá-las como correspondentes ao bem comum ou ao interesse geral. O que conta é a liberdade destes grupos junto com uma boa dose de ‘liberdade negativa’ assegurada aos consumidores (sejam eles econômicos ou políticos), porque esta é a condição para o funcionamento de ambos os mercados, o econômico e o político. Mas a ‘liberdade negativa’ – aquela, por exemplo, de ter livre acesso às informações e aos informes políticos – não significa autonomia dos sujeitos políticos, pelo contrário, de algum modo, as contradiz.”.

<sup>1302</sup> Ibid., p.181. Tradução livre: “não incide senão de forma marginal sobre os conteúdos efetivos das decisões políticas”.

<sup>1303</sup> ZOLO, 1986, p. 181. Tradução livre: “Os eleitorados aceitam passivamente o quadro normativo e aclamam os resultados gerais de um jogo político cujos únicos atores são, e é bom que sejam, algumas restritas oligarquias que se alternam pacificamente no poder. O recurso às urnas possui o propósito de regular as relações de força entre as *elites*, não aquele de condicionar suas escolhas. Os princípios da *liderança* exigem em suma que a democracia seja tomada como algo que diz respeito mais às relações entre as *elites* que às relações das *elites* com a maioria dos cidadãos. ‘Democracia’ é pouco mais do que o nome das boas relações entre os grupos dirigentes.”

<sup>1304</sup> RACIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 92.

<sup>1305</sup> RACIÈRE, 2014, p. 92.

para que aquela categoria não seja desfigurada. O sistema representativo será mais democrático na medida em que assegurar o “poder de qualquer um”,<sup>1306</sup> o que Racière sustenta residir em alguns preceitos normativos ao consignar que:

Desse ponto de vista, podemos enumerar as regras que definem o mínimo necessário para um sistema representativo se declarar democrático: mandatos eleitorais curtos, não acumuláveis, não renováveis; monopólio dos representantes do povo sobre a elaboração das leis; proibição de que funcionários do Estado representem o povo; redução ao mínimo de campanhas e gastos com campanha e controle da ingerência das potências econômicas nos processos eleitorais.<sup>1307</sup>

É assim que, diante da pouca ou quase nenhuma participação política da sociedade fora do restrito exercício do direito de voto nos períodos eleitorais, perceptível em todas as democracias representativas, ganha pleno sentido a doutrina de Paulo Bonavides ao invocar a importância do *princípio da constitucionalidade* diante do vetusto *princípio da legalidade*, próprio dos séculos XVIII e XIX, pois é no primeiro que se dá a “marcha para um grau superior de democracia e legitimidade”,<sup>1308</sup> especialmente tendo presente que:

O espaço público poderá ser, futuramente, um dos mais importantes pólos políticos de conscientização participativa da cidadania; é sem dúvida a primeira das estradas por onde, nos distritos de sua autonomia social, há de caminhar, em preparação constitutiva, a democracia direta do terceiro milênio. Democracia que assume o *status* de direito da quarta geração, direito cuja universalidade e essencialidade compõem o novo *ethos* que o gênero humano, em sua irreprimível vocação para a liberdade, a igualdade e a justiça, toma por inspiração.<sup>1309</sup>

É com propriedade que Ingo Sarlet, ao refletir sobre o papel dos direitos fundamentais no Estado constitucional, destaca a “íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito”<sup>1310</sup> e observa que estes constituem ao mesmo tempo “pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo”,<sup>1311</sup> o que passa pelo “direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político”.<sup>1312</sup> Acerca da falsa dicotomia entre democracia direta e democracia representativa Ferreira da Cunha observa que:

<sup>1306</sup> RACIÈRE, 2014, p. 92.

<sup>1307</sup> RACIÈRE, 2014, p. 92-93.

<sup>1308</sup> BONAVIDES, 2001, p. 279.

<sup>1309</sup> Ibid.

<sup>1310</sup> SARLET, 2009, p. 58.

<sup>1311</sup> Ibid., p. 61.

<sup>1312</sup> Ibid.

A democracia representativa é um menos e não um mais face à democracia pura, directa, participativa. Invocar-se a democracia representativa contra a primeira com demagogias antiesquerdistas ou anti-populistas é absurdo. É óbvio que nenhum povo elege delegados se pode directamente dizer o que quer. Um referendo valerá sempre mais que uma assembléia de deputados. Há quem o negue, mas assim também nega a democracia no seu mais puro ideal: *poder do povo, pelo povo e para o povo*. Em democracia não há tutores do povo.<sup>1313</sup>

Além do controverso mandato imperativo, pelo qual o eleito é juridicamente obrigado a executar a vontade do eleitor,<sup>1314</sup> Hans Kelsen lembra a importância do instituto da cassação popular de mandatos eletivos previsto nas constituições de alguns estados da federação norte-americana enquanto estatuto definidor de uma “verdadeira relação de representação”<sup>1315</sup> – mandato propriamente dito – que supera a mera nomeação e eleição pelos representados com a remota punição dos eleitos apenas por infração constitucional e legal mediante *impeachment* e decisões judiciais. Kelsen exemplifica referindo a possibilidade de “cassação de mandato” prevista na Constituição da Califórnia (Artigo XXIII, seção 1) enquanto fundamento para que o eleitorado exija que o representante seja “juridicamente obrigado a executar a vontade dos representados”.<sup>1316</sup> Quanto ao mandato imperativo é importante observar que a contingente e passional manipulação da opinião pública diante de temas complexos, enfrentados especialmente pelos titulares dos poderes executivo e legislativo, recomenda a cautela diante dos “compromissos eleitorais não cumpridos”, mas não afasta a possível e razoável adoção de critérios para que a atividade dos eleitos reflita a vontade dos seus eleitores.

Mesmo diante de tais considerações críticas e que apontam os limites da democracia representativa, importa explicitar a imprescindibilidade de instituições que assegurem o sufrágio universal e as condições para a existência de oposição pública aos governos em condições de buscar apoio popular e exercer a alternância no poder, pois, na acepção de Robert Dahl, a existência de um parlamento eleito e que expresse a pluralidade da sociedade é insubstituível para a consolidação e a preservação dos direitos fundamentais e do regime democrático.<sup>1317</sup> Mas é inequívoco que reside na democracia participativa, bem como no

<sup>1313</sup> CUNHA, 2005, p. 136.

<sup>1314</sup> KELSEN, 1998, p. 416-417: “Se os autores políticos insistem em caracterizar o parlamento da democracia moderna, a despeito da sua independência do eleitorado, como um órgão ‘representativo’, se alguns autores chegam mesmo a declarar que o *mandat impératif* é contrário ao princípio do governo representativo, eles não apresentam uma teoria científica, mas advogam uma ideologia política. A função dessa ideologia é dissimular a situação real, é sustentar a ilusão de que o legislador é o povo, apesar do fato de que, na realidade, a função do povo – ou, formulando mais corretamente, do eleitorado – limita-se à criação do órgão legislativo.”

<sup>1315</sup> Ibid., p. 414.

<sup>1316</sup> Ibid.

<sup>1317</sup> DAHL, Robert Alan. *La poliarquía: participación y oposición*. Tradução: Julia Moreno San Martín. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2009, p. 29.

necessário e também imprescindível aperfeiçoamento da democracia representativa,<sup>1318</sup> o caminho para a equação da traumática parábola do Estado de Direito presente no problema expresso na tensa relação entre o poder e o direito,<sup>1319</sup> pois se no século XIX o liberalismo tomou o caminho da juridicização do poder como sinônimo de liberdade, as vicissitudes totalitárias do século XX revelaram os limites de uma solução apenas formal.<sup>1320</sup>

O Estado de Direito constitucional impugna engenharias e reengenharias institucionais ao sabor das circunstâncias<sup>1321</sup> e que prescindem da participação e da legitimidade populares,<sup>1322</sup> vale dizer, dos processos democráticos enquanto limites precípuos aos abusos

<sup>1318</sup> Acerca do esforço de aperfeiçoamento das instituições republicanas no Brasil, merece destaque a iniciativa popular (CB, art. 14, III e Lei 9.709/98) que deflagrou – com quase um milhão e seiscentas mil assinaturas e um amplo apoio e debate nacional com suporte na internet – o processo legislativo que culminou com a edição da denominada “Lei da Ficha Limpa” (**Lei Complementar 135/2010**). A instituição de novas hipóteses de inelegibilidade em defesa da probidade e da moralidade administrativa no texto da Lei Complementar 64/90 (CB, art. 14, § 9º) deflagrou uma acirrada controvérsia jurídica particularmente ao determinar que as vedações eleitorais passariam a incidir antes mesmo do trânsito em julgado das decisões judiciais que responsabilizassem candidatos por condutas inidôneas, desde que proferidas por órgãos colegiados do Poder Judiciário. O STF acabou afirmando a constitucionalidade da lei (ADC’s 29 e 30 e ADIn 4578) em uma verdadeira mutação constitucional identificada com a realidade constitucional brasileira de inconformidade com desvios administrativos, o que revigorou os princípios e as garantias do Estado de Direito ao entender que a presunção de inocência dos acusados não é contraditória com a proteção efetiva das instituições republicanas, um esforço permanente entre os povos e ainda insipiente no Brasil, especialmente diante de desdobramentos que se prestam para manipulações eleitorais e partidárias quando a lei não é aplicada de forma uniforme. Os efeitos da nova legislação diante do princípio da soberania popular (CB, art. 1º, parágrafo único), dado que incidem diretamente na definição das candidaturas nos processos eleitorais em decorrência de decisões judiciais ainda controvertidas, cobra, mais do que nunca, a rigorosa definição de paradigmas jurisprudenciais e a observância dos precedentes por todas as instâncias do Poder Judiciário. O risco de decisões “intuito personae”, decorrentes de casuísmos de toda ordem (processuais, protelatórios e mesmo acerca de provas controvertidas divulgadas para influenciar diretamente a opinião pública e as decisões judiciais ao constituir estados de ânimo adversos), pode comprometer irremediavelmente a democracia brasileira ao permitir que candidaturas legítimas possam ser afastadas da livre escolha dos eleitores por promotores e magistrados comprometidos ideologicamente e especialmente que pretendam ingressar na vida política contrapondo adversários ideológicos e mesmo de seu desagrado partidário. A irrenunciável legitimidade dos processos eleitorais e da decorrente investidura dos titulares do poder político torna imperativo que se afaste qualquer dúvida acerca da lisura da conduta do Poder Judiciário como um todo ao aplicar com uniformidade os princípios e as regras que regem as inelegibilidades eleitorais, pois neste tema é inadmissível condutas jurisdicionais sequer semelhantes ao que nos países de cultura anglo-saxã é denominado de “kangaroo court”, ou seja: “A court or tribunal characterized by unauthorized or irregular procedures, esp. so as to render a fair proceeding impossible.” (*In: BLACK’S LAW DICTIONARY* (Bryan A. Garner – Edit. in Chief). 8. ed. St. Paul-MN: Thomson, 2004, p. 382, tradução livre: “Uma corte ou tribunal caracterizado por procedimentos desautorizados ou irregulares, especialmente voltados para tornar impossível um processo justo.”)

<sup>1319</sup> KELSEN, 1998, p. 421: “o caráter democrático de uma constituição não seria prejudicado de forma alguma se esta contivesse cláusulas destinadas a garantir uma organização democrática dos partidos”. Ainda quanto ao necessário aperfeiçoamento da democracia participativa, com a democratização dos partidos políticos e a própria alternância no poder, vide nosso “*A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição: isonomia e república no direito constitucional e na teoria da constituição*”. (TORELLY, 2008).

<sup>1320</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. *In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.); com a colaboração de SANTORO, Emílio. O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 197.11

<sup>1321</sup> *Ibid.*, p. 197-198.

<sup>1322</sup> GALGANO, 2005, p. 241: “Gli uomini più pontenti della Terra oggi sono, probabilmente, i governatori delle banche centrali, che nelle rispettive società nazionali sono pure tecnocrazie, sprovviste di investitura

do poder e fator de superação de toda e qualquer concepção republicana aristocrática.<sup>1323</sup> A participação e a legitimidade social constituem expressão viva e elemento de preservação e garantia da máxima efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana em todas as suas dimensões.<sup>1324</sup> A participação cidadã no exercício do poder político é, por conseguinte, fundamento funcional da ordem democrática e parâmetro substantivo de sua legitimidade,<sup>1325</sup> o que coloca a necessidade de novos e crescentes experimentos com cada vez mais ricas formas de decisão direta pelos interessados em diversos níveis, pois, conforme aponta a experiência e evidencia o estudo da realidade social, representa um inequívoco elemento de estabilidade social.<sup>1326</sup>

---

popolare.” Tradução livre: “Os homens mais poderosos da Terra hoje são, provavelmente, os administradores dos bancos centrais, que nas respectivas sociedades nacionais são meras tecnocracias desprovidas de investidura popular.”

<sup>1323</sup> KELSEN, 1998, p. 405: “Uma república é uma aristocracia ou uma democracia, conforme o poder soberano pertença a uma minoria ou a uma maioria do povo.”

<sup>1324</sup> BONAVIDES, 2001, p. 19: “Legitimidade que emana, enfim, do cidadão erguido faticamente às últimas instâncias do poder, tendo de sua mão, por expressão de soberania, os freios à conduta e à política dos governos, que ele, o cidadão mesmo, como o povo, há de traçar, sancionar e executar.”

<sup>1325</sup> SARLET, 2009, p. 61.

<sup>1326</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997, t. I, p. IV-57.

## 4 A IRRENUNCIABILIDADE DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO E O DENOMINADO NEOCONSTITUCIONALISMO

O tema da soberania popular no espaço territorial nacional, diante dos pressupostos até aqui desenvolvidos e colhidos na história,<sup>1327</sup> não é outro senão o do próprio Estado de Direito, pois é nele que ganha vida e efetividade o constitucionalismo enquanto equação permanente entre três pontos cardeais: indivíduos, direito (o direito objetivo, as normas) e poder político (soberania, Estado).<sup>1328</sup> A circularidade cognitiva é deliberada, de tal modo que é nela que o poder foi obrigado a reconhecer e a respeitar a posição do sujeito, dando ensejo ao “discurso da cidadania”,<sup>1329</sup> que “assume como próprio objeto a relação que une o indivíduo a uma comunidade política e determina a identidade político-jurídica deste”.<sup>1330</sup> E tal circularidade vai ao ponto máximo de normatividade institutiva, presente no “momento constituinte”, no qual Kelsen nega a “realidade” do Estado para identificar este com o ordenamento jurídico e uma decorrente soberania formal limitadora do poder. A história, diante dos abusos do poder, acabou por revelar a fragilidade do apego irrestrito ao sentido formal do ordenamento jurídico e de sua hierarquia normativa, mas o papel funcional “garantista” do Estado de Direito, inequívoca conquista da humanidade, foi, todavia, substantivamente afirmado.<sup>1331</sup> Ocorre que, nas palavras de Norberto Bobbio, “a doutrina do positivismo jurídico considera o direito do ponto de vista do poder, a doutrina do Estado de direito considera o poder do ponto de vista do direito”,<sup>1332</sup> razão pela qual o vértice do sistema pode estar “na norma fundamental ou no poder soberano”,<sup>1333</sup> o que depende do “ponto de partida”,<sup>1334</sup> mas é inegável que “*lex et*

---

<sup>1327</sup> COSTA, 2006, p. 101: “Todos sabemos que o processo de construção de um centro efetivamente ‘soberano’ é lento e confuso, choca-se com resistências locais, forças centrífugas, poderes e direitos de corpos, cidades, classes que (na França) apenas o Estado pós-revolucionário conseguirá debelar (e não é aqui o caso de se perguntar se porventura os ‘particularismos’ dos corpos e das cidades não renasçam como árabe fênix das cinzas do antigo regime).”

<sup>1328</sup> Ibid., p. 96.

<sup>1329</sup> Ibid.

<sup>1330</sup> Ibid.

<sup>1331</sup> Ao incorporar uma concepção substantiva dos direitos fundamentais o garantismo adota a fórmula preconizada por Kelsen, ou seja, a hierarquia das normas e o controle jurisdicional de constitucionalidade.

<sup>1332</sup> BOBBIO, 2000, p. 250.

<sup>1333</sup> Ibid., p. 252.

<sup>1334</sup> Ibid.

*potestas convertuntur*”.<sup>1335</sup> Assim, “o tema kelseniano da norma fundamental é perfeitamente simétrico ao tema tradicional do poder soberano”,<sup>1336</sup> pois:

A norma fundamental tem, em uma teoria normativa do direito, a mesma função que a soberania tem em uma teoria política ou, se desejarmos, potestativa do direito: tem a função de fechar o sistema. Com a seguinte diferença: a norma fundamental tem a função de fechar um sistema fundado sobre o primado do direito sobre o poder; a soberania tem a função de fechar um sistema fundado sobre o primado do poder sobre o direito. Se o poder soberano é o poder dos poderes, a norma fundamental é a norma das normas. Objeta-se que a norma fundamental não é uma norma como todas as outras, sendo uma simples hipótese da razão. Mas o sumo poder não é também ele uma hipótese da razão?<sup>1337</sup>

Não há sumo poder humano sobre a Terra, assim como não há uma norma fundamental eterna e imutável. E aqui reside o maior acerto de Kelsen ao sustentar enquanto filósofo da cultura<sup>1338</sup> a progressiva unidade dos sistemas jurídicos<sup>1339</sup> para, com coerência e lucidez enquanto teórico do direito e da democracia, afirmar que:

Sem a fé das massas no poder e na missão divina do ditador, nenhuma ditadura pode resistir por muito tempo ao indestrutível anseio de liberdade, e esta terminará sempre por levar a melhor sobre aquela. Mas não a liberdade da anarquia, que nada mais é que a contrapartida da ditadura, e sim a liberdade da democracia, isto é, a liberdade do compromisso e da paz social.<sup>1340</sup>

As instituições são concebidas através de profunda reflexão sobre a vivência histórica e cultural dos povos, de tal modo que, ao conceber o fundamento de validade da ordem jurídica em uma concepção monista com inflexão assumidamente moderada, Kelsen, amparado na própria observação da realidade internacional, sustenta a existência de uma diferenciação de ênfase que se coloca em alguns aspectos em favor da ordem interna e em outros em favor da ordem externa.<sup>1341</sup> Assim, mesmo sem admitir de forma expressa, Kelsen pressupõe os limites da dogmática no conjunto de sua obra<sup>1342</sup> para aproximar-se de uma

<sup>1335</sup> BOBBIO, 2000, p. 252.

<sup>1336</sup> Ibid., p. 251.

<sup>1337</sup> Ibid. p. 250-251.

<sup>1338</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*: introdução à problemática científica do direito (versão condensada pelo próprio autor). Tradução: J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003b, p. 158: “Trata-se – para evitar equívocos, deve-se acentuar isso sempre com ênfase – de unidade gnoseológica e não de organização.”

<sup>1339</sup> Ibid.

<sup>1340</sup> KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução: Vera Barkow *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 134.

<sup>1341</sup> KELSEN, 1987, p. 359: “O fato de a soberania do Estado não ser limitada por qualquer Direito internacional situado acima dele é perfeitamente conciliável com o fato de um Estado, pela circunstância de, por força da sua soberania, reconhecer o Direito internacional e, assim, o tornar parte constitutiva da ordem jurídica estadual, limitar ele próprio a sua soberania, ou seja, neste caso, a sua liberdade de ação, assumindo as obrigações estatuidas pelo Direito internacional geral e pelos tratados por ele concluídos.”

<sup>1342</sup> SOLON, 1997, p. 118. Vide também [nota 138](#).



defesa substantiva do que os cultores do dualismo moderado – e por certo também do monismo radical nacionalista<sup>1343</sup> – apregoam, pois acaba por reconhecer de forma velada uma soberania política,<sup>1344</sup> com o diferencial de que no seu sistema a soberania é realistamente submissa ao direito.<sup>1345-1346</sup> No monismo com prevalência da ordem interna, nas palavras de Kelsen, “o fundamento de validade do Direito internacional é a norma fundamental pressuposta por força da qual a fixação da primeira Constituição histórica do Estado, cujo ordenamento forma o ponto de partida da construção, é um fato gerador de Direito”,<sup>1347</sup> enquanto que o monismo com prevalência da ordem externa “não toma o seu ponto de partida numa ordem jurídica estadual mas no Direito internacional, o seu fundamento de validade é a norma fundamental pressuposta em virtude da qual o costume dos Estados é um fato gerador de Direito”.<sup>1348</sup>

É também esclarecedora a reflexão sobre a teoria monista desenvolvida por um dos maiores discípulos de Kelsen, pois Alfred Verdross observa que “la teoría del monismo radical, opuesta a la teoría dualista, y que afirma que *toda* norma estatal contraria al D.I. *es nula*, no resulta sostenible”,<sup>1349</sup> mas ao mesmo tempo ressalta que “tampoco puede mantenerse la teoría dualista de la completa separación del D.I y el derecho estatal, ya que olvida que la obligatoriedad de una ley opuesta al D.I. solo es *a efectos internos y provisional*”,<sup>1350</sup> razão pela qual lembra que para os tribunais internacionais “las leyes estatales, como las decisiones

<sup>1343</sup> REZEK, 2011, p. 29: “Os monistas da linha nacionalista dão relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional. Propendem, desse modo, ao culto da *constituição*, afirmando que no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras.”

<sup>1344</sup> HELLER, 1968, p. 92: “la idea que tiene Kelsen de la soberanía no es en manera alguna clara y que esta falta de claridad hace que el pensador vienés silencie u oculte el verdadero problema de la soberanía.”

<sup>1345</sup> KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*. Tradução: Luis Echávarri. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 64: “Con respecto a su poder real los diversos Estados difieren mucho entre sí. Comparado con y en relación con una Gran Potencia, un Estado como Liechtenstein no tiene poder alguno, aunque es llamado Potencia en la fraseología diplomática. Si ‘poder’ significa verdadero poder, es decir, capacidad para producir un efecto, ‘poder supremo’ significaría una causa primeira, una *prima causa*. En este sentido, solo Dios, como el creador del mundo, es soberano; este concepto de la soberanía es metafísico, no científico”

<sup>1346</sup> KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*. Tradução: Agostino Carrino. Milano: Giuffrè, 1989, p. 390: “Não é possível afirmar como norma jurídica do direito internacional o fato de que um Estado pode fazer a guerra sempre e por qualquer razão, ao menos sem assim pretender fazer valer o direito internacional violado pelo adversário. Ainda que esta tese frequentemente se encontre na literatura internacionalística, isso significaria que o direito internacional se ab-roga e se nega a si mesmo.”; (Texto original: “Non è possibile affermare come norma giuridica del diritto internazionale il fatto che uno Stato può far la guerra sempre e per qualunque ragione, pur senza pretendere di far così valere il diritto internazionale violato dall’avversario. Benché questa tesi si trovi spesso nella letteratura internazionalistica, essa significherebbe che il diritto internazionale si abroga e si nega da se stesso.”).

<sup>1347</sup> KELSEN, 1987, p. 355.

<sup>1348</sup> Ibid.

<sup>1349</sup> VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. Tradução: Antonio Truyol y Serra. 5. ed. Madrid: Aguilar, 1973, p. 4.

<sup>1350</sup> VERDROSS, 1973, p. 64-65.

judiciales y actos administrativos de un Estado, son meros hechos, susceptibles de ser medidos a la luz del D.I.” e pondera que:

Por todas estas razones, solo puede dar cuenta de la realidad jurídica una teoría que, reconociendo desde luego la posibilidad de conflictos entre el D.I. y el derecho interno, advierta que tales conflictos no tienen carácter definitivo y encuentran su solución en la unidad del sistema jurídico. Doy a esta teoría el nombre de *monismo moderado* sobre la base de la primacía del D.I. porque mantiene la distinción entre el D.I. y el derecho estatal, pero subraya al propio tiempo su conexión dentro de un sistema jurídico unitario basado en la constitución de la comunidad jurídica internacional.<sup>1351</sup>

Mas é na própria obra de Kelsen que resta plenamente reconhecido que a preferência entre a primazia do direito internacional ou do direito nacional “es una hipótesis del pensamiento jurídico, no una norma de derecho positivo”<sup>1352</sup> e “puede o no ser aceptada”,<sup>1353</sup> pois mesmo que a decisão entre as duas hipóteses esteja além da reflexão científica é tarefa da ciência jurídica “mostrar las relaciones entre ellas y ciertos sistemas de valores de un carácter ético o político”.<sup>1354</sup> E o assumido conteúdo axiológico de tal escolha resta ainda mais explícito quando Kelsen afirma que “somos libres para elegir entre la norma básica del derecho internacional y la norma básica de un derecho nacional como la base fundamental de nuestra interpretación del mundo del derecho”,<sup>1355</sup> razão pela qual, mantendo coerência com sua Teoria Pura do Direito,<sup>1356</sup> implicitamente reconhece o sentido político da soberania enquanto expressão da vontade definidora do conteúdo da norma fundamental ao ponderar que:

Puede ser que nuestra preferencia, a pesar de no estar determinada por la ciencia del derecho, sea guiada por preferencias éticas o políticas. Una persona cuya actitud política sea la del nacionalismo e imperialismo podrá estar inclinada a aceptar como hipótesis la norma básica de su propio orden jurídico nacional; en otros términos, puede proceder de la primacía del derecho nacional. Una persona que tenga simpatía por el internacionalismo y pacifismo podrá estar inclinada a aceptar como hipótesis la norma básica del derecho internacional y así proceder de la primacía del derecho internacional. Del punto de vista de la ciencia del derecho, es irrelevante cuál de las hipótesis uno elija. Pero desde el punto de vista de la política, la elección puede ser importante puesto que está unida a la ideología de la soberanía.<sup>1357</sup>

<sup>1351</sup> Ibid., p. 65.

<sup>1352</sup> KELSEN, Hans. *Principios de derecho internacional público*. Tradução: Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida. Buenos Aires: El Ateneo, 1965, p. 383.

<sup>1353</sup> Ibid.

<sup>1354</sup> Ibid.

<sup>1355</sup> Ibid.

<sup>1356</sup> Vide: KELSEN, *Teoria pura do direito*, 1987.

<sup>1357</sup> KELSEN, 1965, p. 383.

É especialmente significativo o teor da defesa feita por Kelsen do “princípio da igualdade de soberania dos Estados”<sup>1358</sup> em seu clássico *Peace through Law*, escrito em inglês no ano de 1944 e ambientado na *Common Law*, quando o autor já estava radicado nos Estados Unidos lecionando em Berkeley, na Universidade da Califórnia. Inspirado no cosmopolitismo kantiano<sup>1359</sup> o autor procurou contribuir em termos principiológicos para a punição dos crimes nazistas<sup>1360</sup> e a definição das instituições internacionais que começavam a ser delineadas para preservar a paz mundial no pós-guerra. Tal como Carl Schmitt,<sup>1361</sup> mas sempre refutando o sentido de qualquer ato de violência ou arbítrio para a teoria do direito presente na reflexão daquele,<sup>1362</sup> Kelsen critica a abstração jurídica e sustenta que “la tendencia a deificar al Estado lleva a una teoría política que es una teología más bien que una ciencia del Estado, y en esta teología política el concepto de soberania asume un significado metafísico”,<sup>1363</sup> o que lembra o realismo da passagem onde Kant registra que o ser humano encontra “na resistência mútua dos diversos Estados, saudável em si e nascida da sua liberdade, uma lei de equilíbrio e um poder unificado que lhe dá força”,<sup>1364</sup> o que também decorre de “um princípio da *igualdade* das suas recíprocas *accções* e *reaccções*, a fim de não se destruírem entre si.”<sup>1365</sup>

E a resposta de Kelsen para uma possível concepção metafísica da soberania é oferecida identificando precisamente a “igualdade de soberania” enquanto característica de um ordenamento internacional composto por sujeitos de direitos e obrigações dotados de autonomia e que, dessa forma, estão submetidos ao direito internacional positivo enquanto técnica a serviço da paz. Atentando para a coerência diante de sua teoria normativista Kelsen

---

<sup>1358</sup> KELSEN, 2008, p. 63-74.

<sup>1359</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 33: “*Pode considerar-se a história humana no seu conjunto como a execução de um plano oculto da Natureza, a fim de levar a cabo uma constituição estatal interiormente perfeita e, com este fim, também perfeita externamente, como o único estado em que aquela pode desenvolver integralmente todas as suas disposições na humanidade.*”

<sup>1360</sup> É importante registrar a frustração de Kelsen diante do não aproveitamento de suas considerações na configuração do crime de agressão quando do julgamento dos crimes nazistas, pois, ao sustentar que a prática de tal crime decorria da violação de preceito decorrente do referido “princípio da igualdade de soberania dos Estados”, procurou evitar o questionamento de que no caso concreto o crime de guerra seria decorrente de norma editada com efeitos retroativos para punir quem “perde a guerra”, o que a edição do Estatuto de Nuremberg, contendo tal definição para fins de julgamento dos crimes nazistas, acabou dando ensejo.

<sup>1361</sup> SCHMITT, 2006, p. 10: “também, nos autores do Direito Natural do século XVII, a questão da soberania foi entendida como a questão da decisão sobre o estado de exceção”. E mais adiante o autor é explícito: “O estado de exceção tem um significado análogo para a jurisprudência, como o milagre para a teologia.” (Ibid, p. 35).

<sup>1362</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 127.

<sup>1363</sup> KELSEN, 2008, p. 64.

<sup>1364</sup> KANT, 1988, p. 32.

<sup>1365</sup> Ibid.

sustenta a polêmica tese de que a sanção na ordem jurídica internacional decorre da própria “guerra legítima” declarada contra um Estado agressor que viola o direito internacional ao iniciar uma guerra sem motivação pública.<sup>1366</sup> Para tal propósito defende a inexistência de “antagonismo absoluto entre la aplicación y la creación del derecho, pues aun un acto de aplicación del derecho es al mismo tiempo un acto de creación del derecho”.<sup>1367</sup> Kelsen preconiza, portanto, a própria legitimação pelo procedimento adotada de forma empírica no *rule of law* ao observar que “el sometimiento a los órganos legislativos, pero no el sometimiento a los tribunales, es considerado incompatible con el principio de igualdad de soberanía”,<sup>1368</sup> de tal modo que de forma latente também diferencia “regras” e “princípios” ao observar que mesmo que:

la decisión de un tribunal internacional no constituya la aplicación estricta de una regla jurídica pre-existente, se supone que está fundada por lo menos en la idea del derecho, es decir, en una disposición que, si bien no es todavía derecho positivo, debe, de acuerdo con la convicción de los jueces independientes, convertirse en derecho y que en realidad se convierte en derecho positivo para el caso resuelto por la decisión judicial particular.<sup>1369</sup>

O caminho para a afirmação da pessoa humana enquanto sujeito internacional de direitos e com tal ato a própria garantia da inviolabilidade da dignidade humana no contexto internacional foi desde então vigorosamente traçado. O sentido humanista de tais preceitos também encontrou positividade na ordem jurídica internacional em face de princípios jurídicos pressupostos, os quais asseguraram o rumo profícuo que Cançado Trindade explicita ao fazer a seguinte constatação: “Um grande legado da ciência jurídica do século XX foi haver afirmado a personalidade e capacidade jurídicas do ser humano no plano internacional.”<sup>1370</sup> Na superação da dimensão puramente interestatal do Direito Internacional “ocupa posição central a preocupação com as condições de vida dos indivíduos e dos povos em todo o mundo”<sup>1371</sup> e “a nova razão de humanidade passa a primar sobre a velha razão de Estado”,<sup>1372</sup> o que evidencia que:

<sup>1366</sup> KELSEN, 2008, p. 106-107: “Cualquier investigación sobre los autores de la segunda guerra mundial no suscita problemas de extraordinaria complejidad. Ni la *quaestio iuris* ni la *quaestio facti* ofrecen dificultad seria alguna a un tribunal.” Também em sua Teoria Pura do Direito: “A idéia de que a guerra, assim como as represálias, são sanções do Direito internacional, surge, assim, plenamente fundamentada.” (KELSEN, 1987, p. 337).

<sup>1367</sup> KELSEN, 2008, p. 73.

<sup>1368</sup> Ibid.

<sup>1369</sup> Ibid., p. 74.

<sup>1370</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Posfácio: Dois Testemunhos*. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. (Coord.). 2005, t. VI, p. 613-663, p. 662.

<sup>1371</sup> Ibid., 2005, p. 663.

<sup>1372</sup> Ibid.

Há que dispensar um tratamento equânime às questões que afetam a humanidade como um todo (a erradicação da pobreza, a proteção dos direitos humanos, a realização da justiça social, a preservação ambiental, o desarmamento, a segurança humana), em meio a um sentimento de maior solidariedade e fraternidade humanas.  
1373

Nesta mesma senda constata-se que o acesso dos interesses sociais ao parlamento com a superação do voto censitário expressa a própria evolução do princípio republicano identificado por Alexis de Tocqueville diante da situação social dos anglo-americanos, pois não há “mais que duas maneiras de fazer reinar a igualdade no mundo político: é preciso que se dêem direitos a cada cidadão, ou que não sejam dados a ninguém.”<sup>1374</sup> No âmbito específico do direito constitucional Roberto Bin com propriedade lembra que o sufrágio universal abriu as portas do parlamento para a representação da multidão de despossuídos e por consequência para o conflito social e a contestação da ordem econômica e social que vigia até o início do século XX, de tal modo que a “lei do número” subverteu uma ordem que privilegiava a “elite”.<sup>1375</sup> Entender as tensões e conflitos sociais colocados no seio da constituição e das suas instituições é, desde então, o sentido do constitucionalismo, sendo este o próprio sentido da distinção não apenas formal entre constituições “rígidas” e “flexíveis”, o que Roberto Bin diferencia ao ponderar que:

Enquanto as constituições do nosso tempo têm a ambição de governar o conflito social dentro das instituições constitucionais, através dos instrumentos colocados pela constituição ‘rígida’, as constituições de então regulavam o conflito social com o emprego das forças da ordem pública e do exército, ou seja, excluindo tal conflito de forma forçada do ‘jardim’ das instituições representativas, dos direitos e dos procedimentos constitucionalmente garantidos. Uma rígida cerca delimitava o acesso dos interesses sociais à representação política: esta era a solução adotada para resolver o problema de como conciliar a tutela das liberdades civis (e da propriedade privada, que é o paradigma das mesmas) com a afirmação da igualdade formal dos cidadãos – princípio, esse último, que traz consigo a óbvia expectativa da máxima extensão do sufrágio e dos direitos políticos.<sup>1376</sup>

<sup>1373</sup> Ibid.

<sup>1374</sup> TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*. Tradução: Neil Ribeiro da Silva. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: USP, 1987, p. 49: “Não seria possível conceber os homens eternamente desiguais entre si num único ponto, iguais nos outros; por isso, dentro de determinado tempo, chegarão a ser iguais em todos.”

<sup>1375</sup> BIN, 2007, p. 16.

<sup>1376</sup> BIN, 2007, p. 16. Texto original: “Mentre le costituzioni dei nostri tempi hanno l’ambizione di governare il conflitto sociale *dentro* alle istituzioni costituzionali, attraverso gli strumenti posti dalla costituzione ‘rigida’, le costituzioni di allora regolavano il conflitto sociale con l’impiego delle forze dell’ordine pubblico e dell’esercito, cioè escludendolo forzatamente dal ‘giardino’ delle istituzioni rappresentative, dei diritti e delle procedure costituzionalmente garantite. Una rigida recinzione delimitava l’accesso degli interessi sociali alla rappresentanza politica: questa era la soluzione adottata per risolvere il problema di come conciliare la tutela delle libertà civili (e della proprietà privata, che di esse è il paradigma) con l’affermazione dell’eguaglianza formale dei cittadini – principio, quest’ultimo, che porta con sé l’ovvia aspettativa della massima estensione del suffragio e dei diritti politici.”

É, por conseguinte, com o advento do Estado de Direito Democrático e Social, que supera a mera tutela da liberdade negativa e da propriedade e evolui para a intervenção positiva em relação aos sujeitos e hoje necessariamente deve contemplar a gravidade e a urgência da questão ambiental, que se coloca a recorrente expressão “crise do Estado”, cuja ênfase mutante Sabino Cassese com acerto identifica em diversos momentos da tensa relação entre o Estado e os agentes econômicos no curso dos últimos cem anos, pois observa que:

Sobre ‘crise do Estado’ se debate desde o início do século XX. Falou-se nisso primeiro quando surgiram organismos potentes, como os sindicatos e os grupos industriais, que colocaram em dúvida a soberania interna do Estado. Sucessivamente, a ‘crise do Estado’ serviu para revelar o avanço dos poderes públicos internacionais, que são instituídos pelos Estados, mas acabam por tê-los sob controle. Um terceiro significado da locução é aquele, mais recente, que revela a inadequação dos serviços estatais com relação às expectativas dos cidadãos e da sociedade em geral. Há, em seguida, uma outra acepção, esta mais semântica, da fórmula. Ela indica a crise do termo Estado, que se ampliou até para definir entes demais e, conseqüentemente, tornou-se, como todos os termos polissêmicos, imprestável. Finalmente, a expressão foi empregada, nos últimos anos, para indicar a redução das atividades estatais com as privatizações e a entrega aos particulares de atividades até então do Estado.<sup>1377</sup>

Neste aspecto a tese de doutoramento de Gomes Canotilho – *Constituição dirigente e vinculação do legislador*<sup>1378</sup> – é publicada em 1982 e surge como expressão de um momento de desconfiança para com o legislador em face da preocupação com a efetividade dos direitos sociais consagrados na Constituição. Mas o papel do Estado de “instrumento insubstituível de integração social e de neutralização dos conflitos”<sup>1379</sup> acaba sendo abalado pela dinâmica econômica da integração de mercados.<sup>1380</sup> A liberdade em sentido negativo e a propriedade, dentro de tal contexto histórico, passam a gozar de primazia para pautar novos horizontes normativos ao incidir, via de consequência, mais diretamente sobre o sentido das competências constitucionais assentadas naquela função de integração e coesão social que

<sup>1377</sup> CASSESE, 2002, p. 3. Texto original: “Di “crisi dello Stato” si discute dagli inizi del secolo XX. Dapprima se ne è parlato quando sono apparsi organismi potenti, come i sindacati e i gruppi industriali, che hanno posto in dubbio la sovranità interna dello Stato. Successivamente, la “crisi dello Stato” è servita a indicare il progresso dei poteri pubblici internazionali, che sono istituiti dagli Stati, ma finiscono per tenerli sotto controllo. Un terzo significato della locuzione è quello, di epoca più recente, che indica l’inadeguatezza dei servizi statali rispetto alle attese dei cittadini e della società, in generale. Vi è, poi, un’altra accezione, questa più semantica, della formula. Essa indica la crisi del termine Stato, allargatosi fino a definire troppe entità e, quindi, divenuto, come tutti i termini polisemici, inservibile. Infine, l’espressione è stata adoperata, negli anni recenti, per indicare la diminuzione delle attività statali, con le privatizzazioni e l’affidamento ai privati di entità prima dello Stato.”

<sup>1378</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994 (reimpressão).

<sup>1379</sup> COSTA, 2006, p. 195.

<sup>1380</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 25: “Não basta, a nosso ver, estar contra os ventos. É preciso navegar entre o *Estado de direito* e a *República constitucional comercial* e compreender como a ‘fortuna’ e a ‘virtude’ se agitam no contexto das novas sociedades em rede.”

cabe ao próprio constitucionalismo e ao correlato Estado de Direito, mas ainda assim não afastam o sentido material das garantias constitucionais. Neste sentido anda a lúcida lição do mesmo Canotilho ao sustentar um necessário equilíbrio entre a legitimidade material e a abertura para o novo que os textos constitucionais devem comportar, pois observar que:

Uma das concepções de constituição mais aplaudida pela moderna juspublicística – a **teoria material de constituição** – pretende conciliar a ideia de constituição com duas exigências fundamentais do estado democrático-constitucional: (1) a *legitimidade material*, o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais informadores do estado e da sociedade; (2) a *abertura constitucional*, pois a constituição deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas portadores de projetos alternativos para a concretização dos fins constitucionais.<sup>1381</sup>

É, via de consequência, inegável a atualidade da lição de Emílio Betti, lançada ainda em 1956 versando sobre os preconceitos que o jurista deve evitar ao observar a realidade da convivência internacional, ou seja: a) “*o preconceito da onipotência do estado*”;<sup>1382</sup> b) “*o preconceito da exclusividade estatal*”;<sup>1383</sup> e c) “*o preconceito da universalidade do ordenamento do direito privado*”.<sup>1384</sup> No mesmo sentido Cirne Lima, com sua erudita e proficiente doutrina publicista, adverte para o fato de que: “Na verdade, os direitos fundamentais, assegurados na Constituição, ao revés de limite, são, quanto aos serviços públicos, o fundamento e a razão de ser destes.”<sup>1385</sup> No mesmo texto Cirne Lima também lembra que:

A definição do que seja, ou não, serviço público, pode entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público, terá de ser contrastada com a definição, expressa ou suposta pela Constituição.<sup>1386</sup>

Diante de tal conceito dogmático de serviço público, devem ser compatibilizadas as noções de *constituição-garantia* e de *constituição-dirigente* e com elas o próprio conceito material de *serviço público* enquanto atento ao *interesse social* sem ignorar o sentido próprio

<sup>1381</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1338.

<sup>1382</sup> BETTI, Emilio. *Problematica del diritto internazionale*. Milano: Giuffrè, 1956, p. 7. Texto original: “*il preconcetto della onnipotenza dello stato*”.

<sup>1383</sup> Ibid. Texto original: “*il preconcetto della esclusività statale*”.

<sup>1384</sup> Ibid. Texto original: “*il preconcetto della universalità dell’ordinamento del diritto privato*”.

<sup>1385</sup> LIMA, Ruy Cirne. A organização administrativa e o serviço público no direito administrativo brasileiro. In: *Estudos jurídicos em honra de Soriano Neto*. Recife: Faculdade de Direito da Universidade do Recife, 1959, v. II, p. 9-19, p. 14.

<sup>1386</sup> Ibid., p. 17.

de um “regime de direito público”,<sup>1387</sup> pois os princípios da ordem econômica assumem a identidade capitalista da economia com fundamento na *livre iniciativa* e na garantia da *propriedade privada* e da *livre concorrência* (CB, art. 170, II e IV), mas ao mesmo tempo preconizam a *valorização do trabalho* e a *existência digna, conforme os ditames da justiça social*, com base nos princípios da *função social da propriedade*, da *defesa do consumidor*, da *redução das desigualdades regionais e sociais*, da *busca do pleno emprego* e do *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País* (CB, art. 170, III, V, VII, VIII, IX), para valorizar as políticas públicas em sintonia com a constituição econômica.<sup>1388</sup>

Mas a consonância do pressuposto estritamente normativo lançado por Cirne Lima com o desiderato do Poder Constituinte de 1988 torna necessária uma reflexão sobre o constitucionalismo diante do que um expressivo segmento da doutrina denomina de neoconstitucionalismo.<sup>1389</sup> Sem qualquer óbice às teses de fundo defendidas pelos cultores de uma hermenêutica filosófica que procura fazer a adequada ponderação dos princípios constitucionais em cada caso concreto para assegurar a máxima efetividade dos preceitos fundamentais, o que expressa a evolução de uma matéria que no âmbito estritamente privatista é conhecida como equidade,<sup>1390</sup> é necessário ter presente a importância de tal evolução hermenêutica sem esquecer a lição de Cesare Vivante lançada ainda em 1898. Para o professor da Universidade de Bologna a evolução tecnológica, que permitiu ainda no século

<sup>1387</sup> BANDEIRA DE MELLO, 1987, p. 20: “Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.”

<sup>1388</sup> SOUZA, 2002, p. 372. Ao abordar o “princípio da ambigüidade” o autor contrapõe a doutrina de Hayek e pondera que não é possível falar de “uma ‘ordem econômica capitalista ou liberal’ ou de uma ‘ordem econômica socialista’, inteiramente independentes e separadas na realidade” (*Op. cit, infra*, p. 357), razão pela qual questiona a capacidade dos estudos econômicos de contribuir com a técnica legislativa para equacionar “as próprias questões do permanente ajustamento da lei à realidade” (*Op. cit, infra*, p. 357) e observa que a diversidade de princípios que definem a ordem econômica expressa a natureza plural da Constituição, o que “levaria o intérprete menos avisado a identificar ‘conflitos ideológicos’ e a encontrar inconstitucionalidades, impedindo a sua convivência na Constituição, se tomados em termos de modelos ideológicos puros (Liberalismo, Capitalismo Liberal, Neoliberalismo, Socialismo)” (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 275).

<sup>1389</sup> Vide por todos: CARBONELL. Miguel. (Org.). *Teoria del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

<sup>1390</sup> MAXIMILIANO, 2006, p. 142: “Até os mais ferrenhos tradicionalistas admitem o recurso à Equidade ao preencher as lacunas do Direito, positivo ou consuetudinário. Para os contemporâneos, deve a mesma ser invocada não só em casos de silêncio da lei; pois também constitui precioso auxiliar da Hermenêutica: suaviza a dureza das disposições, insinua uma solução mais tolerante, benigna, humana. Às vezes até nem se alude explicitamente a ela no aresto; porém o raciocínio expandido, embora revestido de roupagens lógicas, baseia-se, com a maior evidência, no grande princípio universal – *jus est ars boni et æqui*.”



XIX a celebração de contratos “entre pessoas distantes pelo correio e com o telégrafo”,<sup>1391</sup> não afasta, diante dos institutos do direito e dos limites de ordem pública, “o dever de tratar sistemática e completamente tal instituto segundo o direito vigente”,<sup>1392</sup> de tal modo que “não se pode tentar resolver alguma dúvida sem o conhecimento de todo o instituto.”<sup>1393</sup> O neoconstitucionalismo, além de ser reconhecido pelos seus próprios cultores como sendo termo de uma expressão heterogênea<sup>1394</sup> que designa desde o constitucionalismo europeu contemporâneo até “las ideas de autores de variadas tendencias que incluso defenden posiciones incompatibles entre sí”,<sup>1395</sup> pretende contrapor a subsunção e a interpretação jurídica ao recomendável exercício da ponderação dos princípios constitucionais,<sup>1396</sup> o que na realidade não é contraditório e expressa a evolução do positivismo normativista,<sup>1397</sup> dado que a própria ponderação não deixa de ser um ato de subsunção,<sup>1398</sup> razão pela qual:

<sup>1391</sup> VIVANTE, Cesare. La conclusione dei contratti commerciali. In: *Studii giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer nella ricorrenza del XXV anno del suo insegnamento*. Torino: Fratelli Bocca, 1898, p. 227-270, p. 229. Texto original: “fra lontani colla posta e col telegrafo”.

<sup>1392</sup> *Ibid.*, p. 229-230. Texto original: “il dovere di trattare sistematicamente e completamente di questo istituto secondo il diritto vigente”.

<sup>1393</sup> *Ibid.*, p. 230. Texto original: “non si può tentare la risoluzione di alcun dubbio senza la conoscenza dell’intero istituto.”

<sup>1394</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, 2007, p. 289-325, p. 298: “no existe una sola versión del neoconstitucionalismo ni del positivismo.” Com acerto Daniel Sarmento também registra que: “Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista.” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2009, p. 9-49, p. 11.

<sup>1395</sup> PULIDO, 2007, p. 301.

<sup>1396</sup> PULIDO, 2007, p. 296-298.

<sup>1397</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. Dentro da moldura posta pelo legislador constituinte, o legislador goza de uma maior autonomia e, caso não faça “uso da autorização a ele dada não comete nenhuma infringência ao Direito” (Id. *Ibid.*), enquanto que o “juiz é autorizado por leis para aplicar normas jurídicas gerais a casos concretos” (Id. *Ibid.*), razão pela qual o magistrado “viola seu dever de ofício quando se omite de fazer uso de autorização num caso concreto, ele se conduz contrário à imposição, contrário ao Direito” (Id. *Ibid.*). Para Kelsen o intérprete atua “com liberdade de apreciação” e sua decisão se apóia em um “ato de vontade”, pois reconhece a ideia de *política do direito* no papel do intérprete no Capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 1987, p. 369), entretanto em tal proceder nunca deixou de ser explícita a vinculação do intérprete aos termos do comando normativo, de tal modo que ao sustentar tais proposições Kelsen não faz mais do que reconhecer a insuficiência do modelo dedutivo (vide nota 245).

<sup>1398</sup> Não é possível concordar com conclusão de Alexy de que a formulação de Kelsen, para quem em casos difíceis o juiz resolve como um legislador um problema que é um “problema jurídico-político”, representaria algo próximo de um voluntarismo decisionista. (ALEXY, Robert. *Teoria del discurso y derechos humanos*. Tradução: Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 38-39). No curso de sua obra Kelsen nunca questionou o racionalismo jurídico, de tal modo que a conclusão de Alexy equivaleria a afirmar que o próprio legislador por definição é irracional, razão pela qual não há contradição entre a obra de Kelsen e a constatação de Alexy no sentido de que: “Los jueces intentan, aun en casos difíciles, decidir con base en motivos jurídicos y dar una fundamentación jurídica racional, o cuanto menos deben hacerlo así. Ellos reivindican la aspiración a que su decision, si no la única correcta, es no obstante correcta.” (Id., p.

la mejor teoría es aquella que enlaza una concepción lingüística de la Constitución con la defensa de los derechos fundamentales como principios, aplicables mediante una visión de la ponderación que privilegie el principio *in dubio pro legislatore* y, por consiguiente, la deferencia y el respecto a los márgenes de acción del legislador.<sup>1399</sup>

No mesmo sentido anda a autoridade de Konrad Hesse ao destacar que a *constitutio scripta* é “um limite insuperável da interpretação constitucional”,<sup>1400</sup> pois o texto admite “a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação”,<sup>1401</sup> mas “exclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação.”<sup>1402</sup> É assim que Inocêncio Coelho identifica a significativa contribuição daquele jurista para a hermenêutica constitucional diante dos problemas semânticos e do papel da realidade nas mutações constitucionais, pois o mesmo qualifica a interpretação constitucional sem olvidar a “importância do texto como algo firme e vinculante, apesar da diversidade e da influência desses *complicadores* no processo de concretização constitucional.”<sup>1403</sup> Igualmente não é sem sentido a própria defesa do originalismo nos Estados Unidos por Antonin Scalia ao afirmar que: “É completamente incompatível com a teoria democrática o fato de que as leis digam qualquer coisa que se queira que elas digam e que isto seja decidido por juízes não eleitos.”<sup>1404</sup> Também Bruce Ackerman sustenta a importância de “impedir a revisão da Declaração de Direitos contra

---

39). Para Kelsen, assim como para Alexy, a afirmação do primado do Direito expressa os limites do legislador diante da impossibilidade de contemplar o todo da complexidade social, de tal modo que, tal como ao jurista, cabe ao legislador construir sistemas racionais, sendo patente que para ambos se aplica a referida máxima deontológica: “cuanto menos deben hacerlo así”. (Ibid., p. 39). Kelsen buscou apontar com precisão os diferentes graus de autonomia de cada agente para estabelecer uma rigorosa dicotomia entre o agir do jurista e do político, mas o próprio reconhecimento de Alexy de que não há uma única resposta correta para cada caso expressa um tributo ao monumental legado do jurista austríaco.

<sup>1399</sup> PULIDO, 2007, p. 306.

<sup>1400</sup> HESSE, 1998, p. 69.

<sup>1401</sup> Ibid.

<sup>1402</sup> Ibid.

<sup>1403</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 112.

<sup>1404</sup> SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1977, p. 22. Texto original: “It is simply not compatible with democratic theory that laws mean whatever they ought to mean, and that unelected judges decide what that is.” Scalia é ainda mais explícito ao afirmar que: “Se as Cortes são livres para reescreverem a Constituição, estas o farão no modo desejado pela maioria; o procedimento de nomeação e de confirmação dos juízes assegurará isto. Claramente isto é o fim da Carta de Direitos, a qual estará nas mãos do único corpo ao qual deveria contrapor-se: a maioria. Ao procurar fazer a Constituição dizer o que serve para cada época histórica, a privaremos de qualquer conteúdo.” (Ibid., p. 47). Texto original: “If the courts are free to write the Constitution anew, they will, by God, write it the way the majority wants; the appointment and confirmation process will see to that. This, of course, is the end of the Bill of Rights, whose meaning will be committed to the very body it was meant to protect against: the majority. By trying to make the Constitution do everything that needs doing from age to age, we shall have caused it to do nothing at all.”

grupos majoritários americanos no futuro, envolvidos em algum paroxismo neonazista”,<sup>1405</sup> o que reforça a preocupação em “esclarecer o espírito da Constituição como ela é, e não como ela poderia ou não ser”.<sup>1406</sup>

A consistência de tais reflexões doutrinárias evidencia que o legado da Modernidade, assentado no esforço de racionalização e legitimação democrática da ordem jurídica, particularmente nos termos do disposto no art. 16 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789,<sup>1407</sup> ainda não foi superado. Mesmo diante do avanço tecnológico vivenciado pela humanidade e da crescente complexidade social, não se faz possível uma simplista invocação de novos paradigmas para ignorar a legitimidade democrática e até mesmo renunciar competências constitucionais assentadas na soberania popular.<sup>1408</sup> Acerca do sentido paradigmático das garantias e competências constitucionais forjadas dentro do esforço de superação da servidão feudal Ingo Sarlet observa que:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.<sup>1409</sup>

A dignidade humana (CB, art. 1º, III) não é dependente de qualquer condicionamento, e eventual ponderação diante dos demais princípios fundamentais deve observar plena compatibilidade com o *princípio da proporcionalidade* ou *proibição de excesso* e, portanto, exige *adequação*<sup>1410</sup> entre meios e fins, *necessidade*<sup>1411</sup> de adoção do meio menos gravoso para

<sup>1405</sup> ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução: Mauro Rapposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 21.

<sup>1406</sup> *Ibid.* Para Ackerman há três momentos históricos transformadores nos quais o povo norte-americano definiu o sentido da Constituição sem a alteração do seu texto (a fundação da nação, a reconstrução após a Guerra Civil e o *New Deal*) e é papel da Suprema Corte diferenciar a soberania popular da vontade dos políticos (*Ibid.* p. 29), de tal modo que “a Corte do *New Deal*, que se retira do naufrágio da jurisprudência *laissez-faire* no final dos anos 30, é reconhecidamente a nossa Corte”. (*Ibid.*, p. 55).

<sup>1407</sup> *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789: “Art. 16. A sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem Constituição.”

<sup>1408</sup> KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 186: “o teste de um paradigma ocorre somente depois que o fracasso persistente na resolução de um quebra-cabeça importante dá origem a uma crise.” É importante observar que a noção de paradigma ou mesmo matriz disciplinar proposta pelo renomado historiador da ciência é empregada em diversos setores de pesquisa, o que, conforme registra com propriedade Pietro Costa (COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Tradução: Alexandre Rodrigues de Castro *et al.* Curitiba: Juruá, 2010, p. 38), exige uma clara e criteriosa narrativa historiográfica que individualize os elementos de uma dada disciplina e identifique os pressupostos de cada pesquisador, tal como objeto, método e mesmo valores e estilo argumentativo empregados, pois em face do sentido aberto e plurilinear da história são inúmeras as possibilidades de narrativas.

<sup>1409</sup> SARLET, 2009, p. 58.

<sup>1410</sup> BONAVIDES, 2006, p. 396-397

<sup>1411</sup> *Ibid.*, p. 397.

o indivíduo e a rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos da administração (*proporcionalidade em sentido estrito*),<sup>1412</sup> de tal modo que a existência, a funcionalidade e a utilidade dos direitos individuais e sociais guardam estreita identidade com o serviço público e o interesse social por ele tutelado. Neste aspecto Ingo Sarlet observa que a proibição de retrocesso revela:

feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.<sup>1413</sup>

A busca de fundamentos jurídicos para a devida colmatação do sistema normativo constitucional pelo Poder Judiciário somente se faz possível com a afirmação da máxima efetividade dos princípios assentados na Carta Magna e nos tratados internacionais que disciplinam o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.<sup>1414</sup> Os regimes democráticos viabilizam as condições para a eficácia dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, tais direitos viabilizam o exercício da cultura e dos valores democráticos, o que desencadeia um efeito sinérgico nos contextos nacionais e internacional diante do pleno exercício da soberania democrática pelos diversos povos do planeta, verdadeira expressão de um processo histórico que pressupõe uma permanente relação dialética entre duas legitimidades, ou seja, a coerção exercida pelo Estado singular e a ordem internacional.<sup>1415</sup>

Mais do que afirmar, é necessário assegurar a plena efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição do Brasil, bem como, conforme salienta Elival Ramos, no conjunto do denominado bloco de constitucionalidade, noção “largamente utilizada no Direito Constitucional francês desde a década de 1970”<sup>1416</sup> e que hoje passa a ter sentido material na realidade constitucional brasileira, conforme adiante será evidenciado. É,

<sup>1412</sup> Ibid., p. 398.

<sup>1413</sup> SARLET, 2009, p. 450.

<sup>1414</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5: “Ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva. São criados parâmetros globais de ação estatal, que compõem um código comum de ação, ao qual os Estados devem se conformar, no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos.”

<sup>1415</sup> KELSEN, 1987, p. 354: “Também a família é uma comunidade jurídica mais antiga do que o Estado – o Estado centralizado, abrangendo muitas famílias –; e, no entanto, é sobre a ordem jurídica estadual que hoje se funda a validade da ordem jurídica familiar.”

<sup>1416</sup> RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no Direito Constitucional brasileiro pós-emenda 45/04. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Lilitiana Lyra (Org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 146-188, p. 84. Vide notas [1441](#) e [1442](#).

neste contexto, sensível a importância e a prevalência<sup>1417</sup> global da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. E para tal desiderato é também imprescindível a força normativa dos tratados internacionais que consubstanciam os direitos humanos na ordem internacional, gozando de especial relevo o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, aprovados em dezembro de 1966 pela XXI Sessão da Assembleia das Nações Unidas e incorporados ao direito brasileiro em julho de 1992.<sup>1418</sup>

---

<sup>1417</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: “Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos;”.

<sup>1418</sup> Vide notas [1175](#) e [1176](#).

## 5 O CONSTITUCIONALISMO NACIONAL E O CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL: O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E O MULTICULTURALISMO DIANTE DAS DEMOCRACIAS E DO DESENVOLVIMENTO HUMANO DOS POVOS

Os dois principais segmentos do direito transnacional até aqui analisados, ou seja, a *lex mercatoria* e os direitos humanos, revelam o caráter privado e o caráter público de uma pretendida governança mundial que preconiza a possível existência de um constitucionalismo mundial.<sup>1419</sup> Por outro lado, a importância e o significado do poder constituinte e dos princípios de convivência social consagrados constitucionalmente nos Estados nacionais decorrem diretamente do estatuto de relação entre o direito e o poder em todas as suas dimensões, pois é sabido que a força da Constituição está intimamente relacionada com a sua legitimidade, “la quale a sua volta si spiega solamente uscendo dall’ambito dell’analisi testuale e delle teoria giuridica.”<sup>1420</sup> Não por outra razão os aspectos econômicos, sociais e culturais assumem papel incontestável no constitucionalismo no curso do século XX<sup>1421</sup> e, desde então, os limites da tensão entre o direito e o poder colocam em questão o próprio entendimento histórico do estado de exceção,<sup>1422</sup> pois em termos de economia não raro a exceção aspira a condição de regra.<sup>1423</sup> Neste sentido o advento do Estado social enquanto resposta ao abstrato entendimento do ser humano e da sua liberdade meramente econômica no

---

<sup>1419</sup> FERRARESE, 2006, p. 37-38: “é possível identificar duas principais áreas de *governança* com relação ao direito transnacional: uma de caráter autenticamente privado, que é constituída pela denominada *lex mercatoria*; a outra de caráter público é aquela configurada pelos denominados ‘direitos humanos’, que alimentam uma espécie de constitucionalismo transnacional.” Texto original: “si possono individuare due principali aree di *governance* in riferimento al diritto transnazionale: una a carattere nettamente privato, che è costituita dalla cosiddetta *lex mercatoria*; l’altra a carattere pubblico è quella configurata dai cosiddetti ‘diritti umani’, che alimentano una sorta di costituzionalismo transnazionale.”

<sup>1420</sup> BIN, 2007, p. 17-18. Tradução livre: “a qual, por sua vez, somente pode ser explicada saindo do âmbito da análise textual e das teorias jurídicas.”

<sup>1421</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 184: “A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram ‘Estados sociais’. Da mesma forma, Estado social foi a Inglaterra de Churchill e Attle; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente; e o Brasil, desde a Revolução de 1930.”

<sup>1422</sup> BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura* (Obras escolhidas; v. 1). Tradução: Sérgio Paulo Rouanet. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994: “A tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade.”

<sup>1423</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 63: “a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação.”

contexto liberal do século XIX comporta diversas orientações, indo desde o marxismo,<sup>1424</sup> passando pela doutrina social de tantos pensadores<sup>1425</sup> até a Carta Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, editada em 1891.<sup>1426</sup> No Brasil é Paulo Bonavides quem mais densamente analisa tal “transição estrutural por que passou o antigo Estado liberal”<sup>1427</sup> e preconiza uma conciliação entre a democracia e a “necessidade, não importa sob que regime político”,<sup>1428</sup> do Estado social no “constitucionalismo democrático” ao ponderar que: “O Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade.”<sup>1429</sup>

Com propriedade, portanto, Elival Ramos observa que “as questões referentes à incorporação de tratados internacionais ao direito interno e ao seu posicionamento hierárquico em face das demais fontes normativas internas devem ser sempre examinadas com o foco no direito positivo de cada Estado”,<sup>1430</sup> pois se trata de “matéria de Direito Constitucional, não obstante repercutam diretamente sobre a principal fonte de direitos e obrigações na esfera internacional.”<sup>1431</sup> Especificamente quanto aos direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal, até a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004,<sup>1432</sup> entendia que os tratados internacionais integravam a ordem infraconstitucional no mesmo plano da legislação ordinária federal sem qualquer distinção quanto aos temas versados nos mesmos, razão pela qual Cançado Trindade com acerto protestava observando que:

não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um

---

<sup>1424</sup> BOTTOMORE, Tom (Org.). *Dicionário do pensamento marxista*. Tradução: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988, p. 238-241. No referido verbete sobre Karl Marx desta obra organizada pelo pensador não marxista Tom Bottomore, David MacLellan da Universidade de Kent registra: “Cientista social, historiador e revolucionário, Marx foi certamente o pensador socialista que maior influência exerceu sobre o pensamento filosófico e social e sobre a própria história da humanidade. [...] Esse mesmo sucesso, porém, significou que as idéias originais de Marx foram, com frequência, obscurecidas pelas tentativas de adaptar seu significado a circunstâncias políticas as mais variadas.” (Ibid., p. 238-239).

<sup>1425</sup> FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 84: “O espaço social é constituído a partir do momento em que o pensamento social constrói uma representação sistemática sobre a sociedade, que está intimamente ligada à cultura da industrialização do século XIX. Assim, a formação do espaço social passa necessariamente pelas contribuições de Marx, Durkheim e Weber.”

<sup>1426</sup> JOÃO PAULO II. *Centesimus annus*. 6. ed. São Paulo: Paulinas, 2004, p. 11.

<sup>1427</sup> BONAVIDES, 2007, p. 184.

<sup>1428</sup> Ibid., p. 203.

<sup>1429</sup> Ibid., p. 204.

<sup>1430</sup> RAMOS, 2009, p. 152.

<sup>1431</sup> Ibid.

<sup>1432</sup> Conhecida como Emenda da Reforma do Judiciário: doravante referida pela abreviatura EC nº 45/04.

acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros.<sup>1433</sup>

É sabido que a recepção dos tratados na ordem interna exige procedimento formal decorrente de ato integrado entre o Poder Executivo, que celebra os *tratados, convenções e atos internacionais*, e o Poder Legislativo, que os aprova, tudo nos termos dos arts. 84, VIII e 49, I da Constituição do Brasil, produzindo efeitos internamente a partir da data de vigência constante no decreto de promulgação editado pelo Presidente da República, de tal modo que a regra de integração não foi alterada pela referida EC nº 45/04, mas a mesma inovou ao facultar a atribuição de *status* diferenciado para os tratados internacionais sobre direitos humanos.<sup>1434</sup> A emenda em questão, além de introduzir na ordem constitucional brasileira os institutos da *cláusula de repercussão geral* como pressuposto de admissibilidade de recursos extraordinários (CB, § 3º, art. 102), da *súmula vinculante* (CB, art. 103-A) e a instituição do *Conselho Nacional de Justiça* (CB, art. 103-B), dentre outras mudanças, inseriu dois novos parágrafos no art. 5º da Constituição do Brasil com a seguinte redação:

§ 3º – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º – O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Assim, com o advento da EC nº 45/04, a supremacia hierárquica dos tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição do Brasil passa a ser definidora do sentido dos direitos fundamentais e evidencia a dimensão dos direitos ao desenvolvimento e a um regime democrático, pois até então os critérios clássicos regiam a interpretação da matéria diante da legislação ordinária, ou seja: a) cronológico: incidência do postulado da “prevalência de aplicação”<sup>1435</sup> da norma mais nova, o que impropriamente é identificado com o princípio *lex posterior derogat priori*, pois na espécie não há propriamente revogação,<sup>1436</sup> b) hierárquico: *lex superior derogat inferiori*; e c) especialidade: *lex specialis derogat generali*. Muito além da possibilidade de revisão da

<sup>1433</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. xxi.

<sup>1434</sup> DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora Alarcón. *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 83-105, p. 88-89.

<sup>1435</sup> RAMOS, 2009, p. 159.

<sup>1436</sup> A edição de lei ordinária federal contrariando o texto de um tratado internacional, conforme a orientação jurisprudencial assentada no Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, “não revoga, em sentido técnico, o tratado senão que lhe afasta a aplicação” (STF – RE 80.004/SE, j. 1º-6-1977, rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 83:809), dado que o tratado voltará “a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas”. (Ibid.).



interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao texto lançado pelo Poder Constituinte originário no § 2º do mesmo art. 5º,<sup>1437</sup> o que acabou ocorrendo nos termos dos Acórdãos proferidos nos Recursos Extraordinários 349.703/RS, 466.343/SP e no Habeas Corpus 87.585/TO<sup>1438</sup> – quando foi firmado o entendimento de que os tratados de direitos humanos (TDH) até então formalmente incorporados ao direito brasileiro estão posicionados acima das leis e abaixo da Constituição –, o reconhecimento expresso pela EC nº 45/04 de hierarquia diferenciada para tais tratados consagra a supremacia dos direitos humanos diante da soberania estatal definidora da ordem jurídica interna, o que em um regime democrático é expressão da própria soberania popular.<sup>1439</sup> O poder constituinte de reforma revela, via de consequência, a “consciência de que a dignidade da pessoa humana não pode ficar sujeita às variações provocadas pelo exercício da soberania estatal”.<sup>1440</sup> Aqui reside a importância do conceito de bloco de constitucionalidade, pois, malgrado a posição do STF nos arestos acima referidos e o entendimento dominante naquela Excelsa Corte até a edição da EC nº 45/04 no sentido de que a Constituição contempla “apenas as regras expressas ou implícitas inseridas num único diploma ou ‘código’ elaborado de modo solene por poder aceito como Constituinte Originário ou Reformador (aí incluídas as emendas ordinárias e as de revisão)”,<sup>1441</sup> está revigorado o debate hermenêutico no sentido de que a Carta Maior brasileira é composta pela “reunião de vários diplomas normativos igualmente considerados como constitucionais, ainda

<sup>1437</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: “Art. 5º. [...] § 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” A abertura material do catálogo de direitos fundamentais, defendida por Cançado Trindade e um representativo segmento da doutrina em face da aludida norma constitucional originária (CB, § 2º, art. 5º), não foi acolhida, até a edição da EC nº 45/04, pela Suprema Corte brasileira quanto à posição hierárquica constitucional ou mesmo diferenciada dos tratados de direitos humanos (TDH) diante dos demais tratados e da legislação ordinária. Com a edição da EC nº 45/04 foram acrescentados os §§ 3º e 4º ao art. 5º da CB com a seguinte redação: “§ 3º – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º – O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

<sup>1438</sup> “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Civis Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.” (Excerto da Ementa do Acórdão do STF no Recurso Extraordinário 349.703/RS, j. 03/12/2008, rel. Min. Gilmar Mendes).

<sup>1439</sup> PALOMBELLA, 1997, p. 47.

<sup>1440</sup> RAMOS, 2009, p. 146-147.

<sup>1441</sup> FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 99-105, p. 100.

que produzidos em épocas distintas e sem a preocupação de sistematização típica da codificação.”<sup>1442</sup> É necessário, entretanto, ter presente os dois aspectos da questão suscitados por Gomes Canotilho, pois se por um lado “o programa normativo-constitucional não se pode reduzir, de forma positivística, ao ‘texto’ da constituição”,<sup>1443</sup> a tarefa de aprofundar a densidade das normas da Carta Magna – dentre as quais não se pode ignorar o elenco expresso de espécies normativas<sup>1444</sup> – com o alargamento do bloco de constitucionalidade exige que tais “princípios não escritos”<sup>1445</sup> sejam “reconduzíveis ao programa normativo-constitucional como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.”<sup>1446</sup>

Resta evidenciado que diante da globalização e da *lex mercatoria*, tendo presente as lições ao mesmo tempo de realismo e humanidade, dentre tantos, de Joseph Stiglitz,<sup>1447</sup> Zygmunt Bauman<sup>1448</sup> e Danilo Zolo,<sup>1449</sup> os temas jurídico-constitucionais do mercado e dos direitos fundamentais receberam tratamento constitucional diferenciado e guardam estreita identidade com o debate acerca da incorporação dos tratados internacionais ao direito positivo pátrio e com o próprio sentido da distinção entre constituições rígidas e flexíveis. Sobre tal distinção com acerto Roberto Bin observa que o que “segna lo stacco tra le carte ‘flessibili’ dell’800 e quelle della generazione cui appartiene la nostra è la collocazione del conflitto

<sup>1442</sup> Ibid. Na síntese de José Carlos Francisco o bloco de constitucionalidade seria, portanto, “composto do texto positivado e pelos elementos implícitos inseridos no corpo permanente e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) pelo constituinte de 1988, pelos preceitos expressos e implícitos constante apenas nas emendas constitucionais ordinárias elaboradas nos termos do art. 60 e nas emendas de revisão produzidas com amparo no art. 3º do ADCT (vale dizer, dispositivos constitucionais que não foram introduzidos no corpo permanente ou no ADCT, mas que têm hierarquia constitucional) e, agora, também pelos preceitos expressos e implícitos contidos nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados nos moldes do § 3º do art. 5º do ordenamento constitucional” (Ibid.).

<sup>1443</sup> CANOTILHO, 2003, p. 921.

<sup>1444</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

<sup>1445</sup> CANOTILHO, 2003, p. 921.

<sup>1446</sup> Ibid.

<sup>1447</sup> STIGLITZ, 2003, p. 14: “As políticas do FMI, em parte baseadas na suposição obsoleta de que os mercados, por si só, geram resultados eficientes, deixaram de permitir intervenções desejáveis no mercado por parte dos governos, intervenções que poderiam orientar o crescimento econômico e beneficiar *todos*.”

<sup>1448</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 74: “Devido a total e inexorável disseminação das regras de livre mercado e, sobretudo, ao livre movimento do capital e das finanças, a ‘economia’ é progressivamente isentada do controle político; com efeito, o significado primordial do termo ‘economia’ é o de ‘área não política’”

<sup>1449</sup> ZOLO, Danilo. *Globalizzazione: una mappa dei problemi*. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2004a: “Non sono irreversibili l’erosione della sovranità degli Stati piccoli e medi e la concentrazione del potere e della ricchezza ai vertici della gerarchia mondiale dominata dalle maggiori potenze industriali.”; Tradução livre: “Não são irreversíveis a erosão da soberania dos Estados pequenos e médios e a concentração do poder e da riqueza no vértice da hierarquia mundial dominada pelas maiores potências industriais.”

sociale rispetto alla costituzione e alle sue istituzioni.”<sup>1450</sup> A Constituição goza de supremacia hierárquica sobremaneira em razão da matéria que disciplina e não apenas da autoridade que a elabora, sendo que tal critério é apenas cognitivo e na prática é reforçado diante de duas exceções amplamente conhecidas, ou seja, o monarca absolutista que autolimita o seu poder *superior* e a assembleia constituinte que goza de poder *especial*.<sup>1451</sup>

O procedimento especial de revisão da Constituição evita, portanto, a fragilidade política decorrente de uma “petrificação” do texto, bem como representa uma garantia de relativa estabilidade das regras da Carta Magna escrita e, por último, respeita o princípio de que cada geração deve estar em condições de enfrentar todas as decisões postas pelas circunstâncias de seu tempo.<sup>1452</sup> Mas sobremaneira é necessário ter bem claro que o sentido de uma Constituição rígida reside na necessidade de que a Constituição seja superior também sob o aspecto substancial e político, o que afasta qualquer possibilidade de identificar a constituição *material* segundo critérios *formais*,<sup>1453</sup> pois, conforme já referido, o procedimento especial de revisão é uma garantia da Constituição e não a causa da sua rigidez.<sup>1454</sup> Assim, na acurada análise de Alessandro Pace, para James Bryce, reconhecido como o primeiro autor que classificou as constituições em flexíveis e rígidas ao proferir duas conferências em 1884,<sup>1455</sup> as primeiras são as constituições históricas e essas últimas são as constituições escritas.<sup>1456</sup> A mesma interpretação da clássica distinção entre rigidez e flexibilidade constitucional assentada no critério do texto escrito ou não é prestigiada por Giovanni Sartori ao observar que “una constitución no escrita (no recogida en un único texto homogéneo) es por ello mismo una constitución altamente flexible.”<sup>1457</sup> No mesmo sentido o *Chief Justice* John Marshall, no célebre precedente *Marbury contra Madison* (1803), consignou que:

<sup>1450</sup> BIN, 2007, p. 16. Tradução livre: “marca a diferença entre as cartas ‘flexíveis’ do século XIX e aquelas da geração a qual pertence a nossa é o posicionamento do conflito social com relação à constituição e às suas instituições.”

<sup>1451</sup> Ibid., p. 270.

<sup>1452</sup> PACE, Alessandro. *Costituzioni rigide e costituzioni flessibili*. In: *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2002, p. 276.

<sup>1453</sup> Ibid., p. 277. No mesmo sentido a obra de José Duarte Neto, para quem “Rigidez e Estabilidade são categorias distintas, e como tal, devem ser tratadas” (Ibid., *infra*, p. 317), de tal modo que: “A estabilidade constitucional material pressupõe a persistência – ou a permanência – de uma ‘decisão política fundamental’ ou da ‘ideia dominante de Direito’.” (NETO, José Duarte. *Rigidez e estabilidade constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 320). É possível identificar aqui a “vontade de Constituição” plasmada por Konrad Hesse enquanto pressuposto da ordem constitucional (HESSE, 1991, p. 19).

<sup>1454</sup> PACE, p. 272.

<sup>1455</sup> Ibid., p. 265-266.

<sup>1456</sup> BRYCE, 1998, p. 7 e sgs.

<sup>1457</sup> SARTORI, 2010, p. 16.

Certamente todos que fizeram constituições escritas as contemplam como coisas que formam a lei fundamental e suprema da nação, e, por conseguinte, a teoria de todos os governos dessa espécie deve ser a da nulidade do Ato da legislatura que contrarie a Constituição. *Essa teoria se prende essencialmente a uma constituição escrita, e deve conseqüentemente ser considerada, por este tribunal, um dos princípios fundamentais da nossa sociedade. [...]. Logo, os que põem em dúvida o princípio de que a Constituição deve ser considerada, no tribunal, lei suprema, se vêem reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem fechar os olhos à Constituição, e ver apenas a lei. Tal doutrina subverteria a própria base de todas as constituições escritas.*<sup>1458</sup> (Grifo nosso).

O critério de distinção entre as constituições rígidas e as flexíveis com base no procedimento especial de revisão não é mais do que o fruto de uma interpretação da obra de James Bryce por Albert Venn Dicey, lançada em sua clássica obra de 1885 intitulada *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*.<sup>1459</sup> O controle jurisdicional de constitucionalidade não é efetuado em face do procedimento especial de reforma da Carta Maior, mas prestigiando a redação de textos constitucionais em uma dada ordem jurídica e com eles a reverência que a palavra escrita comporta ao conformar um critério objetivo de identificação da supremacia em contraste com o espírito e a tradição oral. Tudo que ora é afirmado, via de consequência, tem o único propósito de enfatizar que nenhuma ordem social vive sem princípios organizadores, ou seja, sem fundamentos que constituem o alicerce da convivência social, porquanto tais valores superiores definem a ordem constitucional. E é tanto melhor para a efetividade de tais fundamentos da convivência social – e com eles da própria segurança jurídica que conformam e reverenciam<sup>1460</sup> – que estejam escritos, pois o

<sup>1458</sup> *Marbury v. Madison*. In: PADOVER, Saul Kussiel. *A constituição viva dos Estados Unidos*. Tradução: A. Della Nina. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1987, p. 88-89. Vide a íntegra da decisão da Suprema Corte norte-americana no sítio da University of Kansas. Disponível em: <http://www.ku.edu/carrie/docs/texts/marbury.htm>. Acesso em: em 13 jun. 2011.

<sup>1459</sup> DICEY, Albert Venn. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale: le basi del costituzionalismo inglese*. Tradução: Alessandro Torre. Bologna: il Mulino, 2003, p. 106: “Una costituzione ‘rígida’ è una costituzione in base alla quale determinate leggi, generalmente note come leggi costituzionali o fondamentali, non possono essere modificate allo stesso modo delle leggi ordinarie.”. Tradução livre: “Uma constituição ‘rígida’ é uma constituição com base na qual determinadas leis, geralmente reconhecidas como leis constitucionais ou fundamentais, não podem ser modificadas do mesmo modo que as leis ordinárias.”.

<sup>1460</sup> SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 237, p. 271-315, jul./set. 2004, p. 278. O autor sustenta com autoridade que nos últimos anos a legislação da União (Leis 9.784/99, 9.868/99 e 9.882/99) passou a identificar a segurança jurídica pelo ângulo subjetivo da proteção à confiança enquanto princípio constitucional situado no mesmo plano do princípio da legalidade, o que se dá “quer como princípio geral da Administração Pública, de matriz constitucional, a justificar a permanência no mundo jurídico de atos administrativos inválidos, quer como valor constitucional a ser ponderado, em determinadas circunstâncias, em cotejo com os princípios da supremacia da Constituição e da nulidade *ex tunc* da lei inconstitucional.” Trata-se de saudável evolução do direito brasileiro com inspiração na doutrina e na jurisprudência estrangeiras, o que, por óbvio, exige rigor e técnica apuradas diante do princípio da unidade da Constituição e mesmo diante da noção de bloco de constitucionalidade, eis que com acerto e dentre tantos Gilmar Mendes lembra que o monopólio da censura se faz possível para o direito constitucional e não para o direito

princípio prevalente é o da máxima efetividade dos direitos fundamentais em face da dimensão inviolável e inalienável que os caracteriza, de tal modo que nem mesmo uma retórica reserva do possível<sup>1461</sup> poderá anular ou mesmo suspender a eficácia de tais direitos.

Neste contexto o significado da supremacia dos direitos humanos – reconhecidos e vigentes na ordem jurídica internacional e especialmente na América Latina após a “sentença histórica” do caso *Barrios Altos*<sup>1462</sup> – na ordem interna e diante da ordem constitucional está

---

suprapositivo (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 131). Ao versar sobre o tema no direito alemão Hartmut Maurer adverte que “o princípio da igualdade pede a igualdade de tratamento de casos que se apresentam simultaneamente” (MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 144). Para uma adequada ponderação entre o princípio da legalidade na administração pública e a proteção da confiança do administrado com amparo no princípio do Estado de Direito é necessário que o direito – sob pena de uma indevida e hedionda tutela diferenciada e discriminatória em favor dos segmentos melhor posicionados na hierarquia social e econômica – seja entendido e praticado como uma verdadeira arte, o que sobreleva a importância da Advocacia Pública na orientação e cotejo dos atos administrativos passíveis de violação de direitos fundamentais diante da orientação jurisprudencial dos tribunais superiores e do STF. Registre-se que no Rio Grande do Sul tal cautela da Advocacia Pública restou consagrada na Lei Complementar n. 11.742/02 (Lei Orgânica da Advocacia de Estado), eis que no inciso II do § 1º do art. 26 está prevista a dispensa de atuação dos Procuradores do Estado na defesa de demandas em que a pretensão resistida do administrado tenha abrigo em “orientação uniforme de instâncias não ordinárias do Poder Judiciário”. Neste aspecto Almiro do Couto e Silva é criterioso ao registrar a posição cautelosa do STF diante da pretendida convalidação de atos viciados de inconstitucionalidade, pois refere que para o Excelso Pretório “o princípio da supremacia da Constituição não tolera exceções, o mesmo devendo valer, por certo, para os princípios, que daquele são consecutórios, tais como o da eficácia *ex tunc* da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei e o da nulidade *ipso iure* da lei contrária à Constituição”. (Ibid., *supra*, p. 282).

<sup>1461</sup> A noção de razoabilidade é inequívoca na doutrina que identifica a reserva do possível enquanto limite para a máxima efetividade dos direitos fundamentais e evidencia o aperfeiçoamento do direito, mas não se justifica e merece censura o uso retórico de tal “argumento” para suspender a eficácia ou mesmo anular direitos fundamentais sob o suposto pretexto de que esbarrariam em limites de meios materiais disponíveis. A própria origem jurisprudencial de tal recomendação, presente na decisão alemã que ainda em 1972 refutou a pretensão subjetiva de acesso ao ensino superior (BVerfGE 33, 303, Numerus Clausus, j. 18/07/71. In: MARTINS, Leonardo. (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução: Beatriz Henning *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656-667), é “no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” e expressa a necessidade da ponderação de direitos e não a ineficácia jurídica do direito fundamental em questão (QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 204-205). Apenas para exemplificar a imprópria utilização de tal noção jurídica, cabe referir a reiterada violação do texto constitucional com a concessão de isenções fiscais inconstitucionais na prática da chamada “guerra fiscal”, pois tal conduta tem sido usual nas administrações estaduais que ao mesmo tempo invocam a “reserva do possível” para retardar o cumprimento de obrigações de natureza alimentar, tal como o pagamento de compromissos salariais com os servidores daqueles entes de direito público (Vide Suspensões de Segurança 1.047/RS, DJU 20.05.1997 e 3.154/RS, DJU 09.04.2007). Neste sentido, além da referida “infiltração” retórica, Luís Fernando Sgarbossa com acerto também critica o caráter ideológico da seletividade da reserva do possível lastreada em uma suposta distinção entre os direitos negativos e os direitos positivos com suporte na falsa ideia de que apenas estes últimos, por serem prestacionais, ensejariam custos, pois o autor evidencia que os direitos não podem ser protegidos ou efetivados sem recursos públicos e, dentre outros aspectos, aponta “o enorme consumo de recursos públicos exigido para a viabilização de direitos civis ou clássicos como, por exemplo, para a segurança pública” (SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: Volume 1. Reserva do possível*. Porto Alegre: Fabris, 2010, p. 242).

<sup>1462</sup> DINIZ, Artur José Almeida. O direito e os direitos humanos: a batalha contra os filhos das trevas comentários a partir da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Barrios Altos*. In:

explícito de forma inequívoca na expressão “o Brasil se submete” constante na redação do novo § 4º do art. 5º da Constituição, ainda que esteja restrita aos mais graves ilícitos contra a paz e a humanidade na ordem jurídica internacional, pois a expressão “cuja criação tenha manifestado adesão” está albergada pela vedação do retrocesso<sup>1463</sup> e mesmo uma eventual denúncia de tal adesão, além de padecer de vício de inconstitucionalidade, não teria efeitos retroativos.<sup>1464</sup> A plena submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional (TPI), embora não

---

LEÃO, 2005, t. III, p. 499-516, p. 514-515: “**Uma sentença histórica** Às 22:30 horas, do dia 3 de novembro de 1991, num bairro popular de Lima, capital do Peru, celebrava-se a *pollada*, festa de arrecadação de fundos para reparar um prédio da vizinhança. Subitamente, chegaram dois veículos com luzes e sirenes ligadas. Saltando dos carros, os recém-chegados, tendo o rosto coberto por máscaras de esquí, obrigaram os presentes a deitar no chão. Logo depois, durante dois longos minutos, descarregaram as metralhadoras a torto e a direito. Fugiram nos mesmos automóveis, com a rapidez possível. Saldo de 15 mortos, mais uns tantos feridos. Um sobrevivente, Tomás Livias Ortega, com lesões irreversíveis e paralítico por causa dos tiros, junto com outras testemunhas, declararam que os tiros eram abafados por silenciadores nas armas. Durante a investigação, a polícia encontrou 111 cartuchos. Posteriormente, investigações judiciais e notícias de jornais puderam identificar a procedência do grupo de extermínio. Eram membros do exército peruano, atuando como esquadrões da morte, denominado Grupo Colina. A eterna desculpa foi a das represálias contra grupos do Sendero Luminoso. O processo se arrastou e as autoridades judiciais somente iniciaram o inquérito em abril de 1995. Chegou-se ao nome dos acusados. Entre eles o General de Divisão Julio Salazar Monroe, Chefe do SNI, Major Santiago M. Rivas e outros oficiais de alta patente. Pela Lei peruana de Anistia, Lei n. 26479, os implicados neste e em vários outros crimes estavam anistiados por atos abusivos cometidos entre 1980 e 1995, com a desculpa do combate à subversão. Este projeto de lei não foi nunca publicado, nem debatido. Medida provisória partindo do então presidente Fujimori entrando em vigor em 15 de junho de 1995. A falsidade dos argumentos era evidente. Por sentença de 14/7/95, o Tribunal Superior de Lima decidiu desconhecer os fatos e mandou arquivar definitivamente o caso Barrios Altos. Pela persistência heróica dos advogados das vítimas (Chumbipuma Aguirre e outros vs. Peru), o caso chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos sediada em Costa Rica.”

<sup>1463</sup> Vide [nota 918](#). Acerca da vedação do retrocesso o pensador iluminista Immanuel Kant, em sua obra tardia “Metafísica dos Costumes”, editada em 1797 sob inequívoca influência da Revolução Francesa, refere que a república democrática supera as concepções próprias dos regimes autocráticos e aristocráticos, de tal modo que “a forma democrática de governo é a mais composta de todas” (KANT, 2003, I, § 51, p. 182), porquanto “une a vontade dos cidadãos para formar uma coisa pública (república); e, então, ela estabelece *esse soberano*, que é ele próprio a vontade unida dos cidadãos, na coisa pública” (Id. Ibid.). Kant identifica a monarquia constitucional como uma manifestação republicana, mas é expresso ao referir a tripartição de poderes (Ibid., I, § 45, p. 155.), a qual é subordinada ao povo, identificado como “*superior* sobre todos” (Ibid., I, § 47, p. 158.). A república democrática, uma vez concretizada por um dado povo “não precisa mais deixar as rédeas do governo saírem de suas mãos e devolvê-las àqueles que antes as empunhavam e poderiam, novamente, anular todas as novas instituições através de escolha absoluta” (Ibid., I, § 52, p. 184). O direito de autogoverno dos povos presente na obra de Kant é explícito quando conclui que “o direito de legislação suprema numa coisa pública não é um direito alienável, mas o mais pessoal de todos os direitos” (Id. Ibid.), sendo que quem o possui “não pode controlar a própria vontade coletiva, que é a causa primária de qualquer contrato público” (Id. Ibid.), pois eventual compromisso tácito da Assembleia Nacional investida de Poder Constituinte de “apenas administrar esses negócios do soberano e, o tendo realizado, devolver as rédeas do governo às mãos do monarca” (Id. Ibid.) seria “nulo e sem validade” (Id. Ibid.).

<sup>1464</sup> É imperativo o registro da tentativa do então presidente do Peru, Alberto Fujimori, de denunciar a adesão daquele país aos termos da cláusula de submissão à competência contenciosa da *Corte Interamericana de Direitos Humanos*, em 9 de julho de 1999, pois diante de diversos procedimentos da Corte reconhecendo a violação do Pacto de São José da Costa Rica (*Convenção Americana sobre Direitos Humanos*) naquele país, onde o caso *Barrios Altos* (vide [nota 1462](#)) e o registro fático de 7.000 desaparecidos tomam destaque (DINIZ, 2005, p. 515-516), a mesma rechaçou a pretensão fazendo, no registro de Carmela Henao, uma distinção acerca da natureza de tais tratados e das condições de aplicação e interpretação dos mesmos: “El objeto y fin de estos tratados no es la protección de intereses estatales sino la construcción de un sistema de protección del ser humano. Mediante ellos se crea obligaciones objetivas y no compromisos recíprocos entre

tenha recebido da doutrina a mesma atenção que o tema da incorporação formal dos tratados disciplinada no § 3º do art. 5º da Constituição, representa um reconhecimento incontestado do prestígio e do sentido unitário do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, cuja efetividade depende sobremaneira da atuação decisiva dos Estados signatários do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, mas é desde logo revestida de autonomia assentada nos princípios do direito internacional diante das jurisdições nacionais.<sup>1465</sup> Aqui, mais do que em qualquer outro dispositivo constitucional, resta consagrada a “primazia da norma mais favorável às vítimas”,<sup>1466</sup> ou seja, “que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno”,<sup>1467</sup> pois o “Estatuto de Roma” é expresso ao consignar que o Tribunal Penal Internacional “será complementar às jurisdições penais nacionais”,<sup>1468</sup> o que justifica uma longa citação da obra de Cançado Trindade:

O critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de “conflitos” entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos, em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados). No tocante a esta última, o critério da primazia da disposição mais favorável às vítimas já em fins da década de cinquenta era aplicado pela Comissão Européia de Direitos Humanos (petição n. 235/56, de 1958-1959), e recebeu reconhecimento judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Parecer de 1985 sobre a Associação Obrigatória de Jornalistas. Contribui, em terceiro lugar, como ressaltamos em nosso curso ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia em 1987, para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – são no sentido de

---

los Estados Partes. Se crea un conjunto de normas que constituyen una garantía colectiva que todos los Estados Partes están obligados a respetar y hacer respetar” (HENAO, Carmela Ossa. La OEA y el pretendido “retiro” de la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el gobierno peruano (1999-2000). *In*: LEÃO, 2005, t. II, p. 333-334). Registre-se ainda que a firme posição daquele tribunal interamericano recebeu amplo reconhecimento, pois manifestaram expresso apoio a *Coordenação Nacional de Direitos Humanos* do Peru, a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* e o presidente da *Corte Européia de Direitos Humanos*, o que se desdobrou na edição da Resolução AG/RES 1716, de 05.06.2000, pela Assembleia-Geral da OEA, reafirmando que “los fallos de la Corte son definitivos e inapelables y que los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos en que sean parte” (Ibid., p. 341 e 339-341), afastando a pretensão peruana de uma “defensa del principio abstracto de la soberanía del Estado, en un ámbito donde no correspondía” (HENAO, 2005, p. 351), o que culminou em 31 de janeiro de 2001 com a retirada pelo governo daquele país da declaração unilateral de denúncia da Convenção e o acatamento das decisões da *Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

<sup>1465</sup> Vide notas [320](#), [321](#), [322](#), [1265](#) e [1468](#), a [Seção 5 do Capítulo 1](#) e a [Seção 2 deste Capítulo](#).

<sup>1466</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. 1, p. 434.

<sup>1467</sup> Ibid.

<sup>1468</sup> *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*: “Art. 1. *O Tribunal*. É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional (‘o Tribunal’). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e *será complementar às jurisdições penais nacionais*. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.” – *grifado nesta transcrição*.

ampliar e fortalecer a proteção. O que importa em última análise é o grau de eficácia da proteção, e por conseguinte há de impor-se a norma que no caso concreto melhor proteja, seja ela de direito internacional ou de direito interno.<sup>1469</sup>

É, neste aspecto, considerando o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, especialmente relevante a disciplina dos limites implícitos e expressos de reforma do texto constitucional, sendo que, acerca do disposto no § 4º do art. 60 da Constituição do Brasil,<sup>1470</sup> calha o magistério de Gomes Canotilho e Vital Moreira no sentido de que “todos os limites expressos, enquanto o forem, não podem deixar de ser respeitados; e os limites implícitos não precisam de ser explicitados para valerem como limites efectivos da mudança constitucional.”<sup>1471</sup> Os mesmos doutrinadores identificam “uma íntima relação entre o princípio democrático e os direitos fundamentais”,<sup>1472</sup> dado que, tendo presente o sentido normativo de tal princípio enquanto forma de vida, forma de racionalização do processo político e forma de legitimação do poder, identificam como seus elementos constitutivos os princípios da soberania popular, representação, separação dos poderes, sufrágio universal, representação proporcional, democracia semidireta (plebiscito, referendo e iniciativa popular) e pluralismo político e direito de oposição.<sup>1473</sup>

Por outro lado, o desenvolvimento nacional, nas palavras de Konder Comparato, é “a principal política pública, aquela dotada de maior sentido arquitetônico – para usarmos da expressão tão cara a Aristóteles na definição da arte política – pois engloba e harmoniza todas as demais atividades governamentais”.<sup>1474</sup> O autor ressalta a “importância da organização constitucional do planejamento”<sup>1475</sup> e da qualidade das instituições políticas para a realização das políticas públicas de forma oportuna e eficaz, pois nas relações entre democracia e desempenho econômico a ineficiência não é devida “aos mecanismos tradicionais da soberania popular, como a ocorrência de eleições livres e a livre competição entre partidos políticos, nem muito menos ao respeito aos direitos humanos.”<sup>1476</sup> Com acerto Carla Rister lembra que “a ordem econômica idealizada, em que da realidade são abstraídas as

---

<sup>1469</sup> CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 436.

<sup>1470</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: “Art. 60 [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação de Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.”

<sup>1471</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 302.

<sup>1472</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>1473</sup> *Ibid.*, p. 77-80.

<sup>1474</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. *In*: CAMARGO, 1995, p. 77-93, p. 78.

<sup>1475</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>1476</sup> *Ibid.*, p. 92.



imperfeições, conforma todo o espectro de políticas públicas voltadas à persecução do desenvolvimento”,<sup>1477</sup> o que confere maior importância ao planejamento, pois “fica difícil atingir qualquer meta, simples que seja, sem qualquer planejamento que trace o(s) caminho(s) até ela, de modo a dotar o processo de algum sentido de praticidade e de racionalidade.”<sup>1478</sup>

O sentido normativo dos direitos a um regime democrático e ao desenvolvimento não afasta a falibilidade do modelo dedutivo diante do significado axiológico das normas consagradas pelo constitucionalismo contemporâneo, mas é inequívoca expressão da constituição material que resiste contra as regras e procedimentos de exceção. É inegável, portanto, a importância do princípio da subsidiariedade,<sup>1479</sup> dado que, nas palavras de Ferreira da Cunha, “as estruturas institucionais e poderes mais próximos das realidades são quem deve ter a competência para curar dos respectivos problemas, sendo as estruturas e poderes mais longínquos (como os da União) apenas subsidiários”.<sup>1480</sup> Para Margarida Martins, versando acerca da realidade da Comunidade Europeia, “a subsidiariedade há-de operar como um princípio normativo dirigido ao legislador que pretende repartir, concretamente, as atribuições e competências entre os vários níveis de entidades criadas por descentralização territorial.”<sup>1481</sup> Assim, quando a organização social injustificadamente privilegia alguns segmentos em detrimento de outros e acaba por fortalecer um sentido meramente semântico da Carta Fundamental, de tal modo que a Constituição passa a ser “el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político”,<sup>1482</sup> o sistema internacional de proteção dos direitos humanos passa a incidir com plena competência para tutelar a dignidade humana. Quanto ao multiculturalismo Dieter Grimm é certo ao observar que o apoio estatal, “si se presta, no debe servir por ello a la protección de la ortodoxia”,<sup>1483</sup> pois mesmo a promoção de conteúdos de identidade das minorias não

<sup>1477</sup> RISTER, 2007, p. 526.

<sup>1478</sup> Ibid.

<sup>1479</sup> A subsidiariedade em questão contempla a relação entre estruturas locais e centrais e privilegia a descentralização administrativa, razão pela qual deve ser diferenciada da clássica distinção entre as atividades econômicas dos particulares e a atuação complementar do poder público enquanto agente econômico em sentido estrito, prevista no art. 173 da Constituição e que preconiza, na dicção de José Alfredo Baracho, “um Estado subsidiário e a primazia da iniciativa privada” (Ibid, *infra*, p. 104), sendo que nessa última acepção é controvertida enquanto noção jurídica, dado que: “Por ela própria, a noção não determina, sentido jurídico preciso, para que possa ser usado pelo legislador, pelo administrador ou pelo julgador.” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. In: CAMARGO, 1995, p. 99-138, p. 138).

<sup>1480</sup> CUNHA, 2005, p. 131.

<sup>1481</sup> MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 547.

<sup>1482</sup> LOEWENSTEIN, 1976, p. 219.

<sup>1483</sup> GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Tradução: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 2007, p. 69.

pode ser deduzida dos direitos fundamentais, dado que quanto a tais valores superiores “sólo puede tratarse de la libre actividad cultural o religiosa de las personas.”<sup>1484</sup> Neste aspecto Flávia Piovesan com propriedade assevera:

Atente-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com seus inúmeros instrumentos, não pretende substituir o sistema nacional. Ao revés, situa-se como direito subsidiário e suplementar ao direito nacional, no sentido de permitir sejam superadas suas omissões e deficiências. No sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o Estado tem a responsabilidade primária pela proteção desses direitos, ao passo que a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária. Os procedimentos internacionais têm, assim, natureza subsidiária, constituindo garantia adicional de proteção dos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais. Os tratados de proteção dos direitos humanos consagram, ademais, parâmetros protetivos mínimos, cabendo ao Estado, em sua ordem doméstica, estar além de tais parâmetros, mas jamais aquém deles.<sup>1485</sup>

É patente que a edição da EC nº 45/04 representa para o Brasil um avanço que consagra a *supremacia dos direitos humanos* enquanto Constituição dos Povos, verdadeiro garante da *paz universal* capaz de consolidar e preservar a *ordem democrática* interna em sintonia com o direito internacional, expressando assim uma resposta eficaz para o “problema fundamental em relação aos direitos do homem”<sup>1486</sup> identificado por Norberto Bobbio, ou seja, mais do que *justificá-los*, é necessário *protegê-los*.<sup>1487</sup> A orientação constitucional no sentido da “prevalência dos direitos humanos”<sup>1488</sup> é substantiva, razão pela qual, tendo presente a centralidade da dogmática jurídica,<sup>1489</sup> cabe ao conjunto da sociedade, com inspiração na concepção democrática de Peter Häberle<sup>1490</sup> e de tantos constitucionalistas, bem como aos profissionais do direito, exercitar plenamente a consciência cidadã diante das inúmeras escolhas possíveis na defesa dos direitos da pessoa humana. Na reflexão de Pontes de

<sup>1484</sup> Ibid., p. 68. Acerca da liberdade religiosa e do estado constitucional diante dos fundamentalismos do tipo crença, por definição tolerável até o limite do proselitismo, e do tipo militante, que afronta os valores do Estado democrático de direito e é constitucionalmente coibido, vide também: WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>1485</sup> PIOVESAN, 2009, p. 161.

<sup>1486</sup> BOBBIO, 1992, p. 24

<sup>1487</sup> Ibid.

<sup>1488</sup> CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: Art. 4º, II. Vide notas [1215](#) e [1249](#).

<sup>1489</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 251: “No nível lógico, nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida. Sem embargo, ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o *dever-ser* tipificado na norma e o *ser* da realidade social. Se assim não fosse, seria desnecessária a regra, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que ordinária e invariavelmente já ocorre.” Com razão o Ministro Sepúlveda Pertence identifica, ao prefaciar a referida obra de Luís Roberto Barroso, uma “segura apreensão do melhor da lógica de Kelsen”.

<sup>1490</sup> HÄBERLE, 1997, p. 34.

Miranda, “evolucionando”,<sup>1491</sup> “o direito das gentes”<sup>1492</sup> organiza “os direitos fundamentais”.<sup>1493</sup> Assim, a disposição normativa constante no § 4º do art. 5º da Carta Magna é inequívoca ao assegurar em tese – como é próprio da perenidade de uma norma constitucional – a jurisdição consagradora do primado dos direitos humanos. A efetividade de tal dispositivo da constituição material é tarefa histórica do povo brasileiro no pleno exercício da soberania popular, o que contempla o direito internacional fundamental dos povos de conformação autônoma dos seus respectivos regimes democráticos e dos correlatos modelos de desenvolvimento nacionais.

---

<sup>1491</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963, t. IV, p. 145.

<sup>1492</sup> *Ibid.*

<sup>1493</sup> *Ibid.*, t. IV, p. 145.

## 6 A SOBERANIA NACIONAL E O CONSTITUCIONALISMO: DIREITO DOS POVOS AO DESENVOLVIMENTO E A UM REGIME DEMOCRÁTICO

Nas palavras de Friedrich Müller se evidencia que “diante de uma práxis excludente das sociedades liberais de dois terços (no centro desenvolvido do mundo) até um décimo na periferia”,<sup>1494</sup> é no espaço público que “as garantias dos direitos fundamentais nacionais e as garantias dos direitos fundamentais internacionais podem produzir efeitos *políticos – políticos* no sentido de democracia enquanto forma estatal da inclusão –.”<sup>1495</sup> O que confirma, com outras palavras, a célebre sentença de Winston Churchill, lançada em discurso na Câmara dos Comuns em novembro de 1947, sobre a democracia ser “the worst form of government except all those other forms that have been tried from time to time”.<sup>1496</sup>

É inequívoco, desse modo, que o espaço público “pressupõe a realidade social de direitos humanos e de cidadania *igualmente* concedidos, isto é, o espaço legitimador de uma política reformista do Estado de Direito e do Estado de Bem-Estar Social.”<sup>1497</sup> Ocorre que a tarefa de distinguir o espaço público do espaço privado, ou mesmo de delimitar e equilibrar a relação entre ambos, é a própria essência da soberania democrática e de seu sentido irrenunciável expresso no constitucionalismo. É lapidar, por isso, a assertiva de Ingo Sarlet ao observar que:

Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional.<sup>1498</sup>

Não é sem sentido que para Paul Krugman, pensador neokeinesiano e prestigiado analista econômico agraciado com o prêmio Nobel de Economia de 2008,<sup>1499</sup> também é inequívoca a importância de um espaço público para a diversidade e a crítica democráticas,

---

<sup>1494</sup> MÜLLER, 2006, p. 216.

<sup>1495</sup> *Ibid.*

<sup>1496</sup> CHURCHILL, Leonard Winston Spencer. *Winston S. Churchill: his complete speeches (1897-1963)*. New York: Bowker and London: Chelsea, v. 7, 1974, p. 7566. Tradução livre: “a pior forma de governo, salvo todas as outras experimentadas de tempos em tempos”.

<sup>1497</sup> MÜLLER, 2006, p. 216.

<sup>1498</sup> SARLET, 2009, p. 59.

<sup>1499</sup> Vide nota [194](#).

pois, passados alguns meses da crise econômica internacional precipitada em meados de 2008, observou: “Depois de tudo finalmente parece que não teremos uma segunda Grande Depressão. O que nos salvou? A resposta, basicamente, é: o Grande Governo.”<sup>1500</sup> É digna de nota a lucidez de Paul Krugman, eis que de forma singela reconhece a imprescindibilidade do poder público para a coesão social<sup>1501</sup> e acaba por atestar o acerto da I Conferência Mundial de Direitos Humanos, que ocorreu em Teerã no ano de 1968 e reconheceu o sentido indivisível das dimensões dos direitos fundamentais, o que também reflete o antecedente acerto de todos os juristas de expressão internacional que sempre preconizaram tal unidade. A declaração de Teerã – ainda sob a influência da decisão da Assembléia-Geral das Nações Unidas de 1951 em favor da edição dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas adotados em 1966<sup>1502</sup> – respalda o acerto de Cançado Trindade ao ponderar que “entre as duas ‘categorias’ de direitos – individuais e sociais ou coletivos – não pode haver senão complementaridade e interação, e não compartimentalização e antinomia.”<sup>1503</sup>

Pela mesma razão Eros Grau consigna que o *Estado contemporâneo* “é, fundamentalmente, Estado implementador de políticas públicas.”<sup>1504</sup> Aqui, portanto, merece especial atenção a crítica de Amartya Sen ao pretensioso projeto ocidental de ditar os seus preceitos democráticos para o mundo, pois o pensador britânico de origem indiana, também agraciado com o prêmio Nobel de Economia em 1998, é categórico ao asseverar, em seus ensaios editados na Itália com o título de *A democracia dos outros*, que:

La diversità è una caratteristica di quase tutte le culture del mondo, e la civiltà occidentale non fa eccezione. La pratica della democrazia che si è imposta nell’Occidente *moderno* è in larga misura il risultato di un consenso coagulatosi a partire dall’Illuminismo e dalla rivoluzione industriale, e in particolare nel corso del’ultimo secolo o poco più. Vedere in ciò un impegno storico – attraverso i millenni – dell’Occidente verso la democrazia, e contrapporlo alle tradizioni non occidentali (considerate in maniera ‘monolitica’) sarebbe un grave errore.<sup>1505</sup>

<sup>1500</sup> KRUGMAN, Paul. Averting the worst. *The New York Times*, New York, 10 ago. 2009, p. A17. Texto original: “So it seems that we aren’t going to have a second Great Depression after all. What saved us? The answer, basically, is Big Government.”

<sup>1501</sup> Ibidem: “I’m still very worried about the economy. There’s still, I fear, a substantial chance that unemployment will remain high for a very long time. But we appear to have averted the worst: utter catastrophe no longer seems likely. And Big Government, run by people who understand its virtues, is the reason why.” Tradução livre: “Eu permaneço muito preocupado com a economia. Ainda existe, eu sinto, uma significativa chance de que o desemprego venha permanecer alto por um longo período de tempo. Mas nós atuamos para evitar o pior: uma catástrofe completa parece estar longe. E um Grande Governo, dirigido por pessoas que compreendem as suas virtudes, é a razão disso.”

<sup>1502</sup> Vide notas [1175](#), [1176](#) e [1324](#).

<sup>1503</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Do direito econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CARMAGO, 1995, p. 9-38, p. 16.

<sup>1504</sup> GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO, 1995, p. 59-75, p. 59.

<sup>1505</sup> SEN, 2005, p. 77. Tradução livre: “A diversidade é uma característica de quase todas as culturas do mundo e a civilização ocidental não é uma exceção. A prática da democracia que se impôs no Ocidente *moderno* é em

Corroborando a reflexão de Amartya Sen acerca do respeito pela diversidade presente em diversos povos e culturas, é significativo o registro de Jacob Dolinger sobre a cultura hebraica quando lembra que:

O pensamento judaico valoriza a vida de toda pessoa, sendo cada ser humano considerado único e insubstituível, por isto, diziam os talmudistas, quem mata uma pessoa é como se tivesse causado a destruição do mundo. Conhecida passagem do Talmud, assinala que assim como não há duas pessoas no mundo com fisionomias idênticas, também não há duas pessoas com pensamentos iguais.<sup>1506</sup>

Assim como a Bíblia não é responsável pelos crimes da Santa Inquisição, os textos sagrados e os ensinamentos de todas as crenças devem ser respeitados no seu propósito humanista e teológico. Logo, ainda acerca da diversidade e da tolerância em diversas culturas, é também necessário exemplificar com o mundo muçulmano, no que é reveladora a obra de Brandão Ferreira intitulada *A universalidade do problema hermenêutico*.<sup>1507</sup> Com rara sensibilidade o autor refere o texto de um livro português antigo e de autor anônimo, o qual ele encontrou no Rio de Janeiro no Real Gabinete Português de Leitura. Na obra, vinda de Portugal com os navios de D. João VI, está registrado o esforço protagonizado pelo califa Abu-al ‘Abbas ‘Abd Allah al-Ma’mun, na Bagdá do século IX d.C., ao reunir sábios representantes dos quatro ritos ortodoxos (sunitas) do Islã (hanifitas, hanbalitas, maliquitas e chafiitas) para buscar o entendimento sobre a melhor interpretação da *Chari’a*.<sup>1508</sup> É emblemática a passagem na qual Brandão Ferreira refere a serenidade do califa diante de distúrbios de fundo religioso que assolavam de forma violenta o império e observa que o então governante da terça parte do mundo antigo, quando derrotou o imperador bizantino Miguel II, estabeleceu “como única condição para a paz, a possibilidade de traduzir todos os livros de filosofia encontráveis na Grécia e ainda não vertidos para o árabe”.<sup>1509</sup> Antecedendo em alguns séculos ao Iluminismo e após diversas noites – para evitar o calor do dia em Bagdá – de reflexão e debate entre os sábios, a conclusão do califa Al-Ma’mun é uma lição de

---

grande medida o resultado de um consenso que se aglutinou a partir do Iluminismo e da revolução industrial, e em particular durante o último século ou pouco mais. Ver nisso um empenho histórico – através dos milênios – do Ocidente em direção à democracia e contrapor o mesmo às tradições não ocidentais (consideradas de maneira ‘monolítica’) seria um grave erro.”

<sup>1506</sup> DOLINGER, Jacob. As fontes judaicas dos direitos humanos. In: LEÃO, 2005, t. II, p. 159-191, p. 165.

<sup>1507</sup> FERREIRA, Odim Brandão. *A universalidade do problema hermenêutico*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

<sup>1508</sup> Ibid., p. 17: “*Chari’a* ou ‘Caminho para a nascente d’água’ designa toda a revelação, de modo a abranger aquilo em que se deve crer e o que se deve fazer: mais precisamente, o conjunto de prescrições religiosas e jurídicas formado pelo Corão; pela *Sunna* – tradições acerca dos atos e palavras do Profeta, que funcionam como exemplos para os crentes –; pelo *Igma* – o consenso dos doutos – e pelas *Qyas* – a analogia e o raciocínio a contrário senso.”

<sup>1509</sup> FERREIRA, 2001, p. 15-16.

tolerância e respeito recíproco entre as diferenças, pois se pronuncia com as seguintes palavras:

Os quatro ritos representam entendimentos respeitáveis da mensagem revelada, merecem e têm o respeito recíproco e o do poder temporal. Enquanto a serviço de Deus e da justiça, os crentes são livres para se filiar a qualquer dos quatro ritos básicos, cujo método inclui sempre o acesso imediato à revelação, por meio da leitura e meditação sobre o texto sagrado. Por isso, todas as escolas impõem, pelo menos, cinco contatos diários com a palavra escrita e ensinam todos a ler. Enquanto trabalhar com os instrumentos da fé e no intuito de a realizar, cada juiz tem o direito e o dever de julgar segundo a sua convicção e a escola à qual livremente julgou merecedora de sua adesão. Nem se trata de adotar compulsoriamente a escola prestigiada pelos detentores do poder, nem de se dobrar à eleita pela maioria. Assim como cada fiel escolhe o seu rito, o juiz também é senhor de suas convicções contidas nos limites da revelação. Ao principiarmos a discussão, corríamos o risco de as nossas muitas noites se transformarem em período de trevas para o califado, cuja duração e cujo destino ninguém poderia prever. Ao fim da nossa jornada, para a nossa felicidade eterna, as muitas e boas noites aqui passadas testemunharam honestas e livres meditações de pessoas que se entregaram à vontade do protetor Deus. Já é tarde. Convido-os agora para que façamos juntos as nossas orações desta noite de despedida.<sup>1510</sup>

Tais registros histórico-culturais, quando confrontados com a atual pretensão dos agentes econômicos de superarem os limites do Estado em decorrência da globalização da economia, colocam em destaque a reflexão de Sabino Cassese, pois o doutrinador e magistrado da Corte Constitucional italiana parte da constatação de que os capitais se movem livremente pelo mundo, “sfruttando i vantaggi delle discipline nazionali più convenienti”,<sup>1511</sup> e os governos nacionais, por sua vez, “fanno di tutto per offrire vantaggi o almeno ridurre le differenze”,<sup>1512</sup> mas ao responder a indagação quanto a existência ou não de uma Constituição além do Estado (*Ma c'è una costituzione oltre lo Stato?*), conclui asseverando que:

Tuttavia, oltre lo Stato, è difficile individuare una costituzione. Non c'è un potere costituente, perché gli sviluppi avvengono per evoluzione, non per rivoluzioni. Non c'è una comunità in grado di legittimare una costituzione globale (anche se vi sono alcuni interessi comuni, quali la prevenzione e il controllo del terrorismo, la preservazione delle risorse ittiche, il controllo del riscaldamento climatico, che producono una domanda aggregata, suscettibile solo di risposte unitarie). Non c'è un contratto tra cittadini e poteri pubblici, perché non c'è una democrazia cosmopolitica. Non c'è un documento che possa definirsi costituzionale (anche se, anche negli ordinamenti interni, non sempre questo c'è). È solo accennata una gerarchia di fonti, per cui lo *ius cogens* prevale sul diritto dei trattati e su quello consuetudinario, a sua volta vincolante per i diritti interni (ma secondo il paradigma dualista).<sup>1513</sup>

<sup>1510</sup> BRANDÃO, 2001, p. 62.

<sup>1511</sup> CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 4. Tradução livre: “desfrutando as vantagens das disciplinas nacionais mais convenientes”.

<sup>1512</sup> Ibid. Tradução livre: “fazem de tudo para oferecer vantagens ou ao menos reduzir as diferenças”.

<sup>1513</sup> CASSESE, 2007, p. 188. Tradução livre: “Todavia, além do Estado, é difícil caracterizar uma constituição. Não existe um poder constituinte, por que os avanços chegam pela evolução, não pelas revoluções. Não existe uma comunidade capaz de legitimar uma constituição global (ainda que existam alguns interesses comuns, tais como a prevenção e o controle do terrorismo, a preservação dos recursos de pesca, o controle do aquecimento climático, que produzem uma demanda agregada, suscetível apenas de respostas unitárias).

Assim, quando Sabino Cassese sustenta que há uma ordem jurídica global com uma “substância constitucional”, a qual é constituída pela consagração de alguns direitos fundamentais, bem como pela definição de uma separação de poderes e pela instituição de um sistema de garantias,<sup>1514</sup> não nega a diversidade cultural existente no planeta, mas, ao contrário, reconhece a pluralidade, o que representa a afirmação do sentido das normas constitucionais de cada Estado. Por conseguinte, ao abordar o significado e os limites de um processo de constitucionalização no âmbito internacional, Otávio Cançado Trindade identifica seis características ou, na dicção do autor, “elementos” em tal processo de mudança, quais sejam: 1) “um conjunto de práticas sociais para regular o comportamento político e econômico”;<sup>1515</sup> 2) “a crença no surgimento de uma nova regra fundamental, ou *Grundnorm*, que transforma um conjunto de normas em uma ordem coerente e unificada”;<sup>1516</sup> 3) “a existência de uma comunidade política que autorize a constituição, cujos interesses estarão nela refletidos”;<sup>1517</sup> 4) “a existência de um processo deliberativo de elaboração do direito”;<sup>1518</sup> 5) “definição das relações entre os órgãos criados”;<sup>1519</sup> 6) “existência de um nível de aceitação social ou legitimidade do processo.”<sup>1520</sup>

Indo além de tais aspectos, Sabino Cassese identifica até mesmo a separação de poderes na existência de órgãos especializados com funções normativas (assembleias, conselhos, reuniões ou conferências entre as partes interessadas), executivas (secretariados, comitês) e jurisdicionais com órgãos permanentes ou temporários. As garantias seriam asseguradas por órgãos quase-jurisdicionais e por órgãos de controle da conformidade de tais garantias, mas, nas palavras de Cassese, mesmo sendo “difficile che il diritto internazionale sia un diritto a-costituzionale”,<sup>1521</sup> é igualmente “difficile riconoscere un pieno sviluppo del costituzionalismo globale”.<sup>1522</sup>

---

Não existe um contrato entre cidadãos e poderes públicos, por que não existe uma democracia cosmopolita. Não existe um documento que possa definir-se constitucional (mesmo se, também nos ordenamentos internos, nem sempre este exista). É apenas sinalizada uma hierarquia de fontes, pela qual o *ius cogens* prevalece sobre o direito dos tratados e sobre aquele consuetudinário, por sua vez vinculante para os direitos internos (mas segundo o paradigma dualista).”

<sup>1514</sup> Ibid., p. 188.

<sup>1515</sup> TRINDADE, Otávio Cançado. A constitucionalização do direito: mito ou realidade? *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado, ano 45, n. 178, p. 271-284, abr./jun. 2008, p. 280-281.

<sup>1516</sup> Ibid.

<sup>1517</sup> Ibid.

<sup>1518</sup> TRINDADE, 2008, p. 280-281.

<sup>1519</sup> Ibid.

<sup>1520</sup> Ibid.

<sup>1521</sup> CASSESE, 2007, p. 189. Tradução livre: “difícil que o direito internacional seja um direito a-constitucional”.

<sup>1522</sup> Ibid., p. 189. Tradução livre: “difícil reconhecer um pleno desenvolvimento do constitucionalismo global”.



É, via de consequência, acertada a reflexão de Herman Heller ao sustentar que o “limite normativo-imanente de todo Direito Constitucional”,<sup>1523</sup> o qual é “caracterizado pelas lacunas jurídicas absolutas”,<sup>1524</sup> reside na “conexão, em última análise indissolúvel, entre normatividade e normalidade”.<sup>1525</sup> Na obra de Hans Kelsen, por sua vez, os fundamentos do normativismo encontram a mais sólida delimitação, podendo ser atribuído ao mesmo autor o mérito de estabelecer as condições metodológicas para a afirmação da força normativa da Constituição,<sup>1526</sup> o que de forma inequívoca está sedimentado no controle de constitucionalidade decorrente da hierarquia normativa.<sup>1527,1528</sup> A doutrina normativista delineou os elementos essenciais que consagram o papel da Constituição como sendo “a disciplina dos órgãos e do procedimento legislativo e a produção das normas gerais do direito”.<sup>1529</sup> A Constituição, na doutrina de Kelsen, “forma a base do ordenamento jurídico, enquanto este consiste em leis e em atos executivos da mesma, da parte da jurisdição e da administração.”<sup>1530</sup> E é na evolução de tal debate doutrinário que se fez possível a contribuição de Konrad Hesse no sentido de que as tarefas da Constituição vão além da organização do Estado e de suas competências e limites.<sup>1531</sup> A sólida matriz estruturada por Kelsen descortinou horizontes que permitem constatar que no “processo político de la moderna sociedad pluralista”<sup>1532</sup> se identifica a capacidade do Estado de operar a unidade política compondo segmentos e grupos com opiniões, interesses e aspirações diversas, na qual a

---

<sup>1523</sup> HELLER, 1968, p. 316.

<sup>1524</sup> Ibid.

<sup>1525</sup> Ibid.

<sup>1526</sup> MIRANDA, 2000, t. II, p. 55: “Kelsen configura o direito como ordem normativa, cuja unidade tem de assentar numa norma fundamental – pois o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma, de uma norma superior. Há uma estrutura hierárquica de diferentes graus do processo de criação do Direito, que desemboca numa norma fundamental.”

<sup>1527</sup> FAVOREU, 2004, p. 17: “O modelo europeu, que possui atualmente uns trinta exemplos, não teria existido sem Kelsen. Com seus trabalhos e seu projeto de Constituição da Áustria de 1920, o mestre de Viena preparou um novo modelo de justiça constitucional, oposto ao modelo estadunidense.”

<sup>1528</sup> FERREIRA FILHO, 2005, p. 87: “onde inexistente tal controle de constitucionalidade das leis, como era o caso da Constituição francesa de 1875, a Constituição é rígida, porém, na prática, flexível, porque as normas que contrariamente a ela dispunham eram regularmente aplicadas pelos tribunais.”

<sup>1529</sup> KELSEN, Hans. *O Estado como integração: um confronto de princípios*. Tradução: Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003a, p. 87. É reveladora a crítica de Kelsen ao pensamento de Smend quando identifica na doutrina deste uma contraposição entre Estado e Constituição e faz a seguinte observação: “Já que o Estado não pode ser outra coisa que integrado – o ser do Estado consiste exatamente em sua integração –, a realidade do Estado resolve-se na oposição a uma Constituição que não cumpre, ou cumpre mal, a própria ‘tarefa’.” (Ibid., p. 119).

<sup>1530</sup> Ibid., p. 87.

<sup>1531</sup> HESSE, 2001, p. 3: “La unidad política de acción que denominamos Estado no es hoy, como se presupone en la descripción de Jellinek, algo que venga sin más dado. Se necesita establecer tal unidad, y se requiere tanto más su conservación, en cuanto que no está corporeizada en la voluntad uniforme de un pueblo soberano o de una clase dirigente.”

<sup>1532</sup> Ibid., p. 3.

efetividade dos direitos fundamentais e de seus princípios estruturantes constitui o centro dinâmico de tal processo.

O sentido de uma Constituição nacional no século XXI, muito além da mera definição do estatuto do poder político, reclama o entendimento de todas as interações sociais, nas quais o estatuto constitucional do poder econômico e o direito à informação constituem pressupostos essenciais. Para deslinde de tais pressupostos, sempre presentes na tensa relação entre a soberania popular e o mercado, toma relevo a seguinte transcrição da reflexão de Ernst Cassirer sobre a obra de G.W.F. Hegel e do sentido da autonomia do ser humano presente na filosofia de Immanuel Kant, pois observa que:

A teoria política de Hegel é a linha divisória entre duas grandes correntes de pensamento. Marca a separação entre duas idades, duas culturas, duas ideologias. Fica na linha de demarcação entre o século XVIII e o século XIX. Hegel estava firmemente convencido de que o pensador individual não podia ultrapassar o seu tempo. “A filosofia é o seu tempo apreendido em pensamentos. É pura loucura imaginar que algum filósofo pode transcender o seu tempo”. É essa a mais característica expressão da diferença entre o espírito do Iluminismo e o novo espírito do século XIX. Nem os enciclopedistas franceses nem Kant jamais temeram pensar *contra* o seu tempo. Tinham de combater o *ancien régime*, e estavam convencidos de que nessa luta a filosofia tinha a sua parte e era uma das armas mais poderosas. Mas Hegel não podia atribuir esse papel à filosofia. Tinha-se tornado o filósofo da *história*. A história pode ser descrita e exprimida, mas não pode ser criada ou transformada pelo pensamento filosófico. O “historicismo” de Hegel é o correlato necessário do seu racionalismo. Os dois ilustram-se e interpretam-se um ao outro. É esse um dos grandes méritos, mas ao mesmo tempo uma das limitações essenciais da teoria política de Hegel.<sup>1533</sup>

Toma relevo, desse modo, a “classificação ontológica das constituições” de Karl Loewenstein, em que são diferenciadas: a) *cartas normativas*, nas quais “sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas”<sup>1534</sup>; b) *cartas nominais*, cuja função primária é educativa com o objetivo de “convertirse en una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella”<sup>1535</sup>; e c) *cartas semânticas*, nas quais se verifica uma “formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos, que disponem del aparato coactivo del Estado”.<sup>1536</sup>

A história tem sido exemplar no sentido de apontar o perigo de toda forma de onipotência. Hoje é particularmente sensível a onipotência de segmentos econômicos e da

<sup>1533</sup> CASSIRER, Ernst. *O mito do Estado*. Tradução: Álvaro Cabral. São Paulo: Códex, 2003, p. 313.

<sup>1534</sup> LOEWENSTEIN, 1976, p. 217.

<sup>1535</sup> *Ibid.*, p. 218.

<sup>1536</sup> *Ibid.*

própria manipulação da informação, o que não constitui faculdade exclusiva do poder público. Para Ricardo Camargo, “o destino do homem comum passa a ser um jogo estabelecido entre anunciantes e empresas de comunicação social”,<sup>1537</sup> pois é descabido “confundir liberdade de manifestação do pensamento com liberdade de informação, uma vez que, para aquela, o elemento veracidade não se coloca como um condicionante necessário, diversamente do que ocorre com relação à última”.<sup>1538</sup> Considerando ainda que os fatos, conforme observa Ferreira da Cunha, necessitam de interpretações e até mesmo de intuições, “o direito a uma cabal informação é direito que, na sua maior extensão, tem inegáveis conexões com o direito à educação e à cultura, o direito a aprender, etc.”<sup>1539</sup> Para Marcelo Neves “a retórica político-social dos ‘direitos humanos’, paradoxalmente, é tanto mais intensa quanto menor o grau de concretização normativa do texto constitucional”,<sup>1540</sup> dado que: “A prática política e o contexto social favorecem uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais”.<sup>1541</sup>

Mais uma vez se vislumbra a negação dos valores iluministas, pois ignorar a supremacia da Constituição diante dos mercados nacional e internacional acaba por desconstituir a identidade histórica, social e cultural dos povos e afronta o próprio desenho do Estado democrático e social de direito conformado pelo Poder Constituinte do povo, originário e democrático, dado que, ainda nas palavras de Ferreira da Cunha, “antes de mais, não terminou nem o legado das Revoluções ocidentais (americana e francesa) nem o ideal de uma sociedade aberta.”<sup>1542</sup> Neste aspecto mais uma vez Washington Albino de Souza é certo, pois em palestra proferida no início do presente século na Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, referiu que:

Com a globalização, um sentido de realização confirma as nações. O Direito é nacional, os direitos são nacionais, nós vamos acabar com os direitos nacionais? Nós não admitimos isso! Não tem jeito, porque os direitos são também expressões culturais, às vezes culturais da parte de um povo. Então essa globalização tem que ser analisada de outra maneira, aliás da maneira pela qual ela sempre existiu. No mercantilismo havia as nações e elas correspondiam entre si. Agora é que é

<sup>1537</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Liberdade de informação, direito à informação verdadeira e poder econômico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2007, p. 137.

<sup>1538</sup> *Ibid.*, p. 138-139.

<sup>1539</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007, p. 188-189.

<sup>1540</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 186.

<sup>1541</sup> NEVES, 2007, p. 184.

<sup>1542</sup> CUNHA, 2005, p. 136.

diferente, é uma questão de dominação sobre o outro, problema de abuso do poder econômico. O que é uso e o que é abuso do poder econômico, qual o limite?<sup>1543</sup>

E a resposta parece ter sido dada por Hans Kelsen quando afirma, na obra *A paz através do direito*, que “la autoridad jurídica del Estado es ‘suprema’ en cuanto no está sujeto a la autoridad jurídica de cualquier outro Estado”<sup>1544</sup> e conclui no sentido de que:

El Estado es “soberano” desde que está sujeto solamente al derecho internacional y no al derecho nacional de cualquier outro Estado. La soberanía del Estado bajo el derecho internacional es la independencia jurídica del Estado de otros Estados. Este es el significado que se atribuye habitualmente a la palabra “soberanía” por los escritores sobre derecho internacional.<sup>1545</sup>

Mesmo sendo pretensioso acreditar que a espécie humana tenha poder sobre o seu destino, é inequívoco que a prática e a defesa dos valores da vida e da dignidade da pessoa humana – e de sua expressão maior presente na afirmação histórica dos direitos humanos – cada vez mais constituem uma verdadeira Constituição de todos os povos. Acordos multilaterais no sentido de assegurar o equilíbrio e a paz no contexto político e econômico internacional, bem como composições bilaterais e setoriais, expressam o potencial de uma nova realidade que transcende os aspectos meramente econômicos e de mercado. A alternativa é a guerra, que sempre merecerá o repúdio da humanidade, sendo tarefa primordial da ordem jurídica internacional assegurar as condições para a paz mundial. Nas palavras de Luigi Ferrajoli, “os direitos não caem do céu, e um sistema de garantias efetivas não nasce numa prancheta, não se constrói em poucos anos, nem tampouco em algumas décadas”,<sup>1546</sup> de tal modo que não há como operacionalizar um sistema de direitos sem uma certa dose de sacrifício dos sujeitos passivos de tais relações jurídicas, razão pela qual com propriedade o autor conclui sua obra sobre a soberania no mundo moderno reconhecendo que:

Assim foi com o estado de direito e com nossas democracias ainda frágeis, que só se afirmaram à custa de longas batalhas no campo das idéias e de lutas sangrentas. Seria irracional pensar que o mesmo não acontecerá com o direito internacional se não nos empenharmos na parte que nos cabe.<sup>1547</sup>

A doutrina contratualista do Estado, pela qual o poder é visto como uma delegação do povo ao governante dentro de certas condições, explicitou em diversos sentidos a importância

<sup>1543</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito econômico: evolução teórica, aplicação, eficácia e perspectivas no conteúdo da globalização. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 24, n. 54, p. 11-20, 2001, p. 19.

<sup>1544</sup> KELSEN, 2008, p. 64.

<sup>1545</sup> Ibid.

<sup>1546</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 63.

<sup>1547</sup> Ibid.

da legitimidade no exercício do poder.<sup>1548</sup> O pensamento iluminista, que inspirou o constitucionalismo no século XVIII, também invocou o direito natural, válido universalmente e conhecido através da razão, como a expressão da identificação do bom e do justo no ser humano, o que toma a forma metafórica de um contrato entre iguais para a garantia da ordem e da legitimidade do poder.<sup>1549</sup>

Na realidade social brasileira, com injustificáveis índices de pobreza e exclusão social<sup>1550</sup> e com segmentos médios que ainda não expressam uma maioria economicamente independente, o que é agravado pelos acima referidos limites de acesso à informação e por uma opinião pública condicionada por mediações alheias ao processo democrático, o sentido da soberania constitucional ganha identidade. É, por conseguinte, importante reconhecer os avanços do Brasil na superação do constitucionalismo nominal para assegurar o sentido

<sup>1548</sup> Vide Seções 2 e 4 do Capítulo 1.

<sup>1549</sup> É importante observar que o direito natural enquanto escola jurídica apresenta diversas vertentes, dentre as quais se destacam a concepção aristotélico-tomista, pela qual o direito é expressão da lei divina assentada na própria natureza humana, de tal modo que pode ser revelado pela razão. Por outro lado, a ideia de direitos naturais inatos ao ser humano, inalienáveis e que antecedem a própria organização social, deságua na contraposição entre o estado de natureza e o estado civil concebido por um contrato social. Nas palavras de Giorgio Del Vecchio: “é de observar que no sistema tomístico a autoridade não é concebida como completamente arbitrária, mas sim limitada pelos preceitos da ordem natural”, enquanto que a “doutrina do contrato social consiste em mostrar como o poder político emana do povo, em reivindicar para este o direito soberano”. (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução: António José Brandão. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 67-72). Acerca da origem do contratualismo Cabral de Moncada pondera que: “O Estado é essencialmente um *contrato*. Mais do que em S. Tomás e em Suarez, esta idéia imprime-se com um vigor extremo na base da concepção política hobbesiana, dada a sua estrutura puramente matemático-racional. E dada também a sua concepção totalmente pessimista da natureza humana (no que se mostra afinal ainda um tributário inconsciente de profundas concepções cristãs), porventura agravada pelo espectáculo dos males da sua pátria (*propter patriae presentem calamitatem*), não é de estranhar que Hobbes sustentasse só poder alcançar-se essa paz, que os homens procuram, mediante a atribuição ao Estado dum poder total e absoluto” (Ibid., *infra*, p. 171-172.). Cabral de Moncada também registra que na concepção tomista ocorre o fim do vínculo dos súditos com o soberano diante da tirania: “Simplesmente, este caráter ético do Estado e o respeito que lhe é devido cessam, segundo S. Tomás, no caso das leis injustas e no da tirania” (MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*: parte histórica. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 85). Gustav Radbruch lembra que: “O direito natural da antiguidade, por exemplo, girava em torno da antítese: natureza-normas; o da Idade-Média, em torno da antítese direito divino-direitos humanos; o dos tempos modernos, em torno da antítese: direito positivo-razão individual. Vemos na história, ora o Direito natural estar ao serviço do direito positivo, para o fortalecer, ora, inversamente, ser um auxiliar na luta contra o direito positivo para o reformar.” (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução: Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 62.) Acerca do jusnaturalismo aristotélico-tomista António Hespanha observa que: “A cada espécie assinou Deus (como ‘causa primeira’) uma lei natural (‘causa segunda’) – o fogo sobe, por natureza, os corpos pesados caem, etc. –, salvo caso de milagre (*i.e.*, salvo intervenção *extraordinária* de Deus). Estas naturezas das várias espécies harmonizam-se todas em função do Bem Supremo, de tal modo que o mundo está cheio de ordem e os movimentos dos seres ou das espécies de seres estão sujeitos a uma regulação cósmica.” (Id., *infra*, p. 143.) E mais adiante Hespanha atesta: “A teoria do ‘contrato social’ não deu lugar, somente, às teorias democráticas que tiveram o seu epílogo na Revolução Francesa. Ele foi igualmente adequado a fundamentar o ‘despotismo iluminado’, típico das monarquias e principados europeus do século XVIII. Tudo dependia, de facto, do conteúdo do contrato, pois os jusnaturalistas acabavam, como se vê, por depor todo o direito positivo nas mãos dos membros da coletividade.” (HESPANHA, 1996, p. 152).

<sup>1550</sup> Vide relatórios do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/rdh/>.

normativo da Constituição e com ele do próprio sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

As Constituições democráticas, enquanto estruturas normativas que gozam de plena eficácia, expressam manifestações e mesmo pactos constituintes entre os diversos segmentos e forças sociais que compartilham de forma soberana a história comum de cada nação. O povo ao mesmo tempo afirma no texto constitucional um conjunto de princípios superiores que definem o sentido substantivo dos seus propósitos existências e, em termos objetivos, consagra o interesse geral de toda a sociedade em face de um imaginário coletivo. A democracia é um pressuposto que afirma o direito de participação de todos os interessados na definição do seu futuro e como tal viabiliza o direito ao pleno desenvolvimento de todos os povos. O núcleo essencial do direito a um regime democrático e o núcleo essencial do direito ao desenvolvimento se confundem com o conteúdo da soberania enquanto definição do estatuto constitucional vigente e normativamente delineado na ordem jurídica nacional e internacional. A superação do regime autoritário que antecedeu ao processo constituinte afastou a ilegitimidade das instituições e do processo de investidura do poder e desenhou uma nova ordem enquanto vontade soberana do povo, o que delineou o regime democrático nacional e um modelo de desenvolvimento comprometido com a justiça social.<sup>1551</sup> A identidade nacional reside na alternância no poder e na convivência democrática dentro da pluralidade, esferas de participação política em que a cidadania pode identificar e cancelar os distintos projetos de nação sem jamais abdicar do compromisso constitucional com a justiça social.

O Estado constitucional nacional democrático – *assentado nos pressupostos da soberania, da racionalidade e da autonomia moral dos sujeitos individuais* –, “dentre todos os sistemas da história da política até os nossos dias”,<sup>1552</sup> conforme observa Friedrich Muller, “se afigura o de melhor desempenho”.<sup>1553</sup> A responsabilidade pela coesão social presente na prestação de serviços públicos, bem como a redução das desigualdades, a inclusão social e o próprio patrocínio de reformas estruturais que assegurem a circulação da riqueza encontram espaço público privilegiado de definição e concretização no Estado nacional de dimensão

---

<sup>1551</sup> FAORO, Raymundo. Constituinte: a verdade e o sofisma. *In: Constituinte e democracia no Brasil hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 10: “A Constituinte, como idéia, reivindicação e movimento, visava, no seu esboço inicial, reconquistar a democracia pela instauração da soberania popular. Ela nasceu, salvo manifestações isoladas, em consequência da eleição de 1974, a primeira a demonstrar o repúdio ao sistema militar, de forma clara e nítida. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados, em 1977, pioneiramente no campo das instituições, adotou-a oficialmente como programa de luta e aglutinação política.”

<sup>1552</sup> MÜLLER, 2006, p. 208.

<sup>1553</sup> Ibid.

republicana e democrática fundado na ideia de cidadania e, como tal, constitucionalmente organizado com suporte no princípio da soberania popular e no realista e pressuposto “princípio da igualdade de soberania dos Estados”.<sup>1554</sup>

---

<sup>1554</sup> KELSEN, 2008, p. 63-74.

## 7 CONCLUSÃO DO QUINTO CAPÍTULO

A distinta e singular definição dos modelos econômicos e democráticos nas constituições dos Estados nacionais e as respectivas garantias e instrumentos de proteção de tais escolhas expressa o direito dos povos de autodeterminação e, diante das demais instituições e organismos de direito internacional, configura o direito ao desenvolvimento e a um regime democrático com identidade própria para cada povo. O direito constitucional, mesmo condicionado pelas relações internacionais e sobretudo pelo “jus cogens” internacional, é o termo de definição da efetividade do direito interno e do estatuto de relação entre a nação soberana e o conjunto da humanidade quanto aos respectivos modelos econômicos e democráticos livremente adotados pelos povos. É no direito constitucional que reside o critério de distinção entre as convenções e declarações internacionais sobre direitos humanos e os demais tratados incidentes sobre os modelos democráticos e de desenvolvimento de cada povo.

O direito ao desenvolvimento e o direito a um regime democrático representam *standards* cujo conteúdo necessariamente expressa o grau de evolução e aprimoramento das aspirações coletivas e do modo de vida de cada povo, pois a democracia não se impõe pela força. A eficácia destes *standards*, que define e viabiliza, respectivamente, o direito ao desenvolvimento e o exercício pleno do direito a um determinado regime democrático, é horizontal, diversamente dos tratados que estabelecem garantias individuais e direitos civis e políticos, os quais incidem de forma vertical na ordem interna. A definição do alcance e da extensão dos direitos econômicos, sociais e culturais e do modelo de democracia de cada povo, assentados na força normativa das respectivas cartas constitucionais, é conformada pela realidade social e institucional de cada Estado-nação<sup>1555</sup> tendo presente a esfera do direito internacional.

É relevante, portanto, a distinção entre nação cívica, própria dos Estados e de suas respectivas nacionalidades, e nação étnica e cultural. Aquela perde o sentido democrático se for incapaz de respeitar e albergar todas as etnias e culturas presentes no respectivo território combinando democracia representativa com democracia participativa, bem como o princípio da igualdade com o princípio do reconhecimento da diferença, o que está diretamente relacionado com o amadurecimento e a evolução dos povos e do conjunto da humanidade na

---

<sup>1555</sup> LOEWENSTEIN, 1976, p. 217-218. Vide [Seção 6 deste Capítulo](#). No mesmo sentido da nomodinâmica de Hans Kelsen, conforme cap. 5 da *Teoria Pura do Direito*. (*Op. cit.*, 1987, p. 205-294).



proteção da vida e da dignidade humanas.<sup>1556</sup> O constitucionalismo e sua dimensão contramajoritária – assentada em princípios iluministas irrenunciáveis – conforma as condições para as escolhas democráticas e o desenvolvimento soberano dos povos em sintonia com o cosmopolitismo e as intuições internacionais, permitindo a adequada preservação do patrimônio comum de cada povo e da humanidade<sup>1557</sup> sem comprometer o singular direito de autodeterminação de cada um dos povos que habitam o Planeta Terra.

---

<sup>1556</sup> SANTOS, 2000, p. 340.

<sup>1557</sup> SANTOS, 2000, p. 342.

## CONCLUSÃO

A exclusão e a desigualdade social existentes no país e no mundo, juntamente com o decorrente contraste diante dos direitos previstos no que cada povo entende como Carta Magna definidora da organização fundamental de sua coletividade, mesmo diante de tantas constituições democráticas ao redor do planeta, inspiram uma referência à obra do maior escritor brasileiro. Machado de Assis, no texto de *Um homem célebre*, quando concebe o personagem *Pestana*, chama a atenção para a resistência de alguns segmentos do Brasil em reconhecer a inequívoca capacidade nacional de inovar. *Pestana*, um ilustre e consagrado autor de polcas que vivia no Rio de Janeiro no final do século XIX, apesar do reconhecimento público e mesmo da consagração em face de seu talento inigualável para o gênero rápido e alegre, vivia frustrado por não ser um grande maestro capaz de compor uma sinfonia que o igualasse aos compositores eruditos europeus, pois seu ideal estava em Beethoven, Mozart, Bach, Schumann, Haydn. Assim, ao final deste conto o *Bruxo do Cosme Velho* registra que o personagem morre “bem com os homens e mal consigo mesmo”.<sup>1558</sup> Tal qual *Pestana* diante de seu talento, ainda é necessário, nas palavras do crítico literário Luís Augusto Fischer, “enfrentar e resolver o dilema entre ser um mero copiadador do que já existia, como um repetidor, ou ser um inventor do novo, correndo o risco de transformar a experiência local em arte.”<sup>1559</sup>

Os desafios que acompanham a pauta da democracia e do desenvolvimento dos povos em uma economia globalizada colocam na ordem do dia os temas econômicos e sociais e, ao mesmo tempo, explicitam a tarefa comum de toda a humanidade de conceber as condições para a paz e viabilizar o futuro dos povos e nações do mundo. Para tal é igualmente necessário ter bem presente os limites sensíveis da natureza, o que também torna imanente às agendas sociais e políticas a preservação do meio ambiente. A urgência contemporânea dos temas ambiental e do desenvolvimento confirma ainda mais a tarefa do constitucionalismo de garantir a pluralidade democrática e minimizar os efeitos da híper especialização para

---

<sup>1558</sup> ASSIS, Joaquim Maria Machado de (1839-1908). *Um homem célebre*. Porto Alegre: L&PM, 2006, p. 92.

<sup>1559</sup> FISCHER, Luís Augusto. *Sobre 'Um homem célebre.'* In: ASSIS, 2006, p. 92-95, p. 95. É também representativa deste sentimento reativo ao novo a seguinte passagem da obra de Ricardo Camargo: “Tudo o que parece fugir do modo assente de pensar imediatamente provoca reação antagonica. Realmente, o conhecimento acumulado, as experiências consolidadas ao longo de anos ou gerações, guardam em seu favor a presunção relativa de verdade. Não se trazem novos enfoques ou modificações sem um justificado temor de se estar a abandonar a reta razão em prol de tentações sugeridas pelo desejo de auto-projeção.” (CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico: aplicação e eficácia*. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 15).

assegurar a interação e o respeito entre os diversos sistemas sociais.<sup>1560</sup> É inequívoco que ao Estado cumpre reconhecer e mesmo tutelar o mercado enquanto verdadeira instituição, mas tal não significa ignorar que seus agentes adotam uma conduta autorreferente na busca da maximização de ganhos econômicos e constituem uma parte do todo maior da sociedade no contexto cultural e histórico de uma sociedade aberta e em constante inovação e, sobretudo, aprimoramento humano. Ao mesmo tempo em que os agentes econômicos se orientam, por imperativa necessidade de sobrevivência, pela racionalidade econômica, a sociedade e o Estado interagem na busca permanente da coesão social, o que define o sentido e a identidade das nações e é a própria expressão viva do conjunto dos princípios constitucionais consagrados pelo poder constituinte de cada povo.

A necessidade e o interesse regem as relações de mercado entre os seres humanos demandando instituições e a regulação dos contextos econômico e social para reduzir a incerteza, o que, na dimensão internacional, também pressupõe instituições humanas amparadas e até mesmo sustentadas pelos entes estatais para assegurar o comércio e a cooperação internacionais, pois a história, a cultura e a vida definem a identidade dos povos e superam em muito qualquer leitura utilitarista da realidade. Ocorre que não apenas a necessidade e o interesse movem o mundo, pois uma infinidade de outras questões sociais e culturais, sejam públicas ou privadas, condicionam e também dependem da afirmação de valores que se legitimam de forma não coincidente nos planos nacional, regional e internacional. É, por conseguinte, nas disposições constitucionais substantivas postas pelo constitucionalismo, muito além do sentido utilitário presente na maximização do lucro, que está assentada a identidade de um povo e de uma nação, bem como a decorrente e imprescindível solidariedade social e a própria preservação do mercado pelos entes estatais.

Reside no exercício dos direitos fundamentais ao desenvolvimento e a um regime democrático o núcleo essencial do princípio da soberania, o que necessariamente decorre do correlato princípio da livre determinação dos povos e encontra limite apenas no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, incorporado ao direito brasileiro com estatura normativa privilegiada (CB, art. 5º, §§ 2º e 3º).<sup>1561</sup> Trata-se do mínimo de soberania que define o núcleo essencial e irreduzível sem o qual a própria noção de soberania não existiria, de tal modo que todos os povos possuem o direito de definirem suas instituições democráticas e o próprio modelo de desenvolvimento a ser livremente perseguido.

---

<sup>1560</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1454.

<sup>1561</sup> Vide nota [1437](#) e [Seção 5 do Capítulo 5](#).

Assim, na medida em que os direitos humanos assumem uma dimensão universal, a titularidade dos direitos ao desenvolvimento e a um regime democrático é, primeiramente, da pessoa humana, mas reside nos entes estatais os sujeitos passivos vocacionados para satisfazer tais direitos, de tal modo que tais entes contemplam os povos soberanos como agentes do processo democrático de conformação das condições para a efetivação destes direitos. Mas a garantia de tais direitos também depende da história dos povos e da qualidade das instituições conformadas pelo constitucionalismo democrático enquanto condição do poder assentada na proteção e defesa dos direitos da pessoa humana. A existência, a identidade e o desenvolvimento do grupo asseguram a existência dos direitos das pessoas que integram a coletividade, o que também permite identificar uma dimensão absoluta – oponível *erga omnes* na ordem jurídica internacional – do direito ao desenvolvimento titulado pelos entes estatais em favor de suas respectivas cidadanias, o que no Brasil restou fortalecido com a edição do § 4º do art. 5º da Constituição do Brasil pela Emenda Constitucional nº 45/04.<sup>1562</sup>

É inegável, portanto, a preponderância das cortes constitucionais e dos respectivos ordenamentos nacionais na proteção e defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana no planeta, o que explicita a importância do direito ao desenvolvimento dos povos e de suas práticas democráticas em sintonia com a eficácia subsidiária do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

A ordem econômica constitucional conforma e garante o mercado estabelecendo limites e reconhecendo a legitimidade do trabalho e do poder econômico assentadas na autonomia privada, a qual, como dito, também é dependente da ordem jurídica estatal. Ocorre que o negócio jurídico é um fenômeno social que pressupõe a autonomia dos sujeitos de direitos e obrigações, de tal modo que o sentido e o alcance da autonomia privada e do próprio ato jurídico contratual são dados pelo ordenamento jurídico.

É, portanto, patente a fragilidade de uma noção ideológica de mercado decorrente da crença em um mercado dotado de inteligência e vontade própria, pois a mesma nega o sentido histórico e institucional dos diversos mercados presentes nas respectivas e diferentes culturas e contextos nacionais. No sentido hedonista logo “todos venderíamos nossos mestres, nossas crenças e nossos princípios por vinte dinheiros”<sup>1563</sup> e “não conseguiríamos explicar o fato de um bombeiro arriscar a vida em um incêndio, ou a mãe que se sacrifica pelos filhos”<sup>1564</sup> ou

---

<sup>1562</sup> Ibid.

<sup>1563</sup> FORGIONI, 2003, p. 23-24, nota 80.

<sup>1564</sup> Ibid.

mesmo “devolver uma carteira abandonada, socorrer um animal ferido”.<sup>1565</sup> É em tais atos que se expressa uma civilização e uma cultura. É em tais atos que se justifica a existência e a afirmação de um espaço público onde se exerce a cidadania e os valores republicanos que asseguram a plenitude de uma nação enquanto história comum de um povo. Quando tais atos passam a ser a exceção é possível concluir, com inspiração na obra de Sigmund Freud, que a sociedade se torna “neurótica”,<sup>1566</sup> de tal modo que ainda hoje cabe ao constitucionalismo democrático o papel precípua de assegurar a coesão da tessitura social com a afirmação dos princípios e dos valores que dão sentido para a própria existência humana e a vida em sociedade.

Muito além do Estado constitucional e de sua inequívoca autoridade na efetivação dos direitos fundamentais, os direitos consagrados histórica e socialmente são irredutíveis diante das contingências econômicas, pois o princípio prevalente é o da máxima efetividade dos direitos fundamentais em face da dimensão inviolável e inalienável que os caracteriza. Mas é especialmente no Estado constitucional que se inviabiliza qualquer pretensão de anular a eficácia de tais direitos, dado que o constitucionalismo é a própria organização fundamental da coletividade na realidade social. É neste sentido que a dimensão histórica e cultural das instituições jurídicas ainda reivindica a efetividade em um dado domínio territorial soberano, mas tal domínio em nenhuma hipótese pode pretender um sentido absoluto, eis que, dentre outras questões que demandam a cooperação internacional, os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional perfuram todas as esferas soberanas e, sempre em nome da vida, encontram definições globais para a proteção do meio ambiente e da dignidade do ser humano.

É, por conseguinte, diante da difusão da informação e das redes e meios alternativos de comunicação, inegável a força da sanção moral na ordem nacional e internacional, mas é também necessário superar a mera indignação e repulsa para concretizar institutos e instituições democráticas na ordem internacional para que com elas seja assegurada a efetiva responsabilização das pessoas e das nações violadoras da ordem jurídica. O reconhecimento da jurisdição universal e irrestrita do Tribunal Penal Internacional sobre todo o planeta e a

---

<sup>1565</sup> Ibid.

<sup>1566</sup> FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Tradução: José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 107-110: “O superego cultural desenvolveu seus ideais e estabeleceu suas exigências. Entre estas, aquelas que tratam das relações dos seres humanos uns com os outros estão abrangidas sob o título de ética. [...]. Se o desenvolvimento da civilização possui uma semelhança de tão grande alcance com o desenvolvimento do indivíduo, e se emprega os mesmos métodos, não temos nós justificativa em diagnosticar que, sob a influência de premências culturais, algumas civilizações, ou algumas épocas da civilização – possivelmente a totalidade da humanidade – se tornaram ‘neuróticas’?”.

tipificação do crime de guerra de agressão, bem como a definição de padrões normativos mínimos de sustentabilidade ambiental, são algumas medidas possíveis, mas o futuro da paz no mundo, com a hoje irreal e mesmo utópica pretensão de desarmamento total e irrestrito de todos os países do planeta, cobra especialmente a necessária democratização da Organização das Nações Unidas e de seu Conselho de Segurança.

É assim que a ausência de uma efetiva e universal coerção na ordem internacional e de referenciais estáveis de decisão democrática no contexto mundial – especialmente diante de atos de violência praticados pelas grandes potências na defesa de seus interesses materiais – explicitam a importância de uma dimensão normativa para a reserva de um mínimo de soberania capaz de preservar as escolhas democráticas de cada povo e de coibir o abuso do poder econômico e mesmo político com a manipulação de organismos nacionais e internacional. Poder econômico que nos dias presentes se revela nem tão poderoso e explicita sua dependência de instituições públicas estatais, as quais sobremaneira constituem um meio para assegurar o direito dos povos ao desenvolvimento e a um regime democrático e acabam por desvelar o núcleo essencial do princípio da soberania, normativamente assentado no direito de autodeterminação dos povos.

A guisa de conclusões gerais, tendo presente que a noção de soberania evoluiu desde a expressão de um poder de fato até a ideia atual de um verdadeiro direito de autodeterminação dos povos de forma isolada ou em conjunto com outros povos em um dado território – superando o dogma contratualista que isola tal noção enquanto manifestação ideológica do direito e do poder –, é possível constatar que na interação entre soberania, constituição e mercado:

1º) **A antiga *lex mercatoria* se fez possível nas cidades medievais em face de um espaço público de autoridade nos feudos e burgos:** posteriormente, na Europa continental e na quase totalidade dos países do mundo – mesmo nas nações que adotam a *common law* o mercado foi e é preponderantemente tutelado pela via estatal jurisdicional –, a liberdade de mercado e o sistema universal de preços se afirmaram com padrões normativos codificados pelo Estado.

2º) **A nova *lex mercatoria*** afirma princípios de estabilização das relações mercantis internacionais, mas perde legitimidade quando desagrega as realidades locais ao comprometer o bem-estar humano e a paz mundial, pois **é ontologicamente dependente do**

**reconhecimento dos entes soberanos e de seus respectivos povos, especialmente diante dos limites e das incertezas dos próprios mercados.**

3º) **A noção institucional de mercado** se diferencia das demais noções – mercado como lugar, ideologia ou paradigma – na medida em que **guarda identidade e continuidade histórica e cultural ao constituir uma ideia estável de autoridade**, o que decorre do esforço humano e, portanto, não se faz possível em uma dimensão sobreposta ao desiderato dos povos, prescindindo da autoridade dos entes soberanos: o comércio, e em especial o comércio internacional, expressa relações de troca e não é sinônimo de mercado, pois o sentido institucional do mercado é distinto do fato econômico presente nas restritas trocas comerciais.

4º) A **negação do Estado constitucional republicano** – e de sua intrínseca **dimensão plural consagrada no princípio da soberania popular – dá ensejo à fragmentação da identidade social e da cidadania** com a concomitante perda da própria essência do constitucionalismo, assentada na liberdade do indivíduo e da coletividade em seu modo de vida histórico e cultural.

5º) **A noção de constituição** garantia toma relevo com as revoluções liberais e representa um fator de ordem e estabilidade, mas é insuficiente para assegurar a coesão social e suas intrínsecas demandas econômicas, sociais e culturais, o que **conforma um sistema axiológico-constitucional de ordem e legitimidade que equilibra igualdade e liberdade ao assegurar o bem comum e a verdade histórica no Estado constitucional nacional democrático.**

6º) **A interdependência e o cosmopolitismo internacional conformam e ao mesmo tempo condicionam nações soberanas – expressão contemporânea do direito de autodeterminação dos povos em suas escolhas econômicas e sócio-culturais** – na afirmação e na definição dos seus modelos de desenvolvimento e de democracia, mas **jamais autorizam a invocação do princípio da soberania para negar os direitos humanos.**

7º) **A democracia precisa ser organizada** – o que pressupõe o respeito aos direitos humanos, bem como a regulação e a disciplina da economia pela sociedade, **dado que reside**

no sentido normativo da ordem econômica conformada pela legitimidade democrática constitucional a essência das condições de afirmação dos direitos sociais e culturais –, pois **o Estado democrático e ecosocial de direito é um meio e conforma uma síntese histórica que supera a concepção liberal de contraposição entre a esfera estatal e o todo maior da sociedade.**

8º) **A complementariedade entre democracia representativa e democracia participativa** é indutora da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da **garantia do direito ao desenvolvimento dos povos enquanto núcleo essencial do princípio da soberania e de seu correlato direito de autodeterminação dos povos**; os princípios e regras gerais de tal processo dialógico entre participação e representação constituem as **condições de convivência entre a maioria da sociedade e o inerente respeito aos direitos das minorias** – governos eleitos de forma periódica, processo legislativo democrático, manifestações efetivas da democracia semidireta (plebiscito, referendo e iniciativa popular) e o transparente envolvimento da cidadania ativa no cotidiano da gestão pública –, **o que têm como pressuposto o controle de constitucionalidade por órgão imparcial e independente diante das disputas e dos conflitos políticos, econômicos e sociais.**

9º) **O direito internacional dos direitos humanos expressa uma dimensão subsidiária e dialética** – especialmente na **proteção e defesa das minorias** – diante das diversas realidades constitucionais estatais, sejam nacionais ou plurinacionais, **enquanto que os modelos de democracia e de desenvolvimento de cada povo constituem exclusiva decisão destes na conformação de suas respectivas ordens jurídicas.**

10) **A liberdade da pessoa humana e dos povos somente se faz possível no espaço público** e nas suas correlatas noções e práticas jurídicas, **pois a liberdade pressupõe o direito.**

A ordem democrática constitucional livremente adotada por cada povo e o correlato direito ao desenvolvimento conformam, por conseguinte, tal como a vontade de viver inerente ao ser humano, o sentido normativo de um mínimo de soberania nacional inalienável e imprescritível no contexto global, o que expressa a real – e legitimamente assegurada pela



ordem jurídica internacional – identidade de cada povo e com ela a efetividade destes direitos ao desenvolvimento e a um regime democrático no concerto das nações.

Trata-se do constitucionalismo democrático e de seus princípios e regras superiores que, com amparo na soberania popular e na cultura e história dos povos no contexto internacional, legitimam e conformam o Estado Democrático e Ecosocial de Direito em um mundo interdependente e cosmopolita. O legado do constitucionalismo do século XX pode ser frágil em face dos contrastes sociais e das tensões e violações dos direitos humanos no cenário internacional, mas expressa ao mesmo tempo um salto gigantesco na história da humanidade e da cultura jurídica. Tal como na imagem evocada por Walter Benjamin ao refletir sobre o conceito da história na primeira metade do Século XX e apontar a brevidade de 50.000 anos de *homo sapiens* diante da história da existência de vida orgânica na Terra – “algo como dois segundos ao fim de um dia de 24 horas”<sup>1567</sup> –, é inequívoca a grandiosidade representada pelo constitucionalismo enquanto um jovem e monumental passo na caminhada da humanidade.

Não foi, portanto, a manifesta engenhosidade científica do ser humano, expressa na metáfora do pequeno passo de Neil Armstrong na Lua, que representou um grande salto para a humanidade, mas o constitucionalismo democrático assentado na soberania popular e concebido – com todas as suas vicissitudes e contradições diante do arbítrio e da força bruta – dentro do processo histórico de afirmação da democracia vivido pela humanidade no curso do século XX. Assim, tal como no “agora” de Walter Benjamin, “que como modelo do messiânico abrevia num resumo incomensurável a história de toda a humanidade”,<sup>1568</sup> o constitucionalismo democrático valoriza o presente ao encontrar a configuração da realidade em contato com o passado, de tal modo que a lembrança desencanta o futuro sem deixar de ter claro o seu significado e a sua importância no entendimento dos valores de hoje em cada momento da cultura e história dos povos. É, por conseguinte, possível concluir que a sábia síntese lançada por Francesco Carnelutti em meio ao tormento do século XX encontrou leito definitivo e consagração no constitucionalismo: “A arte, como o direito, serve para ordenar o mundo. O direito, como a arte, tem uma ponte do passado para o futuro.”<sup>1569</sup>

---

<sup>1567</sup> BENJAMIN, 1994, p. 222-232. As pesquisas e descobertas científicas atuais indicam que a existência do *homo sapiens* é de aproximadamente 200 mil anos, o que não altera substantivamente o contraste proposto por Walter Benjamin em face da insignificante fração de tempo da história da humanidade diante do tempo de existência de vida orgânica na Terra.

<sup>1568</sup> BENJAMIN, 1994, p. 232.

<sup>1569</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Arte do direito*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2006. p. 12.

A cultura, a arte, a música, a amizade, o amor, a reflexão científica e mesmo a fé religiosa são esferas sociais que não dependem de maiorias<sup>1570</sup> e somente poderão integrar o cotidiano dos processos democráticos sem comprometer a própria integridade dos seus sujeitos com a construção de processos verdadeiramente participativos. Nesta quadra o constitucionalismo concebido no espaço nacional pode não ser o passo definitivo na garantia da paz pela via democrática, mas por certo representa um salto gigantesco na história da humanidade e hoje não encontra contraste no âmbito do árduo e imprescindível exercício da soberania popular enquanto via necessária para o efetivo respeito do ser humano pelo ser humano com plena fraternidade e humanismo. O constitucionalismo ainda é a expressão máxima da pluralidade democrática e do sentido aberto e plurilinear da história contemporânea, o que cobra a efetividade e a decorrente força normativa da Constituição em sintonia com o protagonismo do conjunto da sociedade na constante busca do desenvolvimento individual e coletivo em um Estado constitucional democrático e ecosocial de direito.

---

<sup>1570</sup> ZOLO, Danilo. *L'alito della liberta: su Bobbio*. Milano: Feltrinelli, 2008, p. 48.

## REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: 1993.
- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ACTON, Harry Burrows. *Condorcet, Marquis de*. In: *ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA: Macropædia*, 15. ed., 1980, p. 1.080-1081. v. 4.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo: i soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978, v. 1.
- ALEXY, Robert. *Teoria del discurso y derechos humanos*. Tradução: Luís Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Tradução: Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 56-66, jun./set. 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALIGHIERI, Dante. *Monarchia*. Tradução: Federico Sanguineti. Milano: Garzanti, 2007.
- ANGELINO, Carlo. *Carl Schmitt sommo giurista del Führer: testi antisemiti (1933-1936)*. Genova: il Melangolo, 2006.
- AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. Tradução: Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira *et al.* São Paulo: Loyola, 2005. v. 4 (I-II, Q. 90).
- ARCHIBUGI, Daniele; BEETHAM, David. *Diritti umani e democrazia cosmopolitica*. Milano: Feltrinelli, 1998.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Tradução: André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- ARENDT, Hannah. *A vida do espírito: querer*. Tradução: João C. S. Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. v. II.

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução: Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

ASSIS, Joaquim Maria Machado de (1839-1908). *Um homem célebre*. Porto Alegre: L&PM, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. São Paulo: Atlas, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 99-138.

BARBOSA, Rui. A segunda conferência da paz. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, vol. XXXIV.1907, 1966. t. II.

BARCELONA, Pietro. *Postmodernidad y comunidad: el regreso de la vinculación social*. Tradução: Héctor Cláudio Silveira Gorki; José Antonio Estévez Araújo; Juan-Ramón Capella. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

BARRETO, Ireneu Cabral. O recurso individual no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). *Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade = Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudios en homenaje al profesor Antonio Augusto Cançado Trindade = Trends in the International Law of Human Right: studies in honour of professor Antonio Augusto Cançado Trindade. Liber Amicorum Cançado Trindade*. Porto Alegre: Fabris, 2005. t. I.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Existe efetivamente uma Constituição Econômica? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 10, n. 39, p.89-96, abr./jun. 2002.

BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. *A economia como ela é*. São Paulo: Boitempo, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incomplete nel diritto e nell'economia*. Padova: CEDAM, 2000.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Dinheiro e as transfigurações da riqueza. In: TAVARES, Maria da Conceição; FIORI, José Luís (Org.). *Poder e dinheiro: uma economia política da globalização*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 151-193.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Tradução: Sérgio Paulo Rouanet. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. (Obras escolhidas; v. 1).

BERCOVICI, Gilberto. *A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica*. In: Separata do Boletim de Ciências Econômicas. Coimbra: Coimbra, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BERNSTEIN, Lisa. 'Opting out the legal system: extralegal contractual relation in the diamond industry.' *Journal of legal studies*, 1992. v. 21.

BETTI, Emilio. *Problematica del diritto internazionale*. Milano: Giuffrè, 1956.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. t. I.

BIN, Roberto. Che cos'è la costituzione? *Quaderni costituzionali: rivista italiana di diritto costituzionale*, Bologna, v. 27, n. 1, mar. 2007.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução: Sérgio Bath. 8. ed. Brasília: UnB, 1995a.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução: Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: UnB, 1995b.

BOBBIO, Norberto. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, Estado*. Tradução: Luiz Sérgio Henriques; Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: UNESP; Brasiliense, 1995c.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995d.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. Tradução: Michele Nicoletti, Omar Brino *et al.* Milano: Giuffrè, 2006.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Tradução: Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Tradução: Pedro Bravo Gala. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos fundamentais & justiça*: revista do Programa de Pós-graduação em Direito da PUCRS. Porto Alegre: PUCRS, v. 2, n. 3, abr./jun. 2008, p. 82-93.

BORK, Robert Heron. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Press Free, 1978.

BORNHEIM, Gerd. Natureza do Estado moderno. *In: A crise do Estado-nação*, Adauto Novaes (Org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 207-227.

BORZI, Nicola. *La parabola Enron: e la crisi di fiducia del mercato mondiale*. Milano: Feltrinelli, 2002.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BOTTOMORE, Tom (Org.). *Dicionário do pensamento marxista*. Tradução: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

BOUTMY, Emil. *Estudos de direito constitucional*. Tradução: Lucio de Mendonça. Rio de Janeiro-São Paulo: Laemmert, 1896.

BRAUDEL, Fernand. *Civilização material, economia e capitalismo: séculos XV-XVIII*. Os jogos das trocas. Tradução: Telma Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2009. v. 2.

BRUNNER, Otto. *Terra e potere: strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*. Tradução: Giuliana Nobili Schiera. Milano: Giuffrè, 1983.

BRYCE, James. *Costituzioni flessibili e rigide*. Tradução: Raffaella Niro. Milano: Giuffrè, 1998.

BUBNER, Rüdiger. *A dialética como tópica: subsídios para uma teoria da racionalidade no mundo da vida*. Tradução: Inês Martins e Bernd Speidel. Porto Alegre: Fabris, 2013.

BULL, Hedley. *La società anarchica: l'ordine nella politica mondiale*. Tradução: Stefano Procacci. Milano: Vita e Pensiero, 2002.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Breves apontamentos sobre a presença do pensamento hobbesiano na hodierna concepção de segurança. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 165-166, abr./jun. 1994.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de Regulação no Ordenamento Jurídico-Econômico Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico: aplicação e eficácia*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Ressuscitando a doutrina de Drago. *Revista Consulex*, Brasília, v. 5, n. 103, p. 12-17, 30 de abril/2001

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Lex mercatoria, exclusão social e direitos humanos*. *In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). Os rumos do Direito Internacional dos Direitos*

*Humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade = Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudios en homenaje al profesor Antonio Augusto Cançado Trindade = Trends in the International Law of Human Right: studies in honour of professor Antonio Augusto Cançado Trindade. Liber Amicorum Cançado Trindade.* Porto Alegre: Fabris, 2005. t. III.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico e direito administrativo.* Porto Alegre: Fabris, 2006.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico, direitos humanos e segurança coletiva.* Porto Alegre: Núria Fabris, 2007.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Liberdade de informação, direito à informação verdadeira e poder econômico.* São Paulo: Memória Jurídica, 2007.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *ICMS e equilíbrio federativo na constituição econômica.* Porto Alegre: Fabris, 2008.

CANAVEZ, Luciana Lopes. A regulamentação atual das microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil e o projeto de criação da lei geral: supersimples. *Revista Jurídica da Universidade de Franca.* Franca, v. 7, n. 12, p. 133-148, 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Do direito econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza.* Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 9-38.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.* Porto Alegre: Fabris, 1997, v. 1.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.* Porto Alegre: Fabris, 2003. v. 3.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Posfácio: dois testemunhos.* In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). *Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade = Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudios en homenaje al profesor Antonio Augusto Cançado Trindade = Trends in the International Law of Human Right: studies in honour of professor Antonio Augusto Cançado Trindade = Liber Amicorum Cançado Trindade.* Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 613-663. t. VI.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.* Coimbra: Coimbra, 1994.



- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CAPPELLINI, Paolo. *Sistema jurídico e codificação*. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca e Angela Couto Machado Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007.
- CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoria del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução: Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 2000. Edição italiana: *Teoria generale del diritto*. Roma: Foro italiano, 1940.
- CARNELUTTI, Francesco. *Arte do direito*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2006.
- CARONE, Edgar. *A república liberal: I - instituições e classes sociais (1945-1964)*. São Paulo: Difusão, 1985.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría general del Estado*. Tradução: José Lion Depetre. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- CASSESE, Antonio. *Diritto internazionale*. Bologna: il Mulino, 2006.
- CASSESE, Sabino. *La crisi dello Stato*. Roma-Bari: Laterza, 2002.
- CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma-Bari: Laterza, 2007.
- CASSIRER, Ernst. *O mito do Estado*. Tradução: Álvaro Cabral. São Paulo: Códex, 2003.
- CHAPLIN, Charlie. Apelo aos homens. In: BAZIN, André. *Charlie Chaplin*. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p. 32-33.
- CHIGNOLA, Sandro. L'impossibile del sovrano: governamentalità e liberalismo in Michel Foucault. In: CHIGNOLA, Sandro (Cur.). *Governare la vita: un seminario sui corsi di Michel Foucault al Collège de France (1977-1979)*. Verona: Ombre Corte, 2006, p. 37-70.
- CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CHURCHILL, Leonard Winston Spencer. *Winston S. Churchill: his complete speeches (1897-1963)*. New York: Bowker and London: Chelsea, 1974. v. 7.

CHURCHILL, Leonard Winston Spencer. *Winston S. História dos povos de língua inglesa: a era da revolução*. Tradução: Aydano Arruda. São Paulo: IBRASA, 2007. v. 3.

CHURCHILL, Leonard Winston Spencer. *Winston S. História dos povos de língua inglesa: as grandes democracias*. Tradução: Leonid Kipman. São Paulo: IBRASA, 2008. v. 4.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COLOMBO, Alessandro. *La guerra ineguale: pace e violenza nel tramonto della società internazionale*. Bologna: il Mulino, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 77-93.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Filosofia política*. Tradução: Loureiro Silveira. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 9-25.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

CORTEZ, Hernan. *A conquista do México*. Tradução: Jurandir Soares dos Santos. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2008.

COSTA, Pietro. *Civitas: storia della cittadinanza in Europa. Dalla civiltà comunale al settecento*. Roma-Bari: Laterza, 1999.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.); colaboração: SANTORO, Emílio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Tradução: Alexandre Rodrigues de Castro *et al.* Curitiba: Juruá, 2010.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

CROCE, Benedetto. *Liberismo e liberalismo*. Milano-Napoli: Riccardo Ricciardi, 1957.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Anti-Leviatã: direito, política e sagrado*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

D'HONDT, Jacques. *Hegel, filósofo de la historia viviente*. Tradução: Aníbal C. Leal. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1966.

DAHL, Robert Alan. *La poliarquía: participación y oposición*. Tradução: Julia Moreno San Martín. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2009.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora Alarcón. *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 83-105.

DE MASI, Domenico. *Il futuro del lavoro: fatica e ozio nella società postindustriale*. Milano: Bur, 2007.

DEL VECHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução: António José Brandão. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. 9. ed. Madrid: Taurus, 1998.

DICEY, Albert Venn. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale: le basi del costituzionalismo inglese*. Tradução: Alessandro Torre. Bologna: il Mulino, 2003.

DINIZ, Artur José Almeida. O direito e os direitos humanos: a batalha contra os filhos das trevas: comentários a partir da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Barrios Altos*. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). *Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade = Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudios en homenaje al profesor Antonio Augusto Cançado Trindade = Trends in the International Law of Human Right: studies in honour of professor Antonio Augusto Cançado Trindade*. *Liber Amicorum Cançado Trindade*. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 499-516. t. III.

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Tradução: António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2007.

DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado*. Tradução: Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DOLINGER, Jacob. As fontes judaicas dos direitos humanos. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). *Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade = Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudios en homenaje al profesor Antonio Augusto Cançado Trindade = Trends in the International Law of Human Right: studies in honour of professor Antonio Augusto Cançado Trindade. Liber Amicorum Cançado Trindade*. Porto Alegre: Fabris, 2005. p. 159-191. t. II.

DUGUIT, Leon. *Fundamentos do Direito*. Tradução: Eduardo Salgueiro. Porto Alegre: Fabris, 2005.

DUVERGER, Maurice. *As modernas tecnodemocracias: poder econômico e poder político*. Tradução: Max da Costa Santos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. Tradução: versão inglesa Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. v. 2.

FAORO, Raymundo. Constituinte: a verdade e o sofisma. In: *Constituinte e democracia no Brasil hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARINA, Elizabeth *et al.* *Competitividade: Mercado, estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução: Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto e mercato: il caso degli Stati Uniti*. Torino: Giappichelli, 1992.

FERRARESE, Maria Rosaria. *Le istituzioni della globalizzazione*. Bolonha: Mulino, 2000.

FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto sconfinato: inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*. Roma-Bari: Laterza, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Regulamentação da ordem econômica. 4. painel XVII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, v. 5, n. 18, p. 95-98. jan./mar. 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Odim Brandão. *A universalidade do problema hermenêutico*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

FILIPPI, Alberto; LAFER, Celso. *A presença de Bobbio: América Espanhola, Brasil, Península Ibérica*. São Paulo: UNESP, 2004.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: il Mulino, 1999.

FISICHELLA, Domenico. *Denaro e democrazia: dall'antica Grecia all'economia globale*. Bologna: il Mulino, 2000.

FISCHER, Luís Augusto. *Sobre 'Um homem célebre.'* In: ASSIS, Joaquim Maria Machado de (1839-1908). *Um homem célebre*. Porto Alegre: L&PM, 2006, p. 92-95.

FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, v. 42, n.130, abr.-jun. 2003.

FORSTHOFF, Ernst. Problemas constitucionales del Estado social. In: FORSTHOFF, Ernst; ABENDROTH, Wolfgang; Doehring, Karl. *Estado social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso dado no Collège de France (1975-1976). Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 4ª tiragem (2005).

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução: Roberto Machado. 24. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*: curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes: 2008b.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora Alarcón. *Reforma do Judiciário*: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005, p. 99-105.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Tradução: José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução: Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 6. ed. São Paulo: Fundo de Cultura, 1964.

FURTADO, Celso. *Prefácio a nova economia política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

FURTADO, Celso. *O longo amanhecer*: reflexões sobre a formação do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

GALBRAITH, John Kenneth. *Anatomia do poder*. Tradução: Hilário Torloni. São Paulo: Pioneira, 1984.

GALBRAITH, John Kenneth. *A sociedade justa*: uma perspectiva humana. Tradução: Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: il Mulino, 2005.

GERSHOY, Leo. *The peace of Westphalia*. In: ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA: Macropædia, 15th edition, 1980, v. 6, p. 1.090.

GOLDMAN, Berthold. Frontières du droit et “lex mercatoria.” *Archives de Philosophie du Droit*, n. 9, 1964. p. 177-192.

GOMES, Orlando. Os contratos e o direito público. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 10, 1977. p. 45-55.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997. t. I.

GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 59-75.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.

GRAU, Eros Roberto. Mercado, Estado e Constituição. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos Constitucionais Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 211-221.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAY, John. *Falso amanhecer: os equívocos do capitalismo global*. Tradução: Max Altman. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Tradução: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 2007.

GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2006.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Tradução: Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.

GUEDES, Francisco Corrêa. *Economia e complexidade*. Coimbra: Almedina, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Tradução: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Tradução: Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no estado constitucional*. Tradução: Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008.

HAURIOU, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação: ensaio de vitalismo social*. Tradução: José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Fabris, 2009.

HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Tradução: Leonel Vallandro. 2. ed. São Paulo: Globo, 1977.

HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Tradução: Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985. v. 3.

HECKSCHER, Eli Filip. *La época mercantilista: historia de la organizacion y las ideas económicas desde el final de Edad Media hasta la sociedad liberal*. México: Fondo de Cultura Económica, 1943.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HELLER, Hermann. *La soberania: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Tradução: Mario de la Cueva. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.

HAYEK, Friedrich August von. *Teoria do Estado*. Tradução: Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Europa-América, 1996.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.



HESSE, Konrad. Constitución y Derecho Constitucional: capítulo primero. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL H.; HESSE, Konrad; HEYDE, Holfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução: Antonio López Pina. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade*. Tradução: Wanda Caldeira Brant. Petrópolis: Vozes, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução: João Paulo Monterio; Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.

HOBBS, Eric John Ernest. *A era do capital: 1848-1875*. Tradução: Luciano Costa Neto. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

HOBBS, Eric John Ernest. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. Tradução: Maria Tereza Lopes Teixeira; Marcos Penchel. 18. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. Tradução: Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

HOFMANN, Hasso. *Rappresentanza – Rappresentazione: parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*. Tradução: Cláudio Tommasi. Milano: Giuffrè, 2007.

HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e "Lex Mercatoria": horizontes do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

HUME, David. *Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Tradução: Débora Danowski. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009. Livro 3, Parte 2, Seção 9.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. 5. ed. Roma: Laterza, 2003.

IRTI, Natalino. *Nichilismo giuridico*. Roma: Laterza, 2004.

IRTI, Natalino. *Norma e luoghi: problemi di geo-diritto*. 5. ed. Roma-Bari: Laterza, 2006.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Tradução: Gaetano Vitagliano. Roma: Società Editrice Libreria, 1912.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução: Fernando de los Ríos. Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2005.

JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Tradução: Adolfo Posada. Granada: Comares, 2009.

JHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano*. Tradução: Enrique Principe y Satorres. Madrid: Casa Editorial Bailly-Bailliere, [18--].

JHERING, Rudolf von. *Tres estudios jurídicos: del interés en los contratos; la posesión; la lucha por el derecho*. Tradução: Adolfo González Posada. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1960.

JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução: João de Vasconcelos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JOÃO PAULO II. *Centesimus annus*. 6. ed. São Paulo: Paulinas, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*. Tradução: Gioele Solari e Giovanni Vidari. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1956.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KARSENTI, Bruno. La política del “fuori”. In: CHIGNOLA, Sandro (Cur.). *Governare la vita: un seminario sui corsi di Michel Foucault al Collège de France (1977-1979)*. Verona: Ombre Corte, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria comunista del derecho y del Estado*. Buenos Aires: Emecé Editores, 1957.

KELSEN, Hans. *Princípios de derecho internacional público*. Tradução: Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida. Buenos Aires: El Ateneo, 1965.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KELSEN, Hans. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*. Tradução: Agostino Carrino. Milano: Giufrè, 1989.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução: Vera Barkow *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *O Estado como integração: um confronto de princípios*. Tradução: Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. 3. ed. (versão condensada pelo próprio autor). Tradução: J. Cretella Júnior; Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003b.

KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*. Tradução: Luis Echávarri. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 63-74.

KEYNES, John Maynard. O fim do laissez-faire. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (Org.). *Os grandes cientistas sociais: John Maynard Keynes*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1984, p. 106-126. v. 6.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução: Mario R. da Cruz. São Paulo: Atlas, 2009.

KLEIN, Naomi. *A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre*. Tradução: Vânia Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático*. Tradução: Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2009.

KRUGMAN, Paul. *Il ritorno dell'economia della depressione: stiamo andando verso un nuovo '29?* Tradução: Nicolò Regazzoni. Milano: Garzanti, 2001.

KRUGMAN, Paul. Averting the worst. *The New York Times*, New York, 10 ago. 2009.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LAFER, Celso. *Comércio e relações internacionais*. São Paulo: Perspectiva, 1977.

LAFER, Celso. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAFER, Celso. *Ensaio liberais*. São Paulo: Siciliano, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução: Walter Stöner. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

LEÃO XIII. *Rerum novarum*. 16. ed. São Paulo: Paulinas, 2008.

LEONI, Bruno. *La libertà e la legge*. Tradução: Maria Chiara Pievatolo. Macerata: Liberlibri, 2000.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LIMA, Ruy Cirne. *Preparação à dogmática jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1958.

LIMA, Ruy Cirne. A organização administrativa e o serviço público no direito administrativo brasileiro. In: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO. *Estudos jurídicos em honra de Soriano Neto: no XX aniversário do seu ensinamento (1934-1954)*. Recife: Faculdade de Direito da Universidade do Recife, 1959, p. 9-19. v. II.

LIPPMANN, Walter. *Opinião pública*. Tradução: Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2008.

LISBOA, José da Silva. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do MJNI, 1963.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LUHMANN, Niklas. *Poder*. Tradução: Martine Creusot de Rezende Martins. 2. ed. Brasília: UnB, 1992.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MACHIAVELLI, Niccolò. *O príncipe*. Tradução: Lívio Xavier. São Paulo: Ediouro, 2003.

MACHIAVELLI, Niccolò. *História de Florença*. Tradução: MF. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MAGALHÃES, José Carlos de. "Lex Mercatoria": evolução e posição atual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 709, p. 42-45, nov. 1994.

MANDEL, Ernest. *O capitalismo tardio*. Tradução: Carlos Eduardo Silveira Matos; Regis de Castro Andrade e Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1985.

MARÍA DRAGO, Luís. *Cobro coercitivo de deudas públicas*. Buenos Aires: Coni Hermanos, 1906.

MARRELLA, Fabrizio. *La nuova lex mercatoria: principi unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*. Padova: CEDAM, 2003.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução: Beatriz Henning *et al.* Montevideo: Konrad-Adenauer-Stifung, 2005.

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARX, Karl. Prefácio. *Para a crítica da economia política*. Tradução: Edgar Malagodi. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

MARX, Karl. *O capital*. Tradução: Reginaldo Sant'Anna. 22. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, v. 1.

MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 1.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Polícia de manutenção da ordem pública e suas atribuições. In: LAZZARINI, Alvaro *et al.* *Direito administrativo da ordem pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 147-157.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta: concessão e permissão de serviço público, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações governamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma do sistema judiciário no Brasil: elemento fundamental para garantir segurança jurídica ao investimento estrangeiro no Brasil. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, v. 12, n. 43, p. 9-16, jan./mar. 2009.

MERQUIR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. Tradução: Henrique de Araújo Mesquita. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MICHELMAN, Frank. Economic power and the Constitution. In: BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva Beth. *The Constitution in 2020*. New York: Oxford, 2009, p. 45-53.

MILL, John Stuart. *A liberdade; Utilitarismo*. Tradução: Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. II.

MOLL, Luíza Helena. Externalidades e apropriação: projeções sobre o direito econômico na nova ordem mundial. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 139-160.

MONCADA, Luis Solano Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra, 1995.

MONCADA, Luis Solano Cabral de. *Direito económico*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão e La Brède e de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. 5. ed. Barueri: Manole, 2004.

MOREIRA, Vital. *Economia e constituição: para o conceito de constituição económica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1979.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORTATI, Costantino. *La costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffrè, 1988.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmenos (sobre) o poder constituinte do povo*. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. A limitação das possibilidades de atuação do Estado-nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência. Tradução: Peter Naumann. In: BONAVIDES, Paulo (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 208-218.

NABAIS, José Casalta. *Por um Estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal*. Coimbra: Almedina, 2005.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NORTH, Douglass Cecil. *The political economy of merchant empires*. New York: Cambridge University Press, 1991.

NORTH, Douglass Cecil. Mercati e altri sistemi allocativi nella storia. In: SALSANO, Alfredo (Org.). *Karl Polanyi*. Tradução: Davide Pazieri (dall'inglese) e di Alfredo Salsano (dal francese). Milano: Bruno Mondadori, 2003, p. 185-206.

NUNES, António José Avelãs. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 26, n. 65, p. 12-20. jan./mar. 1987.

NUSDEO, Fábio. “Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas.” In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002b, p. 11-24.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Deputado Federal do Partido Social Cristão. PEC 341/09. *Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo*, 20 de julho de 2009.

PACE, Alessandro. Costituzioni rigide e costituzioni flessibili. In: *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*. 2. ed. Padova: CEDAM, 2002.

PADOVER, Saul Kussiel. *A constituição viva dos Estados Unidos*. Tradução: A. Della Nina. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1987.

PÁDUA, Marcílio de. *O defensor da paz*. Tradução: José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Costituzione e sovranità: il senso della democrazia costituzionale*. Bari: Dédalo, 1997.

PATTI, Salvatore. *Diritto privato e codificazioni europee*. Milano: Giuffrè, 2004.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Prefácio. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas *et al.* (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional*:

estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 7-8.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *A eficácia jurídica na defesa do consumidor: o poder do jogo na publicidade: um estudo de caso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PINA, Antonio López. *Prólogo*. In: HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Tradução: Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (Org.). *Manual de economia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Tradução: Fanny Wrobel. 2. ed. 10. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963; t. IV.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t. III.

POSNER, Richard. 'The legal protection of children.' In: *Economic analysis of law*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992, p. 149-154.

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. Tradução: Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

PULIDO, Carlos Bernal. *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, 2007, p. 289-325.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.

QUESNAY, François. *Economia*. Tradução: Mary M. de C. Neves *et al.* São Paulo: Ática, 1984.

RABKIN, Jeremy A. *Law without nations?: why constitutional government requires sovereign states*. New Jersey: Princeton University Press, 2005.



RACIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução: Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RAMOS, Elival da Silva. O econômico nas constituições liberais. *Cadernos de direito constitucional e eleitoral*: Tribunal Regional Eleitoral – Procuradoria Regional Eleitoral do Estado de São Paulo, ano I, n. 4, set. 1988, p. 21-24.

RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. Os tratados sobre direitos humanos no Direito Constitucional brasileiro pós-emenda 45/04. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 146-188.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Estado e nação: novas relações? *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 261-272, jan./jun. 2004.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Um conceito mais amplo de liberdade: desenvolvimento, segurança e direitos humanos para todos? – multilateralismo e cidadania mundial. *Política Externa* (USP), São Paulo, v. 14, n. 2, p. 25-39, 2005.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. O poder na democracia: direito e poder e sua correlação. In: *Pluralismo e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

REALE, Miguel. *Crise do capitalismo e crise do Estado*. São Paulo: SENAC, 2000.

REICH, Norbert. Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica). *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 94, p. 265-281, abr./jun. 1990.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RICHELIEU, Armand Jean du Plessis, Cardeal de. *Testamento político*. Tradução: David Carneiro. Bauru: Edipro, 1995.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.

ROSANVALLON, Pierre. *O liberalismo econômico: história da idéia de mercado*. Tradução: Antonio Penalves Rocha. Bauru: EDUSC, 2002.

ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-estar na modernidade: ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Heger*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002a.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.). *In: Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002b, p. 29-63.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Poder econômico: a marcha da aceitação*. *In: COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3-4.

SAMUELSON, Paul A. *Introdução à análise econômica*. Tradução: Luiz Carlos do Nascimento Silva. 6. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1966, v. 2.

SANTORO, Emílio. *Estado de direito e interpretação: por uma concepção jusrealista e antiformalista do estado de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTORO, Emílio. *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*. Torino: Giapichelli, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise.* *Revista do*

*Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 9-49.

SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*. Tradução: M.<sup>a</sup> Luz Morán. Madrid: Alianza, 2010.

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1977.

SCHABAS, William Anthony. *Princípios gerais de direito penal*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Tradução: Jose Diaz Garcia. Madrid: Aguillar, 1971.

SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del 'jus publicum europaeum'*. Tradução: Dora Schelling Thon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução: Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl, Carl. *Escritos de política mundial*. Tradução: Horacio Cagni. Buenos Aires: Ediciones Heracles, 1995.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução: Francisco Ayala. Madrid: Alianza 2003.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. Tradução: M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e liberdade. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira. *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao prof. Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431-471.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *A teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1988.  
SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. *La democrazia degli altri: perchè la liberta non è un'invenzione dell'occidente*. Tradução: Aldo Piccato. Milano: Oscar Mondadori, 2005.

SENELLART, Michel. Michel Foucault: governamentalité e ragion di Stato. In: CHIGNOLA, Sandro (Cur.). *Governare la vita: un seminario sui corsi di Michel Foucault al Collège de France (1977-1979)*. Verona: Ombre Corte, 2006, p. 13-36.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Reserva do possível. Porto Alegre: Fabris, 2010. v. 1.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho*. Mexico: Porrúa, 1970.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução: Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000a.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000b.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto Costituzionale*. Tradução: F. Fiore e J. Luther. Milano: Giuffrè, 1988.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Tradução: Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. 1.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, Murilo Rodrigue da Cunha. Microempresas: Tributação inadequada e evasão fiscal. *Tributação em Revista*. Brasília. v. 3, n. 8, abr./jun., p. 15-20, 1994.

SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma e da decisão*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

SOROS, George. *El nuevo paradigma de los mercados financieros: para entender la crisis económica actual*. Buenos Aires: Taurus, 2008.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição Econômica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 85, n. 305, p. 119-133, jan./mar. 1989.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Repressão ao abuso do poder econômico e direitos humanos. *In: A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Seminário de Brasília de 1991. Instituto Interamericano de Direitos Humanos e Friedrich Naumann – Stiftung, San José da Costa Rica/Brasília, Brasil, 1992.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Constituição Econômica: estudos*. Belo Horizonte: Fund. Brasileira de Direito Econômico, 2000. v. 3.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito econômico: evolução teórica, aplicação, eficácia e perspectivas no conteúdo da globalização. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 24, n. 54, p. 11-20, 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

STIGLITZ, Joseph Eugene. *A globalização e seus malefícios*. Tradução: Bazán Tecnologia e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SUNGA, Lyan S. A competência 'ratione maerie' da corte internacional criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. *In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 191-219.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Tradução: Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Globalismo pluriversalista: lo Stato-nazionale nelle istanze sovranazionali di regolazione político-giuridica*. Tesi di Dottorato (XXI Ciclo). Firenze: Università degli Studi di Firenze, 2009, p. 105-106 (exemplar fornecido pelo autor).

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TEUBNER, Günther. Altera pars audiatur: o direito na colisão de discursos. In: LINDGREN ALVES, J.A. *Direito e cidadania na pós-modernidade*. Piracicaba: UNIMEP, 2002, p. 93-126.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*. Tradução: Neil Ribeiro da Silva. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: USP, 1987.

TORELLY, Paulo Peretti. *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição: isonomia e república no direito constitucional e na teoria da constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

TORRÉ, Abelardo. *Introducción al derecho*. 5. ed. Buenos Aires: Perrot, 1965.

TÔRRES, Heleno Taveira. Da relação entre competências constitucionais tributária e ambiental – os limites dos chamados ‘tributos ambientais’. *Direitos tributário ambiental*. Heleno Taveira Tôrres (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 96-156, p. 128.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. Tradução: Elias Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.

TRINDADE, Otávio Cançado. A constitucionalização do direito: mito ou realidade? *Revista de informação legislativa*. Brasília: Editora do Senado, ano 45, n. 178, p. 271-284, abr./jun. 2008.

STEINBERT, S. Henry. *Thirty years' war*. In: ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA: Macropædia, 15. ed. 1980, v. 18, p. 333-344.

VALLE FERREIRA, José Geinert do. *Enriquecimento sem causa*. Rio de Janeiro: s/ed., 1950.

VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Tradução: Vicente Marotta Rangel. Brasília: UnB: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional publico*. Tradução: Antonio Truyol y Serra. 5. ed. Madrid: Aguilar, 1973.

VIEIRA, José Ribas (Org.). *A Constituição Européia: o projeto de uma nova teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILANOVA, Lourival. *Teoria Jurídica da Revolução (Anotações à margem de Kelsen)*. São Paulo: Axis Mundi, 2003. v. 1. (Escritos jurídicos e filosóficos).

VIVANTE, Cesare. La conclusione dei contratti commerciali. *In: Studii giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer nella ricorrenza del XXV anno del suo insegnamento.* Torino: Fratelli Bocca, 1898, p. 227-270.

WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu: a retórica do poder.* Tradução: Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva.* Tradução: Regis Barbosa; Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1999. v. 1.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WELZEL, Hans Fritz. *Pufendorf, Samuel von.* *In: ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA: Macropædia*, 15th edition, 1980, v. 15, p. 265-266.

WOOD, Ellen Meiksins. *A origem do capitalismo.* Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado.* Tradução: Karin Praefke-Aires Coutinho. 12. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZOLO, Danilo. *Il principato democratico: per una teoria realistica della democrazia.* Milano: Feltrinelli, 1996

ZOLO, Danilo. *Chi dice umanità: guerra, diritto e ordine globale.* Torino: Einaudi, 2000.

ZOLO, Danilo. *Globalizzazione: una mappa dei problemi.* 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2004a.

ZOLO, Danilo. *Cosmopolis: la prospettiva del governo mondiale.* 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2004b.

ZOLO, Danilo. *La giustizia dei vincitori: da Norimberga a Baghdad.* Roma-Bari: Laterza, 2006.

ZOLO, Danilo. *L'alito della liberta: su Bobbio.* Milano: Feltrinelli, 2008.

## OUTRAS REFERÊNCIAS

BLACK'S LAW DICTIONARY (Bryan A. Garner – Edit. in Chief). 8. ed. St. Paul-MN: Thomson, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05.10.1988.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferência de São Francisco, 26.06.45; aprovada no Brasil pelo Decreto-lei 7.935, de 04.09.1945. Promulgada pelo Decreto 19.841, de 22.10.1945 e em vigor desde 24.10.1945.

CÓDIGO DE DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS ANOTADO. PIOVESAN, Flávia (Coord.). São Paulo: DPJ, 2008.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Conferência de São José da Costa Rica, 22.11.1969; em vigor na ordem internacional desde 18.07.1978; aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992 e ratificada em 25.09.1992. Promulgada pelo Decreto 678, de 06.11.1992, publicado no Diário Oficial da União de 09.11.1992.

DECLARAÇÃO SOBRE O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO. Assembleia-Geral das Nações Unidas, Resolução 41/128, de 4 de dezembro de 1986.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia-Geral das Nações Unidas, realizada em Paris, Resolução 217-A, de 10 de dezembro de 1948.

ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA: Macropædia, 15. ed. v. 3, 4, 6, 15 e 18, 1980.

ESTATUTO DE ROMA SOBRE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Conferência de Roma, 17.07.98, em vigor na ordem internacional desde 1º. 07. 2002; aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 112, de 06.06.2002. Promulgado pelo Decreto 4.388, de 25.09.2002, publicado no Diário Oficial da União de 26.09.2002.

FRANÇA. Code Civil des Français, 21 mars 1804. Paris: Dalloz, 2004.

JORNAL VALOR ECONÔMICO. Caderno EU&. Dias 12 a 14 de maio de 2006, Ano 7, n. 294, p. 10-11.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19.12.1966 (Resolução 2.200-A), em vigor na ordem internacional desde 03.01.1976; aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991 e ratificado em 24.01.1992. Promulgado pelo Decreto 591, de 06.07.1992 e publicado no Diário Oficial da União de 07.07.1992.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, 16.12.1966 (Resolução 2.200-A), em vigor na ordem internacional desde 23.03.1976; aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991 e ratificado em 24.01.1992. Promulgado pelo Decreto 592, de 06.07.1992 e publicado no Diário Oficial da União de 07.07.1992.



PEC 341/09, de autoria do Dep. Federal-SP, Régis Fernandes de Oliveira (Partido Social Cristão). Rel. Dep. Federal-BA, Sérgio Barradas Carneiro (Partido dos Trabalhadores). *Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo*, 20 de julho de 2009.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD.  
Disponível em: <http://www.pnud.org.br/rdh>. Acesso em: 22 out. 2009.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 319/DF. Rel. Min. Moreira Alves. (j. 03/03/93, DJ de 30/04/93). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819/RJ. Segunda Turma. Rel. para o Acórdão Min. Gilmar Mendes. (j.11/10/2005, DJ de 27/10/2006). Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2396/MS. Rel. Min. Ellen Gracie. (j. 08/05/2003, DJ 14/12/01). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 1094/DF-MC. Rel. Min. Carlos Velloso. (j. 21/09/1995, DJ 20/04/2001). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2591/DF. Rel. para o Acórdão Min. Eros Grau. (j. 07/06/2006, DJ de 29/09/2006). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2334/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. (j. 24/04/2003, DJ de 30/05/03). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno - Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada. Rel. Min. Ellen Gracie. (j. 12/12/2007, DJ 29.02.2008). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 422.941/DF. Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. (j. 06/12/2005, DJ 24.03.2006). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 1081/DF-MC. Rel. Min. Francisco Rezek. (j. 22.06.1994, DJ 03.12.1999). Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn's 1999/SP. Rel. Min. Octavio Gallotti. (j. 22.06.1994, DJ 03.12.1999). ADIn 2021/SP. Rel. Min. Maurpicio Corrêa; ADIn 2097/PR (DJ 16/06/00. Rel. Min. Moreira Alves; ADIn 1247/PA (DJ 08/09/95). Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 1717/DF (DJ 25/02/00). Rel. Min. Sydney Sanches; ADIn 2544/RS (DJ 08/11/02). Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 3540/DF-MC (j. 01/09/2005, DJ 03/02/06). Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 1007/PE (j. 31/08/2005, DJ 24.02.2006). Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 jan. 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros v. República del Peru – Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Serie C. N. 41. § 12. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/seriec/vsc\\_cancado\\_41\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/seriec/vsc_cancado_41_esp.doc). Acesso em: 09 maio 2005.

## **SOBRE O AUTOR**

Paulo Peretti Torelly é Advogado. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor em Direito do Estado pela Universidade São Paulo (USP) com estágio de pesquisa na *Università Degli Studid iFirenze* (UNIFI-Itália). Mestre em Direito do Estado (PUC/RS); Especialista em Direito Processual Civil (PUC/RS); Procurador do Estado do RS; Secretário-Geral Adjunto da OAB/RS(1998); Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (1999-2002); Procurador-Geral do Município de Canoas (2013-2015); Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP). Professor convidado da Pós-Graduação *lato sensu* da Faculdade de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter).

O presente livro problematiza os limites da soberania e do poder constituinte diante da globalização econômica e os efeitos de tal limitação para o constitucionalismo com ênfase na efetividade dos direitos ao desenvolvimento e a um regime democrático pelos povos.

O papel do Estado nacional e do constitucionalismo diante da nova *lex mercatoria* e do sistema internacional de proteção dos direitos humanos são analisados tendo presente a racionalidade econômica e a importância do espaço público para o exercício daqueles direitos.

A liberdade do ser humano e o movimento de codificação no curso do século XIX são considerados, no contexto de superação do feudalismo e da antiga *lex mercatoria*, enquanto estatuto corporativo da classe mercantil, para, diante da crescente hegemonia do poder econômico nos dias de hoje, situar a crítica ao Estado regulador e disciplinador de condutas e sustentar que o legado da Modernidade ainda não foi explorado em todas as suas potencialidades.

É ainda atual o modelo constitucional que pressupõe a existência de Estados e povos soberanos para assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

A Constituição em uma ordem democrática, sua tarefa de coesão e integração política, econômica e cultural da nação, e a distinção entre os tratados internacionais de comércio e os de defesa dos direitos humanos são considerados na definição da disciplina das decisões dos conflitos sociais, políticos e econômicos, pressupondo um mínimo de soberania e com ela a dogmática constitucional que conforma a ordem econômica e o Estado constitucional democrático e ecosocial de direito.

ISBN: 978-65-88110-00-3

BR



9 786588 110003