

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Antônio Carlos Lúcio Macedo de Castro

IDEOLOGIA ECONÔMICA E DIREITO:
uma análise da legitimidade das decisões judiciais a partir da Constituição Econômica

Belo Horizonte

2015

Antônio Carlos Lúcio Macedo de Castro

**IDEOLOGIA ECONÔMICA E DIREITO:
uma análise da legitimidade das decisões judiciais a partir da Constituição Econômica**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Giovani Clark.

Belo Horizonte

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C355i Castro, Antônio Carlos Lúcio Macedo de
Ideologia econômica e direito: uma análise da legitimidade das decisões judiciais a partir da Constituição Econômica / Antônio Carlos Lúcio Macedo de Castro. Belo Horizonte, 2015.
160 f.

Orientador: Giovani Clark
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito constitucional. 2. Direito econômico. 3. Direito e economia. 4. Decisão (Direito). I. Clark, Giovani. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Antônio Carlos Lúcio Macedo de Castro

**IDEOLOGIA ECONÔMICA E DIREITO:
uma análise da legitimidade das decisões judiciais a partir da Constituição Econômica**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Giovani Clark (Orientador) – PUC Minas

Edimur Ferreira de Faria – PUC Minas

João Batista Moreira Pinto – Dom Helder Câmara

Belo Horizonte, 27 de fevereiro de 2015.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e por me guiar pelos bons caminhos, garantindo-me a saúde e disposição para o desenvolvimento deste trabalho.

Ao meu filho Júnior, pelo amor incondicional e pela compreensão intuitiva das inúmeras horas dedicadas ao trabalho, horas furtadas de sua indispensável companhia.

Ao amor da minha vida, Valéria, pela compreensão, dedicação, pelo incentivo e por acreditar, junto comigo, neste projeto.

À minha mãe, pelo exemplo de perseverança e por ser a maior incentivadora de meus projetos acadêmicos, desde a primeira infância, inclusive como minha inesquecível professora. Esta conquista também é sua!

Ao meu pai, meu primeiro herói. Certamente sua estrela está mais radiante, compartilhando de nossa alegria.

Aos meus irmãos, Fabyolla, Netto e Lara, que mesmo com as raras oportunidades de convívio, sempre fui certo do sincero amor que preenche e dá sentido à vida.

A todos os colegas do Programa de Pós Graduação em Direito da PUC Minas, pela possibilidade de interlocução.

A todos os professores do programa, que nos inspiram no árduo processo de construção de um mundo melhor.

Aos funcionários da secretaria, talvez os que mais compreensivamente convivem com nossas angústias e ansiedades.

E, por fim, mas não menos especial, ao meu orientador e amigo Giovani Clark, pelas lições, não somente acadêmicas, mas, também, de vida.

“Há um mal econômico, que é a errada distribuição da riqueza. Há um mal político, que é o fato de a política não estar a serviço dos pobres.”

José Saramago

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a relação entre o Direito e a Economia, a incorporação da(s) ideologia(s) econômica(s) pelo Direito, através da análise do discurso de criação e do discurso de justificação. A fim de verificar a incorporação do fato econômico pelo direito positivo, assim como pesquisar se as decisões de nossos Tribunais, notadamente nossa Suprema Corte, levam em consideração a dimensão econômica, o texto investiga essa problemática a partir da Análise Econômica do Direito e da Teoria da Constituição Econômica, tentando relacionar seus respectivos pressupostos à(s) ideologia(s) econômica(s) analisada(s). Para tanto, a pesquisa parte das noções da expressão ideologia para, em seguida, identificar as ideologias econômicas que prevaleceram durante a história do pensamento econômico, com a finalidade de construir a contextualização adequada para verificar a adesão do Direito brasileiro a estas ideologias. Com esse intuito em mente, primeiramente, analisam-se, separadamente, os pressupostos das citadas teorias para, em seguida verificar sua adesão às correntes ideológicas e sua adequação à ideologia constitucionalmente adotada. Num segundo momento, o trabalho trata de perquirir em que medida as teorias analisadas são levadas em consideração pelo Poder Judiciário, para ao final verificar se as teorias e as decisões efetivam a Constituição Econômica e o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Ideologia econômica. Constitucionalismo. Constituição Econômica. Decisões judiciais. Ideologia constitucionalmente adotada.

ABSTRACT

This study aims to review the relation between Law and Economics and the incorporation of the Economic Ideologies in Law through an analysis of both the discourse on creation as well as the discourse on justification. To ascertain the incorporation of economic facts in the Positive Law and whether the ruling of our Courts – particularly those issued by our Supreme Court – consider the economic dimension or not, the text approaches the foregoing matter under the Economic Analysis of Law, or Law and Economics, and the Economic Constitution Theory in an attempt to connect their respective tenets to the economic ideologies under review. To accomplish that, the research adopts the various senses of the expression ‘ideology’ to identify the corresponding Economic Ideologies prevailing during the development of the Economic Thinking to build the appropriate context and check the adherence of the Brazilian Law to such ideologies. To that end, the tenets of the above mentioned theories are reviewed separately and checked their adherence to the foregoing ideological trends as well as their adequacy to the Constitutional Ideology. Subsequently, this study investigates the extent to which said theories are considered by the Judiciary and whether such theories and the judicial ruling are made effective under the Economic Constitution and the Democratic Rule-of-Law State.

Keywords: Economic Ideology. Constitutionalism. Economic Constitution. Judicial Ruling. Constitutional Ideology.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 IDEOLOGIA(S) E CIÊNCIAS SOCIAIS (ECONOMIA E DIREITO)	20
2.1 Noção(ões) de ideologia(s)	23
2.2 Ideologias econômicas – breves apontamentos sobre a história do pensamento econômico	30
2.2.1 <i>Período pré-capitalista – antiguidade</i>	31
2.2.2 <i>Período medieval</i>	32
2.2.3 <i>Mercantilismo</i>	35
2.2.4 <i>Liberalismo clássico</i>	39
2.2.5 <i>Socialismo</i>	45
2.2.6 <i>Ideologia(s) econômica(s) a partir do século XX</i>	50
2.2.7 <i>Neoliberalismo de regulamentação e de regulação</i>	56
2.3 Ideologia econômica e ordenamento jurídico	60
3 CONSTITUCIONALISMO E ORDEM ECONÔMICA (DISCURSO DE CRIAÇÃO – ARENA POLÍTICA)	63
3.1 Noções elementares sobre a ideia de constitucionalismo	63
3.2 A formação e identificação da Teoria da Constituição Econômica	67
3.3 A(s) Constituição(ões) Econômica(s) brasileira(s) – surgimento e evolução.....	73
3.4 A Constituição de 1988 e sua ideologia econômica	78
3.5 Alterações na Constituição Econômica de 1988 e suas influências ideológicas	81
3.6 Críticas às alterações constitucionais à luz da teoria crítica constitucional de Ricardo Sanín Restrepo	85
4 NEOLIBERALISMO E A ESCOLA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (DISCURSO DE APLICAÇÃO – ARENA JURÍDICA)	91
4.1 Surgimento e análise dos pressupostos teóricos da Análise Econômica do Direito....	92
4.1.1 <i>Método paretiano</i>	100
4.1.2 <i>Maximização da riqueza</i>	103
4.2 Propostas para a racionalidade da decisão judicial sob a perspectiva da <i>Law and economics</i>	105
4.2.1 <i>Análise de casos de aplicação da teoria</i>	108
4.3 Críticas aos pressupostos teóricos	117
5 ANÁLISE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E A IMPLEMENTAÇÃO DA IDEOLOGIA CONSTITUCIONALMENTE ADOTADA (DISCURSO DE APLICAÇÃO – ARENA JURÍDICA)	127
5.1 A Ideologia Constitucionalmente Adotada	128
5.1.1 <i>Noções elementares</i>	130
5.1.2 <i>A Constituição Econômica como postulado para a o discurso de aplicação do Direito</i>	131
5.2 Pressupostos teóricos para a concretização da Ideologia Constitucionalmente Adotada	133
5.2.1 <i>Princípio da economicidade</i>	135
5.2.2 <i>Método analítico substancial</i>	138

5.3 Propostas para a racionalidade da decisão judicial sob a perspectiva analítico substancial	140
5.3.1 <i>Análise de casos de aplicação da teoria</i>	142
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	151
REFERÊNCIAS	154

1 INTRODUÇÃO

Desde a instituição do Estado moderno, a partir das chamadas revoluções burguesas e do surgimento do constitucionalismo, com a defesa da ideia do governo limitado pela lei, o fato econômico está incorporado aos textos constitucionais, refletindo, principalmente, os interesses da classe social e política dominante, em cada período da história do pensamento econômico.

O fato jurídico-econômico foi, inicialmente, concebido pelas constituições a partir do século XVIII, com a defesa da garantia das liberdades individuais, como, por exemplo, os direitos de propriedade e liberdade de iniciativa, sob os pressupostos do liberalismo econômico defendidos por Adam Smith, que pregava a mínima intervenção do Estado em assuntos econômicos.

Contudo, diante da evolução das relações econômicas de produção, a humanidade experimentou o ápice da exploração do trabalho do homem pelo homem, atingindo situações factuais insuportáveis que ocasionaram o surgimento de movimentos de defesa dos direitos sociais, políticos e econômicos, que alteraram as constituições econômicas, principalmente, a partir do início do século XX.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu o denominado Estado Democrático de Direito, incorporando, também, o fato econômico, não somente em seu Título VII, que trata da Ordem Econômica e Financeira (artigos 170 a 192) (BRASIL, 1988), mas também em diversos outros dispositivos esparsos no texto constitucional, sem, contudo, aderi-lo a uma ideologia econômica pura, pois, incorporou diversos valores.

A conjugação de todos os valores expressos na Constituição brasileira, muitas vezes antagônicos, é que evidencia uma ideologia econômica própria da Constituição, denominada por Washington Peluso Albino de Souza de “ideologia constitucionalmente adotada”.

Através da presente dissertação, tentaremos contextualizar a ideia de ideologia constitucionalmente adotada dentro da história do pensamento econômico, identificando as características de cada ideologia econômica surgida ao longo do tempo, com o intuito de correlacionar tais ideologias puras e os dispositivos constitucionais brasileiros em vigor, para, em seguida, identificarmos os postulados constitucionais que deverão nortear o Direito Econômico brasileiro, não somente através da atividade legislativa, mas, principalmente, através da atividade jurisdicional.

A partir da chamada crise do positivismo jurídico, os teóricos que a defendem alegam a impossibilidade da norma positivada solucionar, aprioristicamente, todas as questões existentes na sociedade. Dada a necessidade do desenvolvimento de teorias que defendam um compromisso ético, no momento de aplicação da norma, é que surgem as teorias econômicas desenvolvidas pelos teóricos da Análise Econômica do Direito, especificamente através de Richard Allen Posner, e da Teoria da Constituição Econômica de Washington Peluso Albino de Souza, que consideram o fato econômico, tanto no discurso de criação, quanto no discurso de aplicação da norma.

Nosso objetivo, no presente trabalho, é analisar a relação interdisciplinar existente entre o Direito e a Economia, através da investigação sobre a incorporação do fato econômico pela norma jurídica, notadamente pela Constituição brasileira de 1988, tentando identificar qual(uais) ideologia(s) econômica(s), foram incorporadas pela Constituição que, como postulados máximos do direito brasileiro, deverão nortear a atividade definidora das políticas econômicas a serem implementadas pelos poderes da república e pelo setor privado.

Almejamos desenvolver nossa análise dessa inter-relação do Direito com a Economia a partir dos estudos realizados na Universidade de Chicago pela chamada escola da Análise Econômica do Direito, capitaneada por Richard Allen Posner, tentando identificar sua adesão ideológica, assim como analisaremos outra alternativa teórica, a da Teoria da Constituição Econômica desenvolvida por Washington Peluso Albino de Souza, e de seu método analítico substancial.

Com esse intuito em mente, primeiramente, investigaremos as noções de ideologia e de ideologia econômica, identificando as ideologias econômicas que prevaleceram através da evolução das relações econômicas existentes na história da humanidade, passando pelos primórdios do capitalismo, das teorias socialistas antagônicas a este, até chegarmos à análise das ideologias econômicas prevalentes durante o século XX, culminando com o estudo do neoliberalismo e de suas vertentes regulamentadoras e reguladoras.

A partir dessa contextualização, realizaremos estudos acerca do constitucionalismo, seu desenvolvimento e o surgimento da Constituição Econômica. Analisando o discurso de criação do Direito, estudaremos o constitucionalismo brasileiro e as constituições econômicas brasileiras, desde a Constituição imperial de 1824, até a Constituição de 1988, a partir da qual tentaremos identificar e desenvolver a ideia de ideologia constitucionalmente adotada, suas subsequentes alterações e influências ideológicas.

Esses dois capítulos iniciais integram a primeira parte de nossa dissertação, a qual é absolutamente conexa com os objetivos finais aqui almejados. Tais capítulos objetivam

contextualizar as noções de ideologia econômica, que são imprescindíveis para a inteligência da abordagem crítica que pretendemos empreender, em relação à aplicação do Direito Econômico.

Contudo, tendo em vista a já mencionada crise do positivismo jurídico, procederemos ao estudo da realização da justiça econômica no caso concreto, através da perspectiva do discurso de aplicação do Direito, oportunidade na qual iniciaremos nossos estudos a partir das propostas construídas pela Escola da Análise Econômica do Direito, em que nos debruçaremos sobre a metodologia sugerida, através da otimalidade paretiana, até chegarmos a análise da provável adesão da jurisprudência brasileira aos seus pressupostos teóricos, momento no qual poderemos apresentar as críticas sustentadas sobre a *Law and Economics*.

Em seguida, estudaremos as decisões do Supremo Tribunal Federal, a partir das quais investigaremos se há manifestação expressa de sua adesão à Teoria da Constituição Econômica, com a aplicação dos seus pressupostos teóricos, notadamente, através do princípio da economicidade e do método analítico substancial, perquerindo se há a consideração do fato econômico nos fundamentos das decisões, vez que tal fato está incorporado, através dos valores definidos na Constituição de 1988, principalmente, a partir da noção do Direito Econômico enquanto viabilizador dos direitos fundamentais dos cidadãos.

2 IDEOLOGIA(S) E CIÊNCIAS SOCIAIS (ECONOMIA E DIREITO)

Para melhor compreender a influência que a ideologia econômica exerce sobre o Direito, seja no seu discurso de criação, seja no de aplicação¹, faz-se necessário o enfrentamento da questão de como a expressão ideologia econômica é compreendida.

Primeiramente, é importante esclarecer sobre a dificuldade de se atribuir um conceito ao próprio termo ideologia, tendo em vista sua multiplicidade de significações e formas de utilização (LÖWY, 2010, p. 10)², em face dos diferentes contextos, da problemática enfrentada pela própria relação entre linguagem, ciências e realidade. Segundo Slavoj Zizek (1996)

“Ideologia” pode designar qualquer coisa, desde uma atitude contemplativa que desconhece sua dependência em relação à realidade social, até um conjunto de crenças voltado para a ação; desde o meio essencial em que os indivíduos vivenciam suas relações com uma estrutura social até as idéias falsas que legitimam um poder público dominante. Ela parece surgir exatamente quando tentamos evitá-la e deixa aparecer onde claramente se esperaria que existisse. (ZIZEK, 1996, p. 09)

Tentaremos não utilizar a linguagem com sentido meramente descritivo para discorrer a realidade e, embora não desconhecemos o atual estágio evolutivo da filosofia da linguagem e a necessidade de considerar todas as premissas por ela estabelecidas, não pretendemos apresentar argumentos filosóficos detalhados, apesar de tentarmos elaborar este trabalho, considerando o relevo e a importância da qual a filosofia analítica se investe, não somente na produção acadêmica, mas também, na própria compreensão da realidade da vida.

Contudo, partindo da premissa que Direito é linguagem, não há como elaborar um trabalho acadêmico dissociado dos ensinamentos filosóficos, principalmente, com as

¹ Aqui utilizaremos a mesma perspectiva habermasiana vista em Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2013): “Certamente, a presença da questão da justificação não se dá da mesma forma nas sedes de fundamentação e aplicação discursiva, porquanto as questões da validade e da adequação não são idênticas. No primeiro caso, a justificação (em sentido amplo) está atrelada à fase de construção dos programas normativos, abrindo-se, portanto, a argumentos de várias classes, como os morais, os éticos, os pragmáticos, os econômicos etc. A supressão desse tipo de preocupação do jogo político-democrático, necessariamente, afeta a validade dos programas normativos. Já no âmbito de discursos de aplicação, a questão central é atinente à adequação de uma norma para a solução de uma controvérsia. Assim, a preocupação está intimamente conexas à concretização da norma, a partir de uma análise elíptica do programa e do âmbito da norma.” (CRUZ, 2013, p. 53)

² “É difícil encontrar na ciência social um conceito tão complexo, tão cheio de significados, quanto o conceito de ideologia. Nele se dá uma acumulação fantástica de contradições, de paradoxos, de arbitrariedades, de equívocos e mal-entendidos, o que torna extremamente difícil encontrar o seu caminho nesse labirinto.” (LÖWY, 2010, p. 10).

alterações nos paradigmas da filosofia da linguagem, especialmente a partir da criação do denominado Círculo de Viena³, assim como após o giro-linguístico-pragmático.

O Círculo de Viena constituiu-se na reunião de um grupo de intelectuais, em 1929, cujo objetivo era *“defender uma concepção científica do mundo caracterizada muito mais por sua unidade fundamental, a sua direção de pesquisa, e não por teses próprias”* (MAGALHÃES, 2011, p. 33), com a finalidade do afastamento da metafísica e teologia, constituindo-se num projeto de emancipação política e social.

Com o projeto de promover e divulgar a concepção científica do mundo, com a tarefa de unificação da ciência, valeram-se aqueles intelectuais, como instrumento sistemático dessa clarificação, do método da análise lógica da linguagem, fundando-se, portanto, em *“um empirismo lógico, que tenta reconciliar o empirismo com a exigência das verdades lógicas”*⁴ (MAGALHÃES, 2011, p. 38). Apesar da complexidade das propostas dos integrantes do Círculo de Viena, podemos sintetizar a utilização da filosofia como método de análise lógica (MAGALHÃES, 2011, p. 40), numa perspectiva meramente descritiva da linguagem, como *“atividade de clarificação de conceitos”* (NEURATH apud MAGALHÃES, 2011, p. 41).

O Círculo de Viena envolveu os principais pensadores do primeiro terço do século XX que realizaram pesquisas e debates em suas respectivas áreas de conhecimento, o que promoveu avanços no conhecimento humano, principalmente na filosofia. Todavia, os estudos promovidos por Ludwig Wittgenstein⁵, propiciaram uma ruptura com os mencionados propósitos do grupo de pensadores do Círculo, pois o filósofo alemão concluiu que o que o grupo buscava era impossível de ser alcançado, porque o autor reconheceu a existência de incontáveis espécies de proposições, ou modos diferentes de usar a linguagem (jogos de

³ “Foi em torno de Moritz Schlick (1882-1936) – chamado em 1922 pela Universidade de Viena para ocupar a cátedra de Filosofia das Ciências Indutivas – que se formou nos anos de 1920, em Viena, o grupo de filósofos, como Viktor Kraft (1880-1975), Friedrich Waismann (1896-1959) e Rudolf Carnap (1891-1970), de físicos, como Philipp Frank (1884-1966), de matemáticos, como Gustav Bergmann (1906-1987), Hans Hahn (1879-1934), Kurt Gödel (1906-1978) e Karl Menger (1902-1985), e de economistas, filósofos e cientistas sociais. Como Otto Neurath (1882-1945) [...] Esse grupo foi denominado Wiener Kreis (Círculo de Viena), em agosto de 1929, num ‘manifesto’ dedicado a Moritz Schlick para homenagear seu retorno de uma estada como professor visitante na Universidade de Stanford, nos Estados Unidos, e em sinal de agradecimento por sua decisão de permanecer em Viena” (MAGALHÃES, 2011, p. 33).

⁴ “A tese fundamental deste novo empirismo consiste na recusa da possibilidade do conhecimento sintético e a priori.” (MAGALHÃES, 2011, p. 38)

⁵ Ludwig Wittgenstein (1889-1951) é considerado um dos principais filósofos do século XX, senão o principal, responsável pelo que se denomina reviravolta linguística. Inicialmente publicou seu Tratado Lógico Filosófico que exerceu forte influência no desenvolvimento do positivismo lógico, obra esta que foi contraposta (1995) pelo próprio autor, através da publicação póstuma de outra obra denominada Investigações Filosóficas, onde denuncia a impossibilidade da utilização da linguagem descritiva da realidade, construindo a ideia de jogo de linguagem, ou seja, onde o sentido das palavras depende de sua utilização.

linguagem)⁶. Com os escritos de Ludwig Wittgenstein (1995) ocorreu o que, posteriormente, seria denominado giro-linguístico-pragmático, diante da constatação da impossibilidade de a linguagem descrever a realidade, pois o significado da linguagem depende de seu uso, em interação com o outro.

Portanto, é na perspectiva de Wittgenstein, na qual “*a significação de uma palavra é o seu uso na linguagem*” (MAGALHÃES, 2011, p. 129), que tentaremos desenvolver a análise dos conceitos, neste Capítulo. Nesse sentido, tentaremos identificar o que John Langshaw Austin, na sua fenomenologia linguística, chama de papel performativo da linguagem⁷, através da relação das ideologias econômicas e o Direito, analisando os conceitos de linguagem por via do fenômeno do “*ato de linguagem considerado em sua totalidade, ou seja, o ato total de discurso na situação total de discurso*” (MAGALHÃES, 2011, p. 143).

E nesta perspectiva de que o ato de linguagem é um proferimento performativo, conforme a teoria de Austin, que caminharemos:

A linguagem não é apenas descritiva, ela é ação – “pelo fato de dizer [by saying], ou ao dizer [in saying] alguma coisa, fazemos alguma coisa” – e é, então, necessário considerar os casos (alguns casos) “em que dizer alguma coisa é fazer alguma coisa” (HDTW, p. 12). O que precisamos, portanto, dizia Austin, é de uma nova teoria, uma teoria “ao mesmo tempo completa e geral” dos atos de linguagem (speech acts). Não é apenas a significação (meaning) dos proferimentos, mas sua força (force) que Austin quer elucidar. (MAGALHÃES, 2011, p. 143)

Para que possamos compreender, portanto, como a(s) ideologia(s) econômica(s) influencia(m) o Direito, torna-se importante a análise de como estas expressões são

⁶ “E, se chamamos todas estas atividades de ‘jogo de linguagem’, não o fazemos em virtude de um conjunto fixo de propriedades comuns. O conceito de jogo não pode ser definido por notas características (Merkale); podemos ver que não há nada comum em diversas atividades chamadas de ‘jogos’ e que é mesmo uma complexa rede de semelhanças que faz estas diversas atividades serem jogos: ‘[...] vemos uma rede complexa de semelhanças que se sobrepõem uma às outras e se entrecruzam. Semelhanças em grande e pequena escala’ (Phil, §66)” (MAGALHÃES, 2011, p. 127)

⁷ “Todo ato de linguagem é primeiro um ato de dizer, isto é, de proferir um certo enunciado com uma certa significação: o ato de ‘dizer alguma coisa’, nesse primeiro sentido é para Austin a realização ou execução de um ato locucionário (the performance of a locutionary act) e o estudo dos proferimentos é aqui o ‘estudo das locuções (the study of locutions)’. [...] A realização de um ato, neste segundo sentido (= o ato que realizamos ao dizermos alguma coisa segundo uma certa maneira em um contexto definido), é para Austin a realização de um ato ilocucionário (the performance of an illocutionary act) como, por exemplo, informar, mandar, prometer, avisar, ameaçar. Esta segunda dimensão (a dimensão ilocucionária ou ilocutória) do ato de linguagem diz respeito, portanto, ao uso particular que é feito do enunciado. E a teoria dos diferentes tipos de função da linguagem, que são agora examinados, é chamada por Austin de teoria das ‘forças ilocucionárias (illocutionary forces)’. [...] Haveria ainda uma terceira dimensão, ou um terceiro sentido, do ato de linguagem, que diz respeito às consequências ou os resultados particulares, não convencionais, do ato de linguagem (os seus efeitos perlocucionários ou perlocutórios). Pelo fato de dizer alguma coisa, podemos realizar atos perlocucionários (perlocutionary acts), ou atos perlocutórios, como convencer, persuadir, impedir e até mesmo, por exemplo, surpreender ou induzir em erro.” (MAGALHÃES, 2011, p. 144-145).

identificadas pelos estudos em ciências sociais, numa perspectiva pragmático-formal dos atos de linguagem. Para tanto, faremos, inicialmente, um resgate da utilização da expressão ideologia ao longo da história, de acordo com seu surgimento e sua evolução dentro dos estudos desenvolvidos nas ciências sociais e, em seguida, tentaremos desenvolver a(s) possível(is) definição(ões) do termo, para tentarmos apontar em que sentido o tomaremos em conta.

2.1 Noção(ões) de ideologia(s)

Conforme mencionado anteriormente, a expressão ideologia é compreendida com diversas conotações, pois seus significados vêm sofrendo transformações, ao longo da história, sob influência de diversos contextos, além de ideologia ser relacionada a perspectivas teóricas diversas.

Sob essa perspectiva, a esclarecedora contribuição de Michael Löwy (2010)⁸, por meio de um resgate histórico, em que o termo ideologia é utilizado, assim como sua relação com o conhecimento desenvolvido na ciência social.

Segundo Michael Löwy (2010, p. 10), o termo ideologia surgiu em um livro denominado *Eléments d'Idéologie* escrito por filósofo francês pouco conhecido, Destutt de Tracy, e publicado em 1801. Na obra, Destutt de Tracy considerava a ideologia um subcapítulo da zoologia, pois, para ele a ideologia era “*o estudo científico das idéias e as idéias são o resultado da interação entre o organismo vivo e a natureza, o meio ambiente*” [sic]. Portanto, para o filósofo francês, a ideologia surge das ideias, que são fruto da percepção sensorial dos organismos vivos com o meio ambiente.

Michael Löwy (2010, p. 11) classifica Destutt de Tracy como enciclopedista⁹, criticando sua criação teórica, advogando que “*é por esse caminho que segue a análise, de um cientificismo materialista vulgar, bastante estreito, que caracteriza essa obra de Destutt de Tracy*”.

Do embate entre Destutt de Tracy e seus discípulos com Napoleão Bonaparte, em 1812, narra Michael Löwy, surge uma nova conotação para a expressão ideologia,

⁸ Conforme nota do autor, o livro reproduz uma série de conferências na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em junho de 1985, onde o tema geral foi a relação entre a ideologia, conhecimento e prática social e política. (LÖWY, 2010).

⁹ O enciclopedismo foi um movimento cultural e filosófico originário do período iluminista francês que tentou desenvolver um conhecimento humano antimetafísico, reunindo os novos princípios da razão humana numa obra de 33 volumes denominada de Enciclopédia, editada por Denis Diderot e Jean le Rond d'Alembert, com contribuições em artigos de Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Buffon e do barão d'Holbach.

denominado pelo autor sentido napoleônico, pois, em discurso de ataque aos filósofos, chamou-os de ideólogos, no sentido de que “*os ideólogos são metafísicos, que fazem abstração da realidade, que vivem em um mundo especulativo*” (LÖWY, 2010, p. 11), num paradoxo do que defendiam, porque Destutt e seu grupo pretendiam uma análise científica materialista das ideologias. Todavia, como haviam sido classificados por Napoleão Bonaparte como especuladores metafísicos, e como, naquela época Napoleão representava o poder, devido ao contexto histórico em que se encontrava a França, foi esta concepção napoleônica que prevaleceu, obtendo alto grau de divulgação e utilização.

É a partir do sentido napoleônico de ideologia que a expressão é retomada por Karl Marx e Friedrich Engels, quando escrevem, em 1846, o livro *A Ideologia Alemã* e, nesta obra, “*o conceito de ideologia aparece como equivalente à ilusão, falsa consciência, concepção idealista na qual a realidade é invertida e as idéias aparecem como motor da vida real*” [sic] (LÖWY, 2010, p. 11). Para Karl Marx (1983) o conceito é ampliado, admitindo-se várias formas de ideologia, através das quais os indivíduos tomam consciência da vida real e, de forma pejorativa e crítica, aponta a ideologia como ilusão, ou seja, a deformação da realidade pela ideologia dominante, que normalmente, reflete as ideias das classes dominantes. Nas palavras de Karl Marx e Friedrich Engels (1998)

A produção das idéias, das representações e da consciência está, a princípio, direta e intimamente ligada à atividade material e ao comércio material dos homens; ela é a linguagem da vida real. As representações, o pensamento, o comércio intelectual dos homens aparecem aqui ainda como a emanção direta de seu comportamento material. O mesmo acontece com a produção intelectual tal como se apresenta na linguagem da política, na das leis, da moral, da religião, da metafísica etc. de todo um povo. São os homens que produzem suas representações, suas idéias etc., mas os homens reais, atuantes, tais como são condicionados por um determinado desenvolvimento de suas forças produtivas e das relações que a elas correspondem, inclusive as mais amplas formas que estas podem tomar. A consciência nunca pode ser mais que o ser consciente; e o ser dos homens é o seu processo de vida real. E, se, em toda a ideologia, os homens e suas relações nos aparecem de cabeça para baixo como em uma câmara escura, esse fenômeno decorre de seu processo de vida histórico, exatamente como a inversão dos objetos na retina decorre de seu processo de vida diretamente físico. (MARX; ENGELS, 1998, p. 18-19)

Complementando a teoria marxista, Lenin¹⁰ atribui outro sentido ao termo ideologia, concebendo-a como “*qualquer concepção da realidade social ou política, vinculada aos interesses de certas classes sociais*” (LÖWY, 2010, p. 12), mas constrói seus fundamentos conceituais com base num certo maniqueísmo, pois defende a existência de uma ideologia burguesa, em contraponto com uma ideologia proletária. Nesta perspectiva, defende Michael

¹⁰ Vladimir Lenin (1870-1924) foi revolucionário e chefe do Estado Russo, contribuindo para a deflagração da Revolução Russa de 1917, que desenvolveu corrente teórica marxista reconhecida por lenilismo.

Löwy (2010, p. 12) que a *“ideologia deixa de ter o sentido crítico, pejorativo, negativo, que tem em Marx, e passa a designar simplesmente qualquer doutrina sobre a realidade social que tenha vínculo com uma posição de classe”*.

Nesse ponto a expressão ideologia vai mudando de sentido, mesmo dentro de uma mesma corrente de afinidade intelectual, como ocorreu, dentro do marxismo¹¹, a mudança de significado empreendida por Lenin. (LÖWY, 2010)

Analisadas as proposições acerca da concepção da expressão ideologia por Destutt, Napoleão, Marx e Lenin, Michael Löwy apresenta a contribuição de Karl Mannheim, através de sua obra *Ideologia e Utopia*, afirmando a tentativa do sociólogo em por ordem à confusão existente acerca da compreensão do termo ideologia, à época.

Segundo Michael Löwy (2010, p. 12), Mannheim parte da distinção dos conceitos de ideologia e utopia, apontando como ideologia o *“conjunto de concepções, idéias, representações, teorias, que se orientam para a estabilização, ou legitimação, ou reprodução, da ordem estabelecida”* [sic], e a utopia como conjunto de *“idéias, representações e teorias que aspiram uma outra realidade, uma realidade ainda inexistente”* [sic], o que evidencia que os institutos são formas de um mesmo fenômeno, manifestado de maneira distinta, qual seja, na ideologia há a concepção de manutenção do *status quo*, já na utopia, há uma aspiração de ruptura com o *status quo*.

Na tentativa de evitar confusões de ordem terminológicas, Michael Löwy (2010) propõe a utilização de uma expressão que possa englobar tanto a ideologia, quanto a utopia, na perspectiva da divisão proposta por Karl Mannheim, que seria a visão social de mundo, definida como *“todos aqueles conjuntos estruturados de valores, representações, ideias e orientações cognitivas. Conjuntos esses unificados por uma perspectiva determinada, por um ponto de vista social, de classes sociais determinadas”* (LÖWY, 2010, p. 13).

Dentro da divisão apresentada por Karl Mannheim e a nova conceituação proposta por Michael Löwy, teríamos, portanto, dois tipos de visões sociais de mundo. A primeira delas denominada visões ideológicas, com o propósito de manutenção da ordem estabelecida, e a segunda denominada visões utópicas, numa perspectiva crítica, com um caráter transformador para uma realidade ainda não existente.

A partir da concepção das visões sociais de mundo, propõe Michael Löwy (2010) uma análise dialética¹² desses conceitos, numa perspectiva de movimento perpétuo, ou seja, da

¹¹ “Entende-se por Marxismo o conjunto das idéias, dos conceitos, das teses, das teorias, das propostas de metodologia científica e de estratégia política e, em geral, a concepção do mundo, da vida social e política, consideradas como um corpo homogêneo de proposições até constituir uma verdadeira e autêntica “doutrina”, que se podem deduzir das obras de Karl Marx e de Friedrich Engels.” (BOBBIO, v.1, 1998, p. 738)

transformação permanente de todas as coisas, partindo do pressuposto de que a história humana, ao contrário da história natural, é fruto do desenvolvimento da civilização e da ação humana. O próprio Marx já havia proposto o método dialético para a compreensão dos fenômenos sociais. Michael Löwy (2010) narra que

Marx retoma essa ideia de Vico e da tradição historicista¹³, inclusive citando essa sua passagem em *O Capital*. Isso não ocorre por acaso. Para Marx, esse elemento é um dos aspectos metodológicos essenciais na distinção de seu método e a economia política burguesa ou o positivismo (ambos têm uma perspectiva metodológica comum). Para Marx, aplicando o método dialético, todos os fenômenos econômicos ou sociais, todas as chamadas leis da economia e da sociedade, são produto da ação humana e, portanto, podem ser transformados por essa ação. (LÖWY, 2010, p. 15).

Apesar de não ser objeto do presente estudo, o aprofundamento a respeito do método dialético, que reflete a história das contradições, é o que prevalece e, é nesta perspectiva, que deverão ser compreendidos os fenômenos sociais, as noções de ideologias, utopias e visões sociais de mundo, pois todas elas deverão ser analisadas dentro de sua historicidade, ou seja, dentro de suas limitações históricas, frutos das atividades humanas.

Além da perspectiva dialética, Michael Löwy (2010) propõe, também, para que nos aproximemos da compreensão do termo ideologia, a utilização de outro elemento essencial que é a ideia de totalidade. O que se denominou de princípio da totalidade não é o impossível estudo da totalidade da realidade social, que é infinita e inesgotável, mas a percepção da realidade social como um todo orgânico, sem perder sua relação com o conjunto. Portanto, não se pode conceber a noção de ideologia, utopia ou visão social de mundo, sem uma análise contextual histórica, considerando aspectos sociais, econômicos, políticos, religiosos, climáticos, ambientais etc.

Além da análise histórica e holística da realidade social, a perspectiva dialética, segundo Michael Löwy (2010), para se conceberem as noções de ideologia, utopia ou visão social de mundo exige, ainda, o elemento contradição, a análise das contradições internas da realidade, como as relações entre as forças e as relações de produção, assim como as contradições entre classes sociais, pois, em nenhuma sociedade existe consenso total,

¹² “A hipótese fundamental da dialética é de que não existe nada eterno, nada fixo, nada absoluto. Não existem ideias, princípios, categorias, entidades absolutas, estabelecidas de uma vez por todas. Tudo o que existe na vida humana e social está em perpétua transformação, tudo é perecível, tudo está sujeito ao fluxo da história.” [sic] (LÖWY, 2010, p. 14)

¹³ Esclarecendo a perspectiva marxista de historicismo, Norberto Bobbio (1998) afirma que “O materialismo histórico elaborado por Marx e Engels pressupõe, em última instância, a eliminação de todo componente idealístico e, em geral, metafísico da filosofia hegeliana da sociedade e da história; traduz-se na concepção do desenvolvimento histórico como processo de revolucionamento ininterrupto de todos os aspectos da vida coletiva humana, cuja força motriz fundamental é constituída pela evolução do modo de produção.” (BOBBIO, 1998, p. 583-584)

principalmente na arena política, onde o conflito é, inclusive, pressuposto da democracia, nas perspectivas de Ricardo Sanín Restrepo, conforme verificaremos, no capítulo terceiro a seguir.

Michael Löwy (2010) defende que

Uma análise dialética das ideologias ou das visões de mundo mostra necessariamente que elas são contraditórias, que existe um enfrentamento permanente entre as ideologias e as utopias na sociedade, correspondendo, em última análise, aos enfrentamentos das várias classes sociais ou grupos sociais que a compõem. Em nenhuma sociedade existe um consenso total, não existe simplesmente uma ideologia dominante, existem enfrentamentos ideológicos, contradições entre ideologias, utopias ou visões sociais de mundo conflituais, contraditórias. Conflitos profundos, radicais, que são geralmente irreconciliáveis, que não se resolvem em um terreno comum, em um mínimo múltiplo comum. (LÖWY, 2010, p. 17-18)

E é dentro desta perspectiva da dialética marxista que tentaremos compreender a utilização do termo ideologia. E, diferentemente da dialética hegeliana¹⁴, de reconciliação com a realidade, na qual o papel da filosofia dialética é descrever e legitimar a realidade, a dialética marxista tenta não interpretar a realidade, mas transformá-la, rompendo com a ordem estabelecida e criando uma ordem mais justa, contra a posição de caráter conservador e legitimador do *status quo* da dialética de Hegel.

Utilizaremos a noção de ideologia não como fruto das circunstâncias sociais, não como produto das condições materiais da sociedade que justificam as diferenças e a ignorância de parcela da sociedade, como pretendem os enciclopedistas que precederam a ideologia da dialética marxista, mas como instituto necessário, para romper com este mecanismo que produz e reproduz as desigualdades e perpetuam o obscurantismo social.

A importante contribuição do materialismo histórico marxista será utilizada no sentido de superação do dilema: modificar primeiro as circunstâncias materiais para, em seguida, alterar-se a consciência coletiva; ou alterar a consciência, para se obter a transformação da sociedade.

Aqui, a análise dialética se sobressai, na medida em que ambas as propostas deverão caminhar juntas, pois “*é na medida em que lutamos para transformar a realidade que a*

¹⁴ Esclarece Michael Löwy (2010, p. 18) que “A diferença entre Marx e Hegel tem que ser vista também em outro nível, não só do materialismo: a dialética de Hegel é um método de reconciliação com a realidade. Para Hegel, o papel da filosofia dialética é o de explicar, descrever e legitimar a realidade existente como racional por isso tem aquela célebre fórmula: tudo que é real é racional, tudo que é racional é real. Em última análise, a filosofia de Hegel é, como ele mesmo diz, a coruja de Minerva, que vem depois que a realidade já terminou o seu trabalho levanta vôo ao anoitecer –, vem descrever o que já está terminado, visa simplesmente legitimá-lo como racional. É por isso que a dialética de Hegel é uma tentativa de legitimação da realidade e de reconciliação com a mesma.”

entendemos e é na medida em que melhor [a] entendemos que mais lutamos para transformá-la” (LÖWY, 2010, p. 29).

Talvez, aqui, poderemos ser acusados de cair numa contradição performativa, pois, quando se parte de uma perspectiva própria de definição da expressão ideologia, não há como proceder a isso com neutralidade, livre de toda carga de pré-conceitos ideológicos próprios. E disso não há como se livrar, pois, na própria concepção weberiana de teoria da ciência “*É verdade que no domínio de nossa disciplina, a ciência social, as concepções pessoais, as visões de mundo, intervêm habitualmente, o tempo todo, na argumentação científica*” (LÖWY apud WEBER, 2010, p. 61). Mas, a resposta que se pode dar é que a própria escolha dos autores que servem de referência para este estudo é feita de forma arbitrária¹⁵, assim como a compreensão do termo ideologia se dá com base em todas as experiências vividas pelo autor deste texto, não havendo a menor possibilidade de neutralidade, como pretendem, por exemplo, as análises positivistas¹⁶.

Analisando a expressão ideologia, assim como Michael Löwy (2010), Norberto Bobbio (1998), em sua obra Dicionário de política, identifica, também, a impossibilidade de sua univocidade¹⁷, já apontando a dificuldade de uma análise descritiva do termo, sem que haja a contextualização na qual esteja sendo empregado.

Na tentativa de sistematizar o emprego da palavra ideologia, Norberto Bobbio (1998) identifica duas tendências gerais de formas de utilização: um sentido forte, afirmando sua origem em Marx, “*entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes*”, indicando-o como um conceito negativo de falsa consciência de uma crença política; e um sentido fraco, apontando-o como “*um conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos*” [sic] (BOBBIO, 1998, p.585), concebendo ideologia como um termo neutro, desvinculado de crenças políticas vigentes durante a evolução da história das relações econômicas e sociais.

¹⁵ “O próprio ato de recortar um elemento da realidade e examiná-lo já implica uma certa perspectiva, uma escolha, um relacionamento com valores (como diria Max Weber), ideologias ou visões de mundo, isto é, não apenas com valores isolados mas com um conjunto orgânico e sistemático de valores.” (LÖWY, 2010, p. 63)

¹⁶ Assim como as expressões em geral, o termo positivismo assume grande diversidade de significados, dependendo do referencial teórico, não se confundindo o positivismo científico do positivismo jurídico, este podendo ser classificado como clássico ou exegético e contemporâneo, inclusivista (Kelsen e Hart) ou Exclusivista (Raz), para ficarmos aqui em poucas classificações desenvolvidas pela doutrina da atualidade.

¹⁷ “Tanto na linguagem política prática, como na linguagem filosófica, sociológica e político-científica, não existe talvez nenhuma outra palavra que possa ser comparada à Ideologia pela frequência com a qual é empregada e, sobretudo, pela gama de significados diferentes que lhe são atribuídos.” (BOBBIO, 1998, p. 585)

Na percepção do termo ideologia em sentido fraco, Norberto Bobbio (1998) o subdivide em duas formas de aceção, quais sejam, aceção geral e aceção particular, sendo que a primeira acha-se “*na interpretação dos vários sistemas políticos e na análise comparada dos diversos sistemas [...] na investigação empírica dirigida à averiguação dos sistemas de crenças políticas como se apresentam nos estratos politizados ou na massa dos cidadãos*” (BOBBIO, 1998, p. 585), e a segunda utiliza a ideologia em contraponto à pragmática, com caráter atribuído a uma crença, com a presença de certos elementos típicos, como o doutrinário, o dogmatismo e um forte componente passional.

Quanto à evolução da expressão, ao longo da história, resgatando as diversas concepções do termo, Norberto Bobbio (1998) defende que

As Ideologias, assim definidas, não têm primariamente, por necessidade, natureza política. Só a partir do século XVII é que o seu componente político se tornou crucial e, a partir do século XIX, decisivamente preponderante. As Ideologias surgem normalmente em períodos de crise, quando a visão do mundo dominante não consegue satisfazer novas e pressionantes necessidades sociais e pedem imperiosamente aos próprios seguidores uma transformação total da sociedade, ou um afastamento dela. (BOBBIO, 1998, p. 588).

Portanto, conforme explicitado por Norberto Bobbio, é a partir do século XIX, que o termo ideologia é agregado com o conteúdo político, sendo integrado por uma carga de intenções comuns de certo grupo de pessoas, normalmente fundamentado em doutrinas defendidas por determinados autores, de acordo com os interesses específicos de cada integrante do grupo, construindo uma justificativa moral para legitimação das relações sociais e econômicas existentes dentro de uma sociedade ou, segundo os dizeres de Slavoj Žižek (1996), que concebe um sentido estrito para o termo ideologia, dentro da complexidade da sociedade pós-moderna, evidencia-se como “*legitimação racional da ordem*” (ŽIZEK, 1996, p. 19).

Washington Peluso Albino de Souza (2003) desenvolve, em grande parte de sua obra, essa noção do gênero ideologia como conjunto de ideias e “*portadora dos elementos políticos fundamentais*” (SOUZA, 2003, p. 86) e a relação desse conjunto de ideias com a ordem jurídico-político-econômica, como se verá mais adiante.

E é com base na aceção particular do sentido fraco defendido por Norberto Bobbio (1998), conjugada com a noção da dialética materialista e histórica de Karl Marx (1983) e confirmada por Washington Peluso Albino de Souza (2003), que tomaremos em conta a utilização da expressão ideologia neste trabalho: como um conjunto de ideias conexas com a

ação, compreendendo um programa de manutenção ou mudança da ordem política existente, numa dimensão ativista e transformadora do termo.

2.2 Ideologias econômicas – breves apontamentos sobre a história do pensamento econômico

Desde a origem da história da humanidade há relatos da necessidade humana de convivência em grupo e, como fruto de sua agregação social, com base em seu instinto de sobrevivência, vem se desenvolvendo e organizando através da subdivisão de tarefas dentro da sociedade, aprimorando os instrumentos de trabalho, ampliando o domínio do homem sobre a natureza, progredindo todo o potencial de produção de bens para a satisfação das necessidades da vida humana.

Inicialmente motivada pela necessidade e pelo instinto de sobrevivência, numa perspectiva simplesmente de subsistência, a distribuição do trabalho resultou em diferenciação entre os atores sociais, o que inicialmente possuía características meramente funcionais, sem a existência de classes ou hierarquias sociais. Mas o aperfeiçoamento da produtividade de bens de maneira cada vez mais sofisticada e do subjugamento social, possibilitou a uma parcela da sociedade desvincular-se do fardo do trabalho cotidiano.

A partir daí, em decorrência do aperfeiçoamento da técnica e do crescimento da produtividade de bens, uma classe ociosa passou a viver do trabalho dos demais membros da sociedade, iniciando um processo de diferenciação interna dentro das sociedades, originando as classes sociais.

Originariamente ligadas a razões econômicas e imposições humanas, a diferenciação hierárquica entre os membros da sociedade gerou uma classe mais baixa, normalmente a classe de trabalhadores, e uma classe mais alta, composta por aqueles que se livraram do trabalho, mas, apesar disto, embora desligados do processo de produção, organizavam os procedimentos produtivos, regiam os cultos religiosos, enfim, conduziam as instituições sociais, algumas vezes trazendo benefícios para a sociedade.

Num sistema econômico e social com as características ora descritas, a conclusão lógica seria a ruptura com esse sistema, caso não houvesse uma adesão de todos os membros que compõem a sociedade. Daí surge a necessidade de instituição de um sistema onde todos tenham as mesmas opiniões sobre a maneira apropriada de conduzir as questões econômicas e sociais, criando-se valores comuns provenientes das mesmas visões de mundo, legitimando as

relações diferenciadas existentes dentro da sociedade, formando-se uma ideologia dominante, conforme já abordado no tópico anterior.

É claro que todo esse desenvolvimento não se deu de forma linear, pois dentro das sociedades existem tensões permanentes, tendo em vista a diversidade de interesses de cada indivíduo, de cada grupo de pessoas, de cada classe que as compõem. Contudo, não pretendemos alargar a discussão a respeito de como se deu a evolução do pensamento econômico na história, mas tão somente registrar sua existência para melhor contextualização do estudo. Nosso recorte se dá principalmente a partir do surgimento do capitalismo, com base nas obras de Leo Huberman (1986), passando por Emery Kay Hunt e Howard J. Sherman (2010), até chegar em Antônio José Avelãs Nunes (1998, 2011), para que possamos compreender a ligação entre as relações econômicas e a ideologia.

2.2.1 Período pré-capitalista – antiguidade

Antônio José Avelãs Nunes (1998, 2011) aponta o surgimento da ciência econômica como área do conhecimento humano autônoma em finais do século XVIII, com a ocorrência da Revolução Industrial e a afirmação do capitalismo, mas noticia a existência de estudos econômicos, mesmo que em perspectiva diversa dos estudos atuais, desde a Grécia antiga¹⁸.

Durante o período da idade antiga, boa parte da população era composta por escravos, que executavam todo o trabalho manual, mediante retribuição de artigos de subsistência, com os senhores de escravos desfrutando de todo o excedente produzido. Segundo Emery Kay Hunt e Howard J. Sherman (2010, p. 11), Platão e Aristóteles, pensadores da época, apontavam o regime de escravidão como natural, como único sistema possível e eterno, defendendo a existência de seres humanos diferentes, com certos homens e mulheres nascendo para ser escravos, dotados de qualidades inferiores, e outros com qualidades superiores oriundas do berço, nasciam para se tornar proprietário de escravos.

A partir da ideia intrínseca da existência de seres humanos diferentes, surge a noção da indignidade do trabalho, e *“essa noção desestimulou a atividade inventiva e, no período romano, limitou o progresso tecnológico, contribuindo, assim, para a estagnação da economia”* (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 12), estagnação econômica esta, afirmam os

¹⁸ “Sabe-se que os escritores gregos falavam de economia. Mas a palavra tinha então um conteúdo condizente com o seu significado etimológico. A economia era entendida, fundamentalmente, como a administração (nomos) da casa (oikos), numa época histórica em que as estruturas sociais se apresentavam substancialmente diferentes daquelas que caracterizam as sociedades humanas (nomeadamente as europeias) a partir dos fins do séc. XVIII.” (NUNES, 1998, p. 13)

mesmos autores, se apresenta como um dos fatores de enfraquecimento do Império Romano, possibilitando o surgimento do feudalismo.

2.2.2 Período medieval

Com o declínio da parte ocidental do antigo Império Romano, houve uma redução, na Europa, da influência das leis e das garantias que o império proporcionava aos povos, sendo o sistema econômico e social imperial substituído, gradativamente, por um sistema de costumes e tradições que instituiu a hierarquia feudal.

No lugar de leis, da forma como as concebemos hoje, havia um ordenamento fundado nos costumes e nas tradições que regiam as relações medievais, num sistema de obrigações e serviços mútuos, com base numa hierarquia, na qual os servos prestavam serviços em troca de proteção do senhor das terras, inexistindo uma autoridade central forte que impusesse o sistema legal.

As relações medievais não se reduziam simplesmente a este sistema de hierarquias, havendo variações por período de tempo e regiões específicas. Contudo, podemos apontar tal relação hierárquica como uma característica predominante no período medieval, podendo-se constatar que

As prerrogativas dos senhores e a extensão de seus 'direitos' variam muito no tempo e no espaço. A consolidação das obrigações impostas pelos nobres a seus vassallos, através de uma longa hierarquia, abrangendo uma vasta área geográfica, viria contribuir para o surgimento dos estados-nações modernos, já durante o período de transição do feudalismo para o capitalismo. Contudo, durante a maior parte da Idade Média, muitos desses direitos permaneceram inexpressivos devido à fragmentação do poder político. (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 12).

No período feudal, subsistiam duas classes de pessoas, os nobres ou senhores feudais, proprietários da terra, que viviam da exploração do trabalho servil, mediante a cobrança de tributos, através de pagamento em quaisquer espécies de bens, conforme o costume de cada feudo, e os servos, trabalhadores que trocavam a força de trabalho por sua própria segurança e a de sua família.

O senhor feudal fornecia a proteção, organizava e supervisionava o trabalho e administrava a justiça, o que proporcionava uma forte concentração econômica e política em suas mãos, instituindo um sistema no qual o servo era explorado ao extremo, diante da enorme dependência existente entre este e aquele.

Apontada como a maior proprietária de terras durante a Idade Média, a Igreja Católica exerceu papel importante neste período e, com seu protagonismo, surgiram duas espécies de feudo, os seculares e os eclesiásticos, o que não diferenciava as relações existentes entre os servos e os senhores feudais. Nesse sentido, é o que relata Leo Huberman (1986) que

A Igreja foi a maior proprietária de terras no período feudal. Homens preocupados com a espécie de vida que tinham levado, e desejosos de passar para o lado direito de Deus antes de morrer, doavam terras à Igreja; outras pessoas, achando que a Igreja realizava uma grande obra de assistência aos doentes e aos pobres, desejando ajudá-la nesta tarefa, davam-lhe terras; alguns nobres e reis criaram o hábito de, sempre que venciam uma guerra e se apoderavam das terras do inimigo, doar parte delas à Igreja; por esse e por outros meios a Igreja aumentava suas terras, até que se tornou proprietária de entre um terço e metade de todas as terras da Europa ocidental. (HUBERMAN, 1986, p. 13).

Ao lado dos feudos, que desenvolviam atividades primordialmente agrárias, existiam, ainda, muitas cidades dispersas pela Europa Medieval, importantes centros de produção de manufaturas e de realização de atividade de comércio que, por sua vez, possuíam instituições econômicas importantes como as guildas, corporações de artesãos, comerciantes e outros ofícios, que regiam a atividade econômica, nos centros urbanos. Estas instituições faziam a regulamentação econômica e desempenhavam o papel de instituição das regras que regiam questões sociais e religiosas, com o objetivo de manter o *status quo*, sendo estas atividades sociais e religiosas de maior relevância por parte das corporações, posicionando-se sua atuação econômica como atividade secundária.

Para a manutenção da estabilidade das relações sociais no período medieval, necessitava-se da formação de uma ideologia que fosse incorporada pelo imaginário coletivo, ressaltando-se, nesse contexto, a importância da atuação da Igreja Católica na formação e no fomento de uma tradição judaico-cristã que servisse para a legitimação e manutenção/perpetuação do *status quo* do regime social e econômico feudal.

A Igreja Católica, portanto, torna-se responsável pela formação ética que legitima o sistema feudal de relação social e econômica, justificando a posição dos senhores feudais seculares e eclesiásticos, e criando uma “*ética de corporação cristã, o que se deve ao fato de que a sociedade era encarada como única entidade ou corporação*” (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 15) assemelhada à família e, como havia na tradição familiar a figura do chefe de família, na perspectiva da sociedade, os homens que ocupavam posição de poder assemelham-se ao pai, com obrigações paternalistas de proteção, o que evidencia a existência de uma ética

paternalista, denominada pelos mesmos autores de “*ética paternalista cristã*”. Nessa linha de raciocínio, afirmam Hunt e Herman (2010):

Os homens que ocupavam posições de poder e detêm a riqueza assemelham-se ao pai ou protetor da família. Tinham obrigações paternalistas para com os homens comuns, isto é, os pobres ou, prosseguindo nossa analogia, os filhos. Do homem comum, por sua vez, esperava-se que aceitasse seu lugar na sociedade e se submetesse, de bom grado, à liderança dos ricos e poderosos, da mesma maneira que um filho aceita a autoridade do pai. (HUNT; HERMAN, 2010, p. 15).

Os judeus, assim como os cristãos, são devotos e se consideram filhos de um único Deus, considerando, portanto, todos os integrantes da sociedade como irmãos, estando consignado nos escritos de ambas as religiões valores de fraternidade, de cuidado com o irmão e defesa dos pobres, a condenação da ganância e do egoísmo, a importância da caridade, valores que se refletiam na formação da ideologia econômica prevalente à época.

Neste contexto, como a ética paternalista cristã estava enraizada na cultura europeia ocidental, “*a ganância, a avareza, o egoísmo, a ânsia de acumular riquezas, enfim, todas as motivações materialistas e individualistas eram severamente condenadas*” (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 15). Assim sendo, o homem ganancioso e individualista era apontado como a antítese do homem bom. A riqueza era considerada dádiva divina, devendo o bem afortunado utilizá-la, segundo os desígnios morais vigentes de promoção do bem-estar dos semelhantes, evidenciando o que os autores denominam de caráter anticapitalista da ideologia feudal.

No entanto, prevalecia a ideia de que as relações econômicas e sociais que caracterizavam o sistema senhorial refletiam uma ordenação natural e eterna que emanava de Deus, o que legitimava, portanto, as diferenças existentes entre as classes que compunham a sociedade. E, com base neste raciocínio, era legítimo o fato dos senhores feudais disporem de abundantes riquezas materiais para cumprirem sua missão terrena.

Independentemente do *status* social, todos eram regidos pela Providência Divina, devendo os integrantes da sociedade aceitarem sua posição social e econômica, pois, pela ética paternalista cristã, todas as relações sociais eram naturais e justas, o que legitimava e aprofundava as desigualdades e a intensa exploração decorrentes da concentração de riquezas e poder nas mãos da nobreza e da igreja, proprietários da terra e dos meios de produção.

Corroboram o denominado caráter anticapitalista medieval o fato de prevalecer nas populações europeias ocidentais um desprezo pelo comércio, eis que a ética comercial de avareza, egoísmo, cobiça e ambição material não condiziam os costumes da população, que

exercia a agricultura de subsistência como atividade principal. Como todos necessitavam de aceitação para conviver bem em sociedade, o comércio pouco se desenvolvia, devido à sua desaprovação social.

Portanto, a ética paternalista cristã justificou, moralmente, as relações econômicas e sociais do sistema feudal, evidenciando uma ideologia diversa daquela que legitima o funcionamento do capitalismo de mercado¹⁹, sistema econômico que se tornou hegemônico, posteriormente a este período. Todavia, até chegarmos à ideologia que rege a economia liberal capitalista, a evolução do pensamento econômico ocorreu de forma gradual, através da transformação das relações econômicas e da ética social que foram mudando ao longo da história, que iniciaram com as relações econômicas mercantilistas, em substituição ao antigo sistema feudal.

2.2.3 Mercantilismo

Com o desenvolvimento das técnicas de agricultura utilizadas no período medieval, cuja economia era eminentemente agrária, houve um crescimento da produtividade e uma redução dos conflitos de terras, aspectos que deram início a uma série de transformações nas relações sociais que se prolongaram por vários séculos, suplantando o feudalismo medieval, e propiciando a implementação de práticas e ideias que propiciariam o surgimento do capitalismo.

Deixemos claro que não se propugna aqui o momento exato da ruptura do sistema feudal para o capitalista, longe disso. Contudo, conforme já exposto, como não é objeto do presente estudo a análise dos acontecimentos históricos que evidenciam a evolução da ideologia econômica no curso da história, simplesmente, apresentamos o conjunto de ideias incorporadas na sociedade, que prevaleceram ao longo do tempo, e que legitimaram as relações econômicas assumidas, evidenciando a ideologia prevalecente em cada período.

Antônio José Avelãs Nunes (1998, p. 19) expõe um conjunto de fatores que ensejaram a transposição do modelo econômico feudal para as práticas mercantilistas que, até o século XV, conforme discorrido na subseção anterior, não eram objeto de aceitação social. O mesmo

¹⁹ Partiremos aqui da noção de mercado apresentada por Eros Roberto Grau (2010), que concebe o mercado como instituição jurídico-social-política, produto da criação histórica da humanidade, que serve aos interesses de determinadas pessoas, destinada a regular e manter determinadas estruturas de poder, que assegura a prevalência dos interesses de determinados grupos sociais sobre outros.

autor aponta o desenvolvimento do comércio que se iniciou com as Cruzadas ²⁰, principalmente, o de longa distância que, com o forte crescimento populacional, o surgimento de um sistema manufatureiro estruturado em cidades, a expansão dos meios de comunicação, o desenvolvimento de feiras e a facilitação do fluxo de bens e pessoas, a monetarização das funções econômicas e das atividades produtivas, o regime de cercamento dos campos (*enclosure*), a exploração colonial e a descoberta de grandes jazidas de metais preciosos, propiciaram um enorme salto na atividade econômica mundial.

Corroborando o que foi desenvolvido por Antônio José Avelãs Nunes (1998, 2011), Leo Huberman (1986), em sua obra denominada História da riqueza do homem, aponta um conjunto de fatores que caracterizariam o surgimento do mercantilismo, quando questiona

O que que faz rico um país? O leitor tem alguma sugestão? Faça uma lista desses elementos e veja se correspondem ao que pensavam os homens inteligentes dos séculos XVII e XVIII. Estavam eles muito interessados no assunto porque pensar em termos de um Estado nacional, de todo um país ao invés de uma cidade, apresentava novos problemas. Era preciso considerar não o que seria melhor para a cidade de Southampton ou a cidade de Lyons ou a cidade de Amesterdã, mas o que seria melhor para a Inglaterra, a França ou a Holanda. Queriam transferir para o plano nacional os princípios que haviam tornado as cidades ricas e importantes. Tendo organizado o Estado político, voltaram suas atenções para o Estado econômico. As coisas que escreveram e as leis que defenderam tinham, todas, um conteúdo nacional. Os governos aprovaram leis que, no seu entender, trariam riqueza e poder a toda a nação. Na busca de tal objetivo, mantinham o olho em todos os aspectos da vida diária e deliberadamente modificavam, moldavam e regulavam todas as atividades de seus súditos. As teorias expressas e as leis baixadas foram classificadas pelos historiadores definidamente como sistema mercantil”. Na verdade, porém, não constituíam um sistema. O mercantilismo não era um sistema em nosso sentido da palavra, mas antes um número de teorias econômicas aplicadas pelo Estado num momento ou outro, num esforço para conseguir riqueza e poder. (HUBERMAN, 1986, p. 129).

A descoberta de novas rotas marítimas por portugueses e espanhóis trouxe consigo um enorme fomento ao comércio e a consequente acumulação de riquezas por parte de

²⁰ Sobre como as cruzadas influenciaram o desenvolvimento do comércio na Europa, Leo Huberman (1986), em sua obra História da Riqueza do Homem afirma que “As cruzadas levaram novo ímpeto ao comércio. Dezenas de milhares de europeus atravessaram o continente por terra e mar para arrebatar a Terra Prometida aos muçulmanos. Necessitavam de provisões durante todo o caminho e os mercadores os acompanhavam a fim de fornecer-lhes o que precisassem. Os cruzados que regressavam de suas jornadas ao Ocidente traziam com eles o gosto pelas comidas e roupas requintadas que tinham visto e experimentado. Sua procura criou um mercado para esses produtos. Além disso, registrou-se um acentuado aumento na população, depois do século X, e esses novos habitantes necessitavam de mercadorias. Parte dessa população não tinha terras e viu nas Cruzadas uma oportunidade de melhorar sua posição na vida. Frequentemente, as guerras fronteiriças contra os muçulmanos, no Mediterrâneo, e contra as tribos da Europa oriental eram dignificadas pelo nome de Cruzadas quando, na realidade, constituíam guerras de pilhagem de bens e terras. A Igreja envolveu essas expedições como se fossem guerras com o propósito de difundir o Evangelho ou exterminar pagãos, ou ainda defender a Terra Santa.” (HUBERMAN, 1986, p. 18)

comerciantes e banqueiros, “*cuja actuação passa a desenvolver-se tendo em vista não a satisfação das necessidades mas a obtenção de um ganho, um ganho de natureza indefinido*” (NUNES, 1998, p. 19), em contraponto à ética paternalista cristã que priorizava a ideologia econômica feudal, passando a ser aceito socialmente o enriquecimento individual como finalidade normal, o que seria legitimado, posteriormente, no plano filosófico-religioso, pela Reforma.

A partir daí, as justificativas teológicas que legitimavam as diferenças sociais entre os senhores feudais e os servos, tornando socialmente aceitos os fatos de que os seres humanos são diferentes em virtude da Providência Divina, vão sendo substituídas por justificativas racionais, trazendo, assim, a noção de uma nova ideologia nas relações econômicas e sociais.

Surge, também, a necessidade de organização das relações comerciais, e os problemas econômicos passam a ser encarados como questão de Estado, e os detentores do poder econômico buscam, no Estado, a segurança necessária para o desenvolvimento das atividades econômicas. Diante desse panorama,

Foi neste tempo de profundas transformações, no quadro desta “revolução do séc. XVI” (Jean Marchal), que, entre finais do séc. XVI e meados do séc. XVIII, se desenvolveu na Europa (especialmente na Espanha e em Portugal, na França e na Inglaterra) uma corrente de ideias que ficou conhecida por *mercantilismo*, na sequência da utilização deste termo por autores da Escola Histórica Alemã (2ª metade do séc. XIX). Num período em que o comércio esteve na base do enriquecimento dos estados mais poderosos, não admira que os autores centrassem as suas preocupações e a sua análise na actividade comercial. De “sistema do comércio” ou “sistema mercantil” falou Adam Smith, na esteira dos fisiocratas (NUNES, 1998, p. 21).

Contudo, chama a atenção Avelãs Nunes para o fato de que nenhum pensador da época se autointitulou mercantilista, ficando a dificuldade de se definir o termo como um sistema de ideias que evidenciasse uma ideologia prevalecente, o que é corroborado pela dificuldade de interpretação dos textos que não possuíam uma terminologia comum. Mas, admite-se a referenciação da expressão mercantilismo para designar o que o autor denomina “*tendência marcante do pensamento econômico desde finais do séc. XVI até meados do séc. XVIII*” (NUNES, 1998, p. 23).

Sinteticamente, pode-se apontar, inicialmente, como uma das grandes linhas do pensamento mercantilista, a política nacionalista, na qual a melhor maneira de aumentar o poderio do Estado é o fortalecimento econômico do cidadão, mas a prosperidade do comércio depende da afirmação do relevo político do soberano, pois, com o robustecimento do exército,

surge a oportunidade de expansão territorial para exploração econômica de novas terras e novos mercados²¹.

Além da defesa de uma política nacionalista, o ideal mercantilista advogava a necessidade do aumento populacional, denominado de populacionismo, na esteira de que uma população abundante possibilitaria a existência de mão de obra barata, viabilizando a atividade econômica e a acumulação de lucros, teoria que foi melhor desenvolvida, posteriormente, por Thomas Malthus que defendia a desigualdade social e a oferta abundante de trabalhadores como fontes de progresso.

Os mercantilistas defendiam, também, a abundante circulação de moeda, vez que a consideravam fundamental para o comércio, contudo, devendo ser forte a moeda, isto é, correspondente à quantidade de metal precioso existente nas reservas do Estado, para que pudessem significar poder de compra constante.

Surge a ideia de que economia e política são inseparáveis, exigindo a atuação do Estado na economia, ficando, pois, ultrapassadas as teorias e especulações de cunho teológico e filosófico, passando a economia a ser encarada como arte empírica, como conjunto de preceitos, a serviço dos governantes.

A defesa daquela atuação do Estado na economia servia de base para o aprimoramento e desenvolvimento da atividade econômica privada, pois, nos fundamentos do mercantilismo, encontra-se uma filosofia individualista que justifica o lucro máximo, a partir do aumento da produção e do comércio, contribuindo este conjunto de ideias e ações econômicas, tanto no plano doutrinário quanto na própria ação política, para a acumulação de capitais necessária à implementação do capitalismo como modo de produção dominante.

Como não houve uma ruptura entre o modelo econômico feudal e o mercantilista, pode-se relacionar a atuação do Estado com a ética medieval cristã, na medida em que havia uma justificativa divina desta atuação, para que fosse perseguido o bem-estar da sociedade, assumindo o Estado funções que até então eram da Igreja. Paulatinamente, a ética paternalista cristã, que combatia o desejo de acumulação de riquezas, foi sendo substituída por novas concepções filosóficas e ideológicas que legitimam moralmente o individualismo, a acumulação de riquezas e o lucro, bases do ideal mercantilista.

²¹ “Considerando-se fixada a quantidade de recursos disponíveis à escala mundial, concluía-se que um país só poderia enriquecer à custa do outro e admitia-se que a própria sobrevivência de um estado dependia de este ser capaz de assegurar o seu desenvolvimento econômico e a sua riqueza mais rapidamente que o seu vizinho (e rival). Daí a importância do poderio militar, eventualmente necessário para subjugar outros povos pela via da guerra. Daí a rapacidade com que com que os próprios estados se comprometem na conquista e na prática da mais violenta pirataria nos mares.” (NUNES, 1998, p. 37).

A Reforma protestante serviu de suporte para a incorporação dessa nova ética que admite o individualismo e transforma a ideologia econômica prevalecente, impondo uma garantia de maior liberdade de atuação dos indivíduos no mercado, fazendo surgir um paradoxo entre a defesa da intervenção do Estado na economia e a liberdade do indivíduo de atuar no mercado, que somente seria solucionado, através da evolução da ideia mercantilista para o liberalismo clássico.

2.2.4 Liberalismo clássico

A questão da intervenção do Estado na economia defendida no período em que prevaleceram as ideias mercantilistas, foi de primordial necessidade para a formação de verdadeiras economias nacionais e da difusão de técnicas comerciais e industriais mais eficientes. Porém, a manutenção dos regulamentos estatais e o excesso de intervencionismo começaram a gerar entraves para o crescimento econômico, momento no qual surgem as ideias liberais, inicialmente difundidas pelos fisiocratas, com a defesa da existência de leis naturais que regem os mercados²², iniciando-se o processo de formação de uma ideologia que defendia a redução da atuação do Estado na atividade econômica.

No período de transição entre o declínio das práticas feudais e do pensamento econômico vinculado à ética cristã e a penetração das relações econômicas capitalistas, é que surge uma corrente de ideias que ficaria conhecida pelo nome de fisiocracia²³, cuja defesa essencial é a de que as relações econômicas são regidas por leis naturais, sendo “desnecessária” a regulamentação da atividade econômica pelo Estado.

Não sendo considerada uma corrente ideológica autônoma, uma vez que incluída pelos autores que escrevem sobre história do pensamento econômico como parte integrante da ideologia liberal, suas incursões teóricas, especialmente através de seu maior expoente François Quesnay (1694-1774), que, com sua obra *Tableau Économique*, lançou bases para o desenvolvimento da economia política moderna, elevando-a à condição de ciência, posição

²² “Na Inglaterra é talvez Hobbes (1588-1667) que pela primeira vez aparece defendida a liberdade de comércio como uma lei da natureza. Mas foram William Petty (1623-1687) e John Locke (1632-1704) os primeiros autores a procurar demonstrar que a vida econômica é governada por leis naturais que os legisladores não podem alterar, constituindo a liberdade das trocas a condição necessária e suficiente da ordem econômica. Dudley North (1641-1691) escreveu muito claramente que ‘não compete à lei fixar os preços do comércio, porque o seu montante tem de fixar-se e fixa-se por si mesmo’.” (NUNES, 1998, p. 53).

²³ “A designação de fisiocracia terá sido utilizada pela primeira vez por Dupont de Nemours, intitulado deste modo uma antologia de escritos de Quesnay, editada em 1767. Etiologicamente, a palavra significa governo da natureza (a palavra grega physis significa natureza), ideia que se adapta bastante bem ao núcleo essencial dos autores que integram esta corrente.” (NUNES, 1998, p. 88).

reconhecida até por autores que combatiam este conjunto de ideias, como o próprio Karl Marx.

Apesar da importância e complexidade do pensamento fisiocrata, sinteticamente, podemos apresentar como características desta corrente de ideias, primeiramente, a defesa de um conceito de ordem natural, relacionando a lei física como determinante da lei moral, justificadora da propriedade, liberdade e igualdade. Corroborando essa ordem natural, que se equipara à econômica, justifica a existência de uma sociedade, somente na medida em que os homens estabelecem relações de troca, nas quais se destaca um individualismo social, através de uma antropologia atomista, com a crença da existência de uma harmonia universal dos interesses individuais²⁴.

Defendendo o comércio como a base da sociedade, os fisiocratas desenvolvem teorias de existência de leis naturais que regem a sociedade e a ordem econômica, uma vez que, numa perspectiva hedonista imanente ao ser humano, o homem sempre busca o prazer e, sendo um ser social, haverá um aumento de suas fruições úteis e agradáveis, a partir de suas relações econômicas.

Nesta perspectiva, a ordem social se confunde com a ordem econômica, e a sociedade é elevada a espaço de troca de mercadorias, cuja justificativa encontra-se no fato de que o comércio é tão antigo quanto a própria sociedade e, quando ele se intensifica, fortalece-se a sociedade, mas, ao contrário, quando há uma redução do comércio, conseqüentemente há um enfraquecimento das relações sociais.

Entretanto, segundo os fisiocratas, as leis físicas, leis naturais que asseguram o equilíbrio do mundo físico, são absolutas, porquanto de origem divina, às quais a ação humana somente acrescenta desordem. Portanto, a ordem moral é traçada pela ordem física e *“a economia substitui a moral enquanto regulador do comportamento humano”* (NUNES, 1998, p. 94). Aqui precisa-se o início da substituição da ética cristã pela ética de mercado, valor que ainda prevalece nas relações econômicas e sociais atuais.

Através dos fisiocratas, ocorre a ultrapassagem dos paradigmas teológicos de legitimação das relações econômicas, mediante construções teórico-científicas analíticas, atribuindo-se o mérito de introdução de certos conceitos nas ciências econômicas, como o conceito de excedente, de trabalho produtivo, ideia de processo econômico como um fluxo

²⁴ Segundo Antônio José de Avelãs Nunes (1998, p. 99), em capítulo que desenvolve a ideia de individualismo no pensamento fisiocrata, defende que “O individualismo dos fisiocratas assume a forma de um atomismo social muito claramente afirmado pelos autores.”

que se renova permanentemente²⁵, o conceito de capital como um estoque de bens previamente acumulados que se adiantam, para que a produção seja possível etc., fecundos de diversas teorias econômicas posteriores, como as utilitaristas²⁶, o liberalismo de Adam Smith e o socialismo de Karl Marx.

A propriedade é instituição necessária derivada da ordem física, base de todas as sociedades e fundamento da liberdade, pois, segundo os fisiocratas, o sentido filosófico de liberdade é pura abstração, somente havendo liberdade efetiva e real através da propriedade. Segundo Quesnay, a inexistência da propriedade tornaria a sociedade inculta e a segurança da propriedade é o fundamento essencial da ordem econômica. (QUESNAY apud NUNES, 1998, p. 98).

Quanto à igualdade, os fisiocratas defendem que o aumento da riqueza social traz, necessariamente, a desigualdade de fortunas, o que é justificável pela diversidade das faculdades dos indivíduos. Qualquer atuação, no sentido de se tentar implementar uma igualdade real, na visão dos fisiocratas, acabaria por dissolver a própria sociedade e redundaria na extinção da espécie humana. Igualdade de direito para os fisiocratas se resume à igualdade formal, perante a lei, pois, desigualdade de fato é inerente ao direito natural dos homens.

A partir dos fisiocratas, o Estado tem de deixar de possuir interesses econômicos, defendendo somente os interesses dos proprietários, pois o Estado surgiu depois do surgimento da propriedade e sua existência somente se justifica em defesa da propriedade. Todavia, se os fisiocratas são liberais na economia, quanto à definição da ordem política, defendem, ainda, a autoridade do soberano que, pela proteção da propriedade de todos, torna-se proprietário de toda a superfície do Estado, o que justifica o direito de cobrar tributos.

Porém, conforme apontamentos de Avelãs Nunes (1998), as teorias fisiocratas apresentaram algumas deficiências percebidas pelos liberais clássicos que impediam o crescimento econômico, como o apego a uma economia centrada na agricultura, em detrimento de uma política industrializante. Mas em meados do século XVI, na França do teórico

²⁵ “O seu entendimento da actividade económica como um processo permanentemente autorenovável facilitou a tarefa dos fisiocratas de detectar as leis que regem a actividade económica: só numa actividade que se repete constantemente podem manifestar-se leis.” (NUNES, 1998, p. 150).

²⁶ “Quesnay e os fisiocratas podem considerar-se precursores do utilitarismo enquanto filosofia social. Na verdade, eles definem como princípio económico aquele que se traduz na obtenção do máximo de satisfação com a menor despesa, (ou com o menor esforço em trabalho), configurando o problema fundamental da teoria económica como um problema de máximos. Nesta perspectiva é que os fisiocratas defendem que a satisfação máxima das necessidades de todos os membros da sociedade globalmente considerados só se alcançará se cada um puder actuar livremente de acordo com o seu interesse individual, funcionando a concorrência como ‘árbitro natural e absoluto’ capaz de harmonizar os interesses em presença.” (NUNES, 1998, p. 148).

François Quesnay, a produção industrial capitalista era incipiente, apenas com atividades manufatureiras, o que dificultou a defesa da economia industrial, impedindo a libertação do invólucro da ideologia econômica feudal prevalecente até então, o que somente “*viria a ter fim com a economia política clássica inglesa*” (NUNES, 1998, p. 157).

Entre o final do século XVIII e meados do século XIX, ganha relevo na Inglaterra uma corrente de pensamento denominada Escola Clássica, considerada o primeiro grande movimento científico de economia política, partindo da obra Riqueza das Nações, de Adam Smith, que possui como pressuposto a defesa da existência de um mecanismo natural regente da vida econômica que assegura o equilíbrio e estabelece a ordem, e a ciência econômica tem por objeto a investigação e descoberta das leis naturais, universais, pois derivam da própria natureza humana, regentes da economia e do progresso da sociedade.

O desenvolvimento da ideologia liberal clássica, base da economia capitalista, coincide com um movimento de enorme atividade inventiva e produtiva na sociedade inglesa, denominado, historicamente, Revolução Industrial, que ocasionou profunda transformação nas relações sociais e econômicas, originando uma sociedade urbana de bases manufatureiras e industriais, em substituição à sociedade basicamente agrária.

Ao apresentar os pressupostos da Escola Clássica Inglesa, Antônio José Avelãs Nunes (1998) discorre:

Daí que se entenda, por um lado, que as leis científicas têm *validade universal* precisamente porque derivam da própria *natureza humana* e, por outro lado, que é uma *ordem natural* existente que harmonizará todos os interesses a partir da *natural* actuação de cada um no sentido de obter o máximo de satisfação com o mínimo de esforço (NUNES, 1998, p. 164).

Portanto, os autores da Escola Clássica defendem a existência universal e imanente de um homem individualista que busca a satisfação própria de seus interesses e que desenvolve suas atividades econômicas de forma egoísta. Esse individualismo e esse egoísmo geram o progresso da sociedade, na medida em que cada um busca suas satisfações pessoais, há um desenvolvimento econômico benéfico para a sociedade, regido por leis naturais, criadora de uma ordem natural, com a defesa da mínima possibilidade de intervenção do Estado, na vida econômica privada.

A lei da oferta e da procura rege toda essa ordem natural, definindo todos os institutos econômicos, através de uma adaptação automática do equilíbrio da economia. Não há desconsideração no que tange à existência de crises econômicas, pois, a ordem econômica natural possui imperfeições. Aliás, os autores da Escola Clássica as consideram próprias da

ordem econômica, mas, segundo os mesmos autores, tais crises são transitórias e setoriais, limitadas a certas atividades econômicas específicas.

Partindo do pressuposto de que o papel dos cientistas econômicos é pesquisar as leis naturais que regem a ordem econômica, os criadores do liberalismo clássico “identificaram” algumas regras que consideravam fundamentais para a compreensão do fenômeno econômico, defendendo a existência de uma lei do interesse pessoal, princípio hedonístico no qual cada indivíduo persegue seu bem-estar pessoal; a lei da livre concorrência, considerada a melhor maneira de harmonizar os interesses individuais; a lei da população, postulando a fórmula de que, enquanto a população aumenta em progressão geométrica, o aumento dos meios de produção cresce em progressão aritmética; a lei da oferta e da procura, justificadora do modo de formação dos preços de bens e serviços; a lei do salário, atrelada à lei da oferta e da procura; a lei da renda, legitimadora do ganho daqueles que produzem a um custo inferior àquele normal; a lei do comércio internacional, em que as nações obtêm ganhos a partir do comércio externo, e a lei da propriedade privada, base da sociedade liberal e instrumento do máximo bem-estar.

Conforme já exposto, o livro *A riqueza das nações*, de Adam Smith (1986), é considerado a pedra fundamental de toda a teoria do liberalismo clássico, sendo seu autor um mestre incontestado de todos os professores de economia do século XVIII. Mas, apesar da importância da obra para a sociedade moderna, seu caráter inovador é questionável, pois, na verdade, a obra é uma grande compilação de escritos de diversos autores anteriores. *“Tinha chegado, porém, o momento de se fazer uma síntese compreensiva, e a obra de Smith é essa síntese, resultado de um trabalho perseverantemente realizado, sem um gemido, durante mais de vinte e cinco anos, com concentração exclusiva nele durante cerca de dez”* (NUNES, 1998, p. 172), onde a questão do desenvolvimento econômico é o objeto central, ultrapassando e criticando os problemas econômicos identificados na fase descritiva e classificatória da ciência econômica, pressupostos teóricos dos fisiocratas²⁷.

Adam Smith (1986) defende uma filosofia social que apregoa ter o homem direito de lutar pelos seus interesses e concorrer com outros homens, através de sua indústria e seu

²⁷ “Mas, em boa verdade, o que realmente interessa deste grande pensador é o facto de ter orientado, num único corpo orgânico, quase todos os problemas que viriam a ser objeto da reflexão científica posterior e, sobretudo, o facto de se ter aproximado de modo impressionante da plena compreensão da própria natureza da nova economia nascida com o advento da burguesia, i. é, da classe que na obra de Smith se encontra, pela primeira vez, representada como aquela que, ‘cidadã do mundo’, unifica diversas nações na prossecução sistemática da ampliação do processo produtivo. Neste sentido, quando a tradição aponta Smith como o pai da ciência económica, recolhe uma verdade indubitável: de Smith parte todas as linhas da investigação posterior; os economistas posteriores terão de medir-se com as questões propostas por ele.” (NUNES, 1998, p. 178-179).

capital, da melhor forma que lhe aprouver, desde que não viole as leis da justiça. A sociedade ideal se desenvolveria nesses moldes, nos quais as relações econômicas seguem um curso natural, guiadas por uma mão invisível do mercado, com o livre exercício de ofício e ocupação.

Avelãs Nunes aponta o individualismo smithano como uma antropologia otimista que ultrapassa o pessimismo da filosofia social hobbesiana²⁸, deixando para trás o preconceito difundido no século XVIII de que as ações humanas motivadas por interesses individuais são eminentemente anti-sociais.

E a filosofia individualista de Adam Smith (1986), que sustenta a plena liberdade de atividade econômica privada, decorrente de harmoniosa vida econômica que toma seu curso natural, justifica, inclusive, a desigualdade entre os indivíduos, sendo ela inerente à própria sociedade liberal, considerando-a como decorrência da ordem natural.

Esta desigualdade inerente ao capitalismo explica-a Smith como consequência dos diferentes *poderes* de que dispõem os patrões (por serem “proprietários do capital”) e os operários (por possuírem apenas “a sua força e habilidade de mãos”, por não possuírem “o capital suficiente, tanto para comprar as matérias-primas necessárias ao seu trabalho, como para se manter até ele se achar terminado”). A causa última da desigualdade reside, pois, no facto de uma classe de pessoas deter a propriedade do capital e outra(s) classe(s) estar(em) privada(s) dela: “Sempre que há muita propriedade, há grande desigualdade. Por cada homem rico haverá, pelo menos, quinhentos homens pobres, e a propriedade de uns poucos pressupõe a indigência de muitos.” (NUNES, 1998, p. 258-259).

Corroborando o raciocínio descrito por Antônio José Avelãs Nunes (1998), o próprio Adam Smith (1986), na clássica obra *Riqueza das nações*, considerada a bíblia da doutrina liberal, desenvolve a ideia de liberdade econômica como precursora da igualdade, quando discorre no Livro I da mencionada obra, as causas do aumento das forças produtivas do trabalho e da ordem, segundo a qual, seu produto é naturalmente distribuído entre as diversas categorias do povo. No capítulo X, trata dos salários e do lucro nos diferentes empregos, do trabalho e do capital, e afirma que

O conjunto das vantagens e das desvantagens dos vários empregos do trabalho e do capital devem, numa mesma vizinhança, ser perfeitamente iguais ou continuamente tender à igualdade. Se, numa mesma vizinhança, houvesse qualquer emprego evidentemente mais ou menos vantajoso que o resto, então muitas pessoas se acumulariam num caso, e outras tantas desertariam o outro, de modo que suas vantagens logo retornariam ao nível dos outros empregos. Este, pelo menos, seria o

²⁸ O autor inglês Thomas Hobbes (1588-1679) em sua obra *Leviatã* (1651) defende a natureza humana individualista, considerando o homem o seu próprio inimigo (*homo homini lúpus*), defendendo a natureza humana num estado de guerra permanente, com dependência do Estado para a defesa coercitiva da paz, implicando na renúncia do homem à sua própria liberdade.

caso numa sociedade onde as coisas fossem deixadas a seguir seu curso natural, onde houvesse perfeita liberdade, e onde todo homem fosse perfeitamente livre para escolher que ocupação achasse adequada, e mudá-la tanto quanto ele achasse conveniente. O interesse de cada homem o disporia a procurar o emprego vantajoso, e afastar o desvantajoso. (SMITH, 1986, p. 74).

E com base na defesa da liberdade econômica individual plena, decorrente da ordem natural que rege a vida econômica, como corolário desses pressupostos defendem os liberais clássicos, capitaneados por Adam Smith, uma atividade mínima econômica por parte do Estado, que garanta apenas as condições de gozo das liberdades, o que evidencia a soberania plena do indivíduo, com a garantia da livre iniciativa e da defesa da propriedade privada, e as diferenças econômicas e sociais entre os indivíduos como consequências naturais da ordem estabelecida. A teoria liberal prescreve que o máximo de utilidade social se obtém, através da atuação dos indivíduos, perseguindo seus próprios interesses, considerando a vida econômica, assim entendida, como fundamento da sociedade civil.

2.2.5 Socialismo

Com a incorporação pela sociedade europeia da ideologia liberal, o que coincidiu com o desenvolvimento industrial e a implementação dos meios capitalistas de produção, não tardou o surgimento de críticas e resistências a esta ideologia econômica, por alguns segmentos sociais, tendo em vista as próprias condições de vida a que foram expostos aqueles que não eram proprietários dos meios de produção e não gozavam das benesses trazidas pelo capitalismo defendido pelo liberalismo clássico, pois, os trabalhadores arcaram com os custos sociais do processo de industrialização, sendo submetidos a condições desumanas de trabalho, sujeitos à miséria e a toda sorte de doenças, situações insensíveis aos defensores do liberalismo clássico²⁹.

Como, a esta altura, nos interessa tão somente as reações contrapostas à ideologia instituída pelo liberalismo clássico, não cuidaremos do aprofundamento dos acontecimentos históricos que originaram resistência e oposição àquela ideologia que se tornou dominante,

²⁹ “Não resta dúvida que o capitalismo industrial foi erigido à custa dos sofrimentos e das privações da classe operária, cujo acesso aos frutos do desenvolvimento econômico foi negado. Para ampliar a sua margem de lucros, os capitalistas submeteram-na aos mais degradantes excessos. A razão fundamental dos grandes males que caracterizavam esse período foi ‘o poder absoluto e irrefreável dos capitalistas. Nessa era heroica de grandes empreendimentos, tal poder era reconhecido, admitido e mesmo proclamado com uma franqueza brutal. Ninguém devia se meter nos negócios do patrão, que se sentia livre para fazer o que bem entendesse, julgando disponível qualquer justificativa para a sua conduta. A única coisa que devia aos empregados eram os salários; e estes, uma vez pagos, nada mais tinham a reclamar dele.’” (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 84).

apesar de não ser possível fazer o resgate das oposições sofridas pelo liberalismo clássico, sem trilhar por alguns registros de fatos históricos.

Tendo em vista que o liberalismo clássico defende a existência de diferenças econômicas e sociais como fenômenos naturais e inevitáveis dentro da sociedade, diversas foram as críticas formuladas em desfavor desses pressupostos, assim como sob diversas perspectivas foram tais críticas, sendo inicialmente apontadas por Antônio José Avelãs Nunes (1998) as de Augusto Comte (1798-1857) que, por considerar que a evolução do espírito humano é dividida em três idades, quais sejam, teológica, idade metafísica e positiva, “sustentou que a *Economia Política Clássica não passara da idade metafísica*” (NUNES, 1998, p. 327), não correspondendo, portanto, à produção de conhecimento científico.

Já os autores da Escola Histórica Alemã criticaram o liberalismo clássico quanto ao método dedutivo utilizado, a partir dos pressupostos estabelecidos, numa racionalidade pautada na figura abstrata do *homo œconomicus*, além de denunciar o caráter a-histórico do método estabelecido e a validade absoluta e universal que foram atribuídos às leis econômicas, considerando a necessidade de que os estudos econômicos sejam realizados sob uma perspectiva histórica.

Karl Marx (1983) também formulou críticas ao caráter a-histórico da teoria econômica elaborada pelos liberais clássicos, porém, ao contrário dos autores da Escola Histórica, afirmou a necessidade de uma teoria da história. Partindo do esforço empreendido pelos teóricos clássicos ingleses, Marx conclui que as leis naturais de validade universal e atemporal nada mais são que enunciados próprios de um dado modo de produção, que serviria para legitimar o modo de produção capitalista, mas não corresponderia a validades universais das relações humanas em geral (MARX, 1983).

Corroborando as críticas marxistas, Friedrich List, autor relacionado à Escola Histórica, apresenta críticas ao individualismo do liberalismo clássico, o qual considera a existência apenas de interesses individuais, acusando os liberais de desconhecimento da existência de uma realidade nacional, centro de determinados interesses coletivos.

Não desconhecemos a existência de diversas vertentes do socialismo, como o ricardiano, que aceita as teses fundamentais da economia política clássica, mas critica a doutrina liberal; o tecnocrático que, confiante nas virtudes da industrialização e nas vantagens da organização empresarial, defende a organização e planificação da economia, com vistas à melhoria das condições das classes desfavorecidas; o socialismo associacionista, que não defende a intervenção estatal na economia, mas, sim, a formação de grupos ou instituições de indivíduos que se administram a si próprios, lançando pressupostos para o cooperativismo; e o

socialismo burguês, com a defesa da formação de fortunas moderadas e a universalização da classe média, na qual a sociedade seria composta por pequenos proprietários e a propriedade seria o fundamento da liberdade e igualdade (NUNES, 1998). No entanto, como a análise e o desenvolvimento do socialismo não são objeto deste estudo, levaremos em conta somente os pressupostos gerais do socialismo, em contraponto aos fundamentos do liberalismo clássico, para posterior relacionamento das ideologias econômicas com o Direito Econômico brasileiro, objeto de estudo do trabalho.

Partiremos do pressuposto de que a ideologia socialista surge como reação contrária aos pressupostos desenvolvidos pelo liberalismo clássico, à existência de um homem individualista por natureza, que exerce atividade econômica livremente, regido apenas pela ordem natural, que considera as desigualdades econômicas e sociais como consequência natural das diferenças entre os indivíduos.

O socialismo surge, portanto, como uma reação à desigualdade social apregoada pelo capitalismo desenvolvido sob a ideologia liberal clássica. Não que a desigualdade tenha surgido apenas após a implementação dos meios de produção capitalistas.

Antônio José Avelãs Nunes (1998) indica a existência de pensadores isolados e movimentos socialistas fugazes, antes de 1800. Contudo, a partir deste ano, com o desenvolvimento do capitalismo e a expansão e insatisfação da classe operária, surgem correntes do pensamento socialista, especialmente, na Inglaterra e na França, definidas por Friedrich Engels como socialismo utópico, sendo ele confrontado, posteriormente, pelo socialismo científico desenvolvido por Karl Marx e Friedrich Engels (MARX; ENGELS, 1998).

Reconhecendo as diferenças existentes na ordem social, mas ainda influenciados pela ética paternalista cristã desenvolvida no período pré-capitalista, que admitia como natural a divisão hierárquica da sociedade, os socialistas utópicos defendem a razão de buscar uma nova ordem, elaborando uma imaginária sociedade futura, através da transformação completa da sociedade pela propaganda pacífica, para a persuasão daqueles que eram afortunados e pelo exemplo de experiências que serviriam de modelo, o que justifica a denominação atribuída a esta corrente de pensamento. Esclarecendo as pretensões dos socialistas utópicos, Antônio José Avelãs Nunes (1998) observa:

Considerando o socialismo como a expressão da verdade, da razão e da justiça absolutas, os socialistas utópicos – e com eles a generalidade dos socialistas do séc. XIX – pensavam que bastava que o socialismo fosse ‘descoberto’ para que a força da razão o impusesse ao mundo. E como a verdade absoluta, fruto da razão, é

independente do tempo e do estágio de evolução histórica, o socialismo, uma vez ‘descoberto’, poderia ser implantado em qualquer comunidade. (NUNES, 1998, p. 340).

Os socialistas utópicos são acusados por Friedrich Engels de não se apresentarem como representantes dos interesses do proletariado, visto que suas teorias são formuladas, não para a libertação de uma classe específica, mas para a salvação de toda a humanidade, deixando de lado a necessidade de conquista do poder político, confiando apenas no poder da razão para a ultrapassagem da ordem burguesa. Já os socialistas científicos, cujo maior expoente é Karl Marx, consideram esta corrente de ideias como um processo evolutivo histórico e necessário do capitalismo, decorrente da acentuação das diferenças produzidas pelo processo capitalista de produção, refletido nas lutas de classes entre os capitalistas e os trabalhadores assalariados³⁰.

E *“Partindo da análise da evolução do capitalismo, o socialismo científico visa enunciar as leis que explicam essa evolução, por forma a dar ao proletariado a consciência da sua missão histórica”* (NUNES, 1998, p. 342). Para o socialismo científico a transformação da ordem burguesa não se dará através de apelo aos homens em geral, mas mediante a luta de classes, apontando o proletariado como única força social capaz de transformar a sociedade capitalista, tomando o poder político e, através dele, destruindo a propriedade privada dos meios de produção, implementando o que Marx denomina de revolução social.

Como contraponto aos economistas clássicos, os socialistas científicos atacam as inconsistências das teorias liberais, defendendo a inexistência do homem econômico, pois, para estes o homem é um ser moral, um ser social. Acusam os liberais, também, de possuírem uma concepção mecanicista, por assemelharem a sociedade a uma máquina, equiparando leis econômicas a leis da física. O socialismo científico demonstra como característica principal do capitalismo o sistema que assenta na diferença de classes, na exploração de uma classe social por outra, classes que se apresentam como antagônicas e com interesses inconciliáveis, o que justifica a necessidade da luta (de classe).

Na concepção marxista, o Estado burguês se caracteriza como um poder público especial que existe para coagir a população a se submeter aos interesses da classe dominante,

³⁰ “Marx baseou seu estudo da sociedade capitalista numa abordagem histórica que ficou conhecida como materialismo histórico. Marx procurou simplificar as complexas relações de causa e efeito que interligavam múltiplas facetas dos sistemas sociais, isto é, a teia de ideias, leis, crenças religiosas, costumes, códigos morais, instituições econômicas e sociais presentes em todos os sistemas sociais. Tal simplificação, julgava ele, lhe permitia focalizar a sua atenção sobre as relações verdadeiramente fundamentais que determinam a direção geral em que se movem os sistemas sócia.” (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 102).

ou seja, a utilização do aparato estatal a serviço de uma classe em detrimento da outra, apontando que, em toda a história, o Estado atuou como instrumento coercitivo da classe dominante, sendo afastada a confiança dos socialistas anteriores de que o Estado colaboraria na alteração de regime político econômico, o que somente ocorreria através de revolução.

No sistema capitalista, o Estado desempenha duas funções. Inicialmente a função de assegurar o domínio dos capitalistas sobre os demais membros da sociedade. O Estado executa esta função, antes de tudo, ao legitimar os direitos de propriedade, a fonte de onde emana o poder econômico dos capitalistas. Serve a classe dominante de várias outras maneiras também: por exemplo, encarcerando ou molestado aqueles que combatem o capitalismo, travando guerras para ampliar os mercados capitalistas, construindo estradas, ferrovias, canais, administrando o serviço postal e realizando inúmeras outras tarefas indispensáveis para o bom andamento dos negócios. Em segundo lugar, o governo atua como árbitro das divergências que ocorrem entre os capitalistas. Todo capitalista zela, acima de tudo, por seus próprios lucros. É inevitável que, em determinados momentos, seus interesses entrem em choque com os de outros capitalistas. Se não houvesse um organismo capaz de resolvê-los, alguns destes choques poderiam colocar em risco a própria existência do sistema. Por isso o governo intervém, e ao intervir assegura a viabilidade do sistema capitalista. Eis porque, em certas ocasiões, o governo vai de encontro aos interesses de todos os capitalistas, isto é, da classe capitalista em seu conjunto. (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 117).

Segundo o Prof. Giovani Clark, o Estado socialista, na visão de Marx e Engels, viria após uma revolução dos trabalhadores, através da qual os poderes do Estado burguês seriam tomados e os bens de produção expropriados da burguesia. Os bens de consumo continuariam a ser individualizados, apesar de terem de cumprir com sua função social, e distribuídos de acordo com as necessidades de cada indivíduo. Por outro lado, os bens de produção seriam estatais e cooperados, passando a ser administrados de forma planejada, de acordo com as necessidades individuais, sociais e da nação.

Na concepção do Estado capitalista, cujas relações sociais operam sob a força da ideologia liberal clássica, o Estado, combatido pelos teóricos socialistas, atua como mecanismo por meio do qual a classe dominante impõe a ordem política, econômica e social, de acordo com seus interesses, exercendo o controle sobre o restante da sociedade. Este embate ideológico prevaleceu na passagem do século XIX para o século XX, embate que, posteriormente, ensejaria o que ficou conhecido como Guerra Fria, após a Segunda Guerra Mundial, na qual se formaram dois blocos: um composto por países sob as bases da ideologia neoliberal burguesa capitalista capitaneados pelos Estados Unidos da América, e o outro por países partidários da ideologia socialista liderados pela extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, conforme verificaremos a seguir.

2.2.6 Ideologia(s) econômica(s) a partir do século XX

O final do século XIX e início do século XX registraram um enorme crescimento econômico na Europa e Estados Unidos da América, período que ficou conhecido como a era de ouro do capitalismo e da livre concorrência. Mas, justamente quando as relações econômicas capitalistas começaram a produzir seus efeitos, segundo a previsão do próprio Karl Marx, iniciou-se o fenômeno da concentração do capital, tendo em vista que o aperfeiçoamento tecnológico foi tamanho que somente as grandes indústrias conseguiram tirar proveito dos novos métodos de produção, originando a concentração oligopolística dos meios de produção.

Ocorreram modificações revolucionárias nos meios de transporte e comunicação que privilegiaram a expansão dos mercados, gerando enorme corrida pela exploração de novos mercados. A concorrência chegou a tamanho extremo, que empresas menores foram eliminadas, sem o menor escrúpulo e, quando havia concorrência entre duas grandes empresas, encontravam-se em vias de se destruírem, acabavam por se associar, formando cartéis e trustes, com o fito de permanência das atividades econômicas, esvaindo-se, portanto, os pressupostos da teoria econômica clássica de existência de leis naturais regentes do mercado.

Cientes de que podiam lançar-se impunemente em busca de lucros, resguardadas do controle imposto pelos governos estaduais, as corporações prosperaram a olhos vistos. As corporações cresciam através de um processo de expansão interna e, sobretudo, pela absorção de suas concorrentes. A formação de gigantescas empresas monopolistas conferiu grande ímpeto ao desenvolvimento de toda a economia norte-americana. (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 123-124).

Nesta época, formou-se na Europa e nos Estados Unidos da América um organizado mercado de capitais, canalizando as pequenas poupanças da população, em geral, para as grandes corporações, proporcionando o crescimento da concentração econômica, viabilizando, inclusive, o que, posteriormente, foi denominado imperialismo. Característica peculiar da época, também, foi o processo de concentração de renda nas mãos de pequeno percentual da população³¹.

³¹ “Em 1929, apenas 5% da população controlava 34% das rendas pessoais disponíveis nos Estados Unidos. O grau de concentração provavelmente já havia atingido esse nível em 1913. No final da década de 1920, as mais ricas famílias e pessoas físicas singulares que correspondiam a um quinto da população, controlavam cerca de 50% do total das rendas pessoais.” (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 125)

Tais características econômicas pareciam contradizer a doutrina econômica desenvolvida pelos liberais clássicos, pois, estes tinham como pressuposto a existência de uma economia composta, basicamente, por uma infinidade de pequenas empresas, não se admitindo empresa alguma exercendo controle significativo sobre o mercado. Contudo, a base teórica produzida pelos liberais clássicos não foi desconsiderada. Ao contrário, os pressupostos teóricos do liberalismo foram atualizados, ao confluírem com o utilitarismo defendido por Jeremy Bentham (1748-1832), que introduziu a ideia das escolhas econômicas individuais serem tomadas como base na análise de custo e benefício³², ganhando, posteriormente, um elaborado e hermético arcabouço de cálculos econômicos. Essa nova escola de pensadores econômicos, conhecida como Escola Neoclássica, deu um novo vigor, portanto, às teorias econômicas liberais clássicas.

A base da teoria econômica neoclássica é a existência do livre mercado, que opera criando leis naturais ordenadoras das relações econômicas (a partir da ideia da mão invisível desenvolvida por Adam Smith) e a política econômica do *laissez-faire*, e a interferência governamental nas relações de mercado reduzidas ao mínimo indispensável. Os resultados econômicos produzidos dentro da sociedade seriam ótimos, desde que se admita a natural distribuição da riqueza, e se defenda a ideia de lucro compatível com a contribuição marginal de cada ator econômico, sendo este um modelo justo de distribuição de rendas, o que foi questionado por autores contrários à teoria, principalmente, pelo fato da existência de um abismo entre a teoria defendida e a realidade econômica, tendo em vista a inexistência dessa concorrência perfeita.

As próximas gerações de autores neoclássicos, percebendo as imperfeições da teoria inicialmente defendida, passam a admitir as falhas do livre mercado como secundárias e efêmeras, permitindo a atuação do Estado, quando necessária, apenas para a correção dessas pequenas falhas. No mesmo sentido, uma corrente de autores neoclássicos, que se intitularam darwinistas sociais, defendiam a evolução natural na sociedade, com o progresso daqueles mais aptos a concorrer no mercado e a eliminação dos incapazes de se manter, criando, assim,

³² Partindo do pressuposto de que as empresas somente exercem o controle sobre o processo produtivo e a quantidade de bens produzidos, os economistas neoclássicos defendem a ideia de que os preços dos produtos são formados a partir da utilidade que os mesmos geram para o consumidor. Movidos pelos próprios interesses, os consumidores procurariam sempre maximizar a utilidade dos produtos adquiridos. E através de fórmulas matemáticas, concluíram os economistas neoclássicos que o conjunto de escolhas individuais dos consumidores pela busca de sua máxima satisfação, dada a distribuição de riqueza e de renda dentro de uma sociedade, gerariam automaticamente a maximização e o bem-estar de todos.

novas gerações superiores à geração precedente, o que seria fundamental para a sobrevivência da própria espécie humana³³.

Paralelamente ao desenvolvimento do capitalismo, em meados do século XIX e início do século XX, surge uma corrente de pensamento, denominada socialistas evolucionários, que se opõe aos teóricos neoclássicos, defendendo a conquista de direitos por parte da classe trabalhadora. Ao contrário de Marx, que defendia uma ruptura com o sistema capitalista de produção, através da revolução operária, os socialistas evolucionários admitiam os meios de produção capitalistas, desde que fossem garantidas as conquistas de direitos para os trabalhadores. Defendiam a existência do Estado como instituição neutra que, através da garantia do sufrágio universal, poderá ser utilizado pela maioria para instituição de reformas no sistema econômico e social.

Entretanto, a era de ouro do capitalismo europeu e norte-americano, que tinha sido reforçada pela expansão imperialista de conquista de novas terras e novos mercados, notadamente na África e na Ásia, sofreu um revés com a denominada grande depressão, deflagrada em 24 de outubro de 1929, com a queda dos valores dos títulos negociados na Bolsa de Valores de Nova York. Anteriormente a este episódio, havia ocorrido pequenas recessões que puderam ser contornadas pelos governos e pelos capitalistas, mas nada comparado ao que ocorreu a partir do *crash* da Bolsa de Nova York.

No período após a quebra da Bolsa de Nova York, os capitalistas interromperam o processo de investimento, pois, diante do panorama econômico da época, não vislumbravam perspectiva de lucro, objeto principal de sua atuação econômica. Como consequência da grande depressão, milhares de corporações faliram e milhões de trabalhadores perderam seus empregos, sendo a classe dos trabalhadores a que mais sofreu com os efeitos da crise, já que sua subsistência dependia diretamente de sua força de trabalho.

A partir do fracasso das medidas econômicas (*New Deal*) para tentar solucionar a grande depressão, desponta como promissora a teoria econômica elaborada por John Maynard Keynes (1883-1946), um dos mais brilhantes economistas do século XX, que, procurando compreender os fenômenos capitalistas, apresenta a intervenção do Estado como fundamental para a preservação do equilíbrio da economia.

³³ Herbert Spencer (1820-1903), precursor do darwinismo social que defendia uma teoria evolutiva econômico-social era radicalmente contra qualquer programa social. “Considerava prejudiciais para o progresso humano os gastos com a previdência social, as iniciativas destinadas a reduzir a insegurança econômica dos trabalhadores, as obras governamentais de utilidade pública, tais como escolas, parques e bibliotecas. Seu *laissez-faire* era, portanto, muito mais radical que o dos economias neoclássicos, mesmo o dos conservadores.” (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 133)

Analisando o processo de produção, Keynes identificou na economia um fluxo circular de dinheiro entre as empresas e o público em geral, na medida em que a empresa repassa o dinheiro sob forma de salário e o recebe de volta, quando vende seus bens e serviços, afirmando que o processo perdura, enquanto os empresários puderem vender tudo o que produziram e obter lucros satisfatórios. Defende, portanto, a necessidade de intervenção do Estado, devido à inabilidade dos capitalistas para encontrarem oportunidades de investimentos, tornando-se impossível contrabalançar os níveis crescentes de poupança gerados pelo crescimento econômico, problema este que Marx considerava inerente ao capitalismo.

A solução proposta por Keynes para o problema foi mais realista. Quando a poupança excedesse os investimentos, o governo deveria entrar em cena, recolhendo o excesso de poupança mediante empréstimos e investindo o dinheiro em projetos de utilidade social. A escolha deveria recair sobre projetos que não ampliassem a capacidade produtiva da economia e, ao mesmo tempo, não reduzissem as oportunidades de investimento para o futuro. As despesas governamentais injetariam maiores recursos no fluxo de gastos e criariam condições para o estabelecimento do pleno emprego, sem alterar o estoque de capital. Dessa forma, ao contrário dos investimentos de capital, as despesas governamentais não tornariam mais difícil de ser atingida com pleno emprego no período subsequente. (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 189).

O grande dilema keynesiano era o da definição do destino dos recursos governamentais, vez que inclinava-se para a necessidade de condução do dinheiro público para questões de utilidade social, como a construção de hospitais, escolas, parques, ou seja, serviços que beneficiariam mais as camadas desprivilegiadas da população, em detrimento da classe alta, detentora do poder econômico e político. Portanto, diante desse dilema, John Maynard Keynes admitia a necessidade de destinação de parte dos investimentos estatais à classe alta, também, sob pena de se inviabilizar a política econômica do modelo proposto (KEYNES, 1982).

A eclosão da Segunda Guerra Mundial corroborou a comprovação das teorias keynesianas. Com a mobilização de grande contingente humano para a formação dos exércitos, além da necessidade crescente de material bélico para o combate, fez-se necessária a realização de grandes gastos por parte dos Estados combatentes, gerando, conseqüentemente, a redução nos índices alarmantes de desemprego, além do reaquecimento da produção industrial³⁴.

³⁴ “As forças armadas norte-americanas mobilizaram 14 milhões de pessoas, que precisavam ser armadas, aquarteladas e alimentadas. Entre 1939 e 1944, a produção das fábricas, minas e indústrias de construção duplicou; a produtividade cresceu 50%. A economia norte-americana produziu 296.000 aviões, 5.400 navios

Após o término da guerra e a comprovação da eficácia das políticas econômicas keynesianas, as teorias por ele criadas tornaram-se ortodoxia, tanto no ambiente acadêmico, quanto na esfera política, com os governos adotando medidas econômicas com vistas à manutenção do pleno emprego e o equilíbrio da economia. A guerra havia comprovado aos capitalistas como medidas governamentais possuem eficácia para por termo às crises econômicas provocadas pelo capitalismo, de forma a assegurar altos retornos para o capital, contudo, sem reduzir tanto as profundas desigualdades do modelo econômico dos países capitalistas; eram tempos do desenvolvimento do neoliberalismo de regulamentação.

Mas, o modelo econômico proposto por John Maynard Keynes (1982) desagradou à elite econômica capitalista do pós-guerra, que viu seu poder político e econômico reduzido, tornando-se, então, necessário para tal elite o reestabelecimento de um modelo econômico mais apropriado à satisfação de seus interesses, oportunidade na qual emerge a teoria neoliberal reguladora, defensora da intervenção estatal mínima na atividade econômica.

Através da construção de um discurso que enfatiza a liberdade individual e a dignidade humana, tornando-os “*valores centrais da civilização*” (HARVEY, 2012, p. 15), os teóricos neoliberais trazem com sua filosofia uma ideologia que defende a mínima intervenção do Estado em assuntos econômicos, colocando, tanto o fascismo, quanto o socialismo e o comunismo como forças antagônicas às ideias propostas pelo neoliberalismo, que defende fundamentalmente o livre mercado, pois vê o liberalismo econômico como pressuposto da liberdade. “*O pressuposto de que as liberdades individuais são garantidas pela liberdade de mercado e de comércio é um elemento vital do pensamento neoliberal e há muito determina a atitude norte-americana para com o resto do mundo.*” (HARVEY, 2012, p. 17).

Essa corrente de pensamento político econômico começou a ganhar proeminência, através de um grupo de pensadores que criou uma entidade denominada *Mont Pelerin Society*

O neoliberalismo como potencial antídoto para ameaças à ordem social capitalista e como solução para as mazelas do capitalismo havia muito se achava oculto sob as asas da política pública. Um grupo pequeno e exclusivo de passionais defensores seus – principalmente economistas, historiadores e filósofos acadêmicos – se congregaram em torno do renomado filósofo político austríaco Friedrich von Hayek para criar a *Mont Pelerin Society*³⁵ (que leva o nome do *spa* suíço em que se

cargueiros, 6.500 vasos de guerra, 64.500 barcas de desembarque, 86.000 tanques e 2.500.000 caminhões. O problema mais grave para a economia norte-americana durante a guerra foi a escassez de trabalho, em contraste com a taxa de desemprego de 19% que subsistiu até 1939.” (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 190-191)

³⁵ “A declaração de fundação da sociedade diz: ‘Os valores centrais da civilização se acham em perigo. Em grandes extensões da superfície da terra, as condições essenciais da dignidade e da liberdade humanas já desapareceram. Noutras, acham-se sob a constante ameaça do desenvolvimento das atuais tendências políticas.’”

reuniram pela primeira vez) em 1947 (entre os notáveis estavam Ludwig von Mises, o economista Milton Friedman e mesmo, por algum tempo, o célebre filósofo Karl Popper). (HARVEY, 2012, p. 29).

Se intitulando liberais, acabaram sendo rotulados de neoliberais, diante do compromisso com os princípios de livre mercado da economia neoclássica, mas sem abandonar os fundamentos smithianos de que a mão invisível do mercado é o melhor recurso para reger as atitudes humanas e, conseqüentemente, a alocação de recursos dentro da sociedade, combatendo, assim, os pressupostos teóricos do Estado intervencionista desenvolvidos por Keynes.

O grupo da *Mont Pelerin Society* ganhou proeminente apoio financeiro e político, principalmente nos Estados Unidos da América, tendo seus estudos sido desenvolvidos principalmente na Universidade de Chicago, onde estava estabelecido o proeminente economista liberal Milton Friedman, e tendo a teoria neoliberal obtido enorme destaque acadêmico, a partir dos prêmios Nobel de Economia em 1974 e 1976 por Friedrich von Hayek e Milton Friedman, respectivamente.

A partir da década de 1970, iniciou-se a implementação dos pressupostos econômicos neoliberais em diversos países do mundo, sendo que a primeira experiência de neoliberalização ocorreu no Chile³⁶, depois do golpe militar do General Pinochet, pois, “*O golpe contra o governo democraticamente eleito de Salvador Allende foi patrocinado por elites de negócios chilenas ameaçadas pela tendência de Allende para o socialismo*” (HERVEY, 2012, p. 17). A partir do golpe, foi tomada uma série de medidas econômicas no Chile.

Um grupo de economistas conhecidos como “the Chicago boys”, por causa de sua adesão às teorias neoliberais de Milton Friedman, então professor da Universidade de Chicago, foi chamado para ajudar a reconstruir a economia chilena. É interessante a história de como eles foram escolhidos. Os Estados Unidos tinham financiado o treinamento de economistas chilenos na Universidade de Chicago desde os anos 1950 como parte de um programa da Guerra Fria destinado a neutralizar tendências esquerdistas na América Latina. (HARVEY, 2012, p. 18).

A posição do indivíduo e o grupo autônomo se acham progressivamente solapados por avanços do poder arbitrário. Mesmo o mais precioso bem do Homem Ocidental, a liberdade de pensamento e reflexão, encontra-se ameaçado pela disseminação de credos que, reivindicando o privilégio da tolerância quando em posição minoritária, buscam apenas galgar uma posição de poder a partir da qual possam suprimir e obliterar todas as concepções que não a sua.

O grupo sustenta que esses desenvolvimentos vêm sendo promovidos pela ascensão de uma concepção de história que nega todos os padrões morais absolutos e de teorias que questionam o caráter desejável do regime de direito. Ele sustenta ainda que esses desenvolvimentos vêm sendo promovidos por um declínio da crença na propriedade privada e no mercado competitivo; porque, sem o poder e a iniciativa difusos associados a essas instituições, torna-se difícil imaginar uma sociedade em que se possa efetivamente preservar a liberdade.” (HARVEY, 2012, p. 29).

³⁶ O Chile foi utilizado como uma espécie de cobaia para verificação empírica da veracidade e viabilidade de implementação dos pressupostos teóricos do neoliberalismo.

A experiência chilena forneceu dados importantes para a subsequente adoção do neoliberalismo regulador na Grã-Bretanha, através da primeira-ministra Margaret Thatcher, e nos Estados Unidos, através do Presidente Ronald Reagan, nos anos 1980. Entretanto, o neoliberalismo tornou-se vitorioso e hegemônico, a partir de uma articulação ocorrida nos anos 1990 conhecida como Consenso de Washington³⁷, um conjunto de medidas adotadas por diversos organismos internacionais, que prescreveram mandamentos a serem seguidos pela comunidade internacional, especialmente, por aqueles países dependentes de recursos fornecidos pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional. Os pressupostos teóricos do neoliberalismo são defendidos até os dias atuais, como medida necessária para o desenvolvimento econômico global.

2.2.7 Neoliberalismo de regulamentação e de regulação

Conforme já exposto na subseção anterior, o neoliberalismo surgiu como uma corrente de pensamento desenvolvida por estudiosos a qual aderiram políticos e capitalistas, cuja principal premissa é a da necessidade de redução da atividade do Estado em assuntos econômicos e sociais, enfatizando a troca de mercado como *“uma ética em si capaz de servir de guia a toda ação humana, e que substitui todas as crenças éticas antes sustentadas”* (HARVEY, 2012, p. 13). Através dos pressupostos neoliberais, os problemas sociais se resolveriam, mediante a melhor alocação da riqueza, ou seja, ela passa às mãos de quem a melhor maximiza, gera, automaticamente, um bem social não obtido quando há interferência estatal.

De acordo com a ideia desenvolvida por Washington Peluso Albino de Souza, pode-se afirmar a existência de duas espécies de neoliberalismo: o de regulamentação, no qual prevalece o modelo econômico que enfatiza a economia de mercado, mas com a transformação do Estado Nacional em Social, através da implementação de medidas econômicas interventivas diretas e indiretas, e o neoliberalismo de regulação, movimento ultraconservador, que defende o retorno dos pressupostos do liberalismo clássico, mediante a atuação mínima do Estado em assuntos econômicos e sociais, admitindo-se a intervenção

³⁷ “Sobre as premissas de uma mínima intervenção do Estado na realidade socioeconômica foi construído o Consenso de Washington em 1990, norteador das políticas econômicas voltadas a tais fins, denominadas reguladoras, que se baseava na suposta eficiência da iniciativa privada no mercado e na pseudo incompetência gerencial do Estado social na economia. A bandeira da ilusão era menos Estado e mais mercado.” (CLARK, 2009, p. 13)

indireta como alternativa à intervenção direta. Expondo as características do neoliberalismo de regulamentação, afirma Giovani Clark (2008) que

Durante a guerra fria, no século passado (1945 a 1990), imperaram na economia de mercado as políticas econômicas neoliberais de regulamentação, em que o Estado Nacional transfigurou-se em Social, realizando a sua atuação no domínio econômico diretamente, via empresa pública, sociedade de economia mista e fundações; ou indiretamente, por meio das normas legais de direito. Tudo em nome do desenvolvimento ou do crescimento. (CLARK, 2008, p. 208).

A mencionada atuação estatal, ainda segundo Giovani Clark (2008), justificava-se pelo fato dos capitais privados estarem investidos na indústria de consumo e na indústria armamentista, necessitando-se da atuação estatal em áreas de baixa lucratividade e altos riscos, como nas de infraestrutura e áreas sociais.

Com base nas políticas econômicas defendidas por John Maynard Keynes (1982), os países capitalistas do ocidente haviam criado ambiente econômico com forte atuação estatal, elevando o Estado à condição de agente fundamental para o desenvolvimento econômico das nações, corrigindo as falhas proporcionadas pelo capitalismo, corrente já identificada anteriormente como neoliberalismo de regulamentação.

Entretanto, a atuação dos Estados neoliberais regulamentadores muitas vezes privilegiavam atividades econômicas de utilidade social, prestando serviços públicos de interesse das camadas sociais menos favorecidas economicamente, alocando recursos públicos em benefício destas, o que contrariava os interesses dos titulares do domínio econômico que, por força de interesses próprios, começaram a aderir e fomentar novas políticas econômicas mais favoráveis ao capital, estimulando o desenvolvimento de teorias de defesa da redução da atuação do Estado nos assuntos econômicos e sociais. Nesse sentido, confirma-se que

Nas três últimas décadas do século XX e início do século XXI estudiosos e políticos pregaram a saída dos Estados do domínio econômico e social como solução para debelar as crises cíclicas das economias de mercado, minimizar o flagelo social contemporâneo e liquidar os déficits orçamentários dos Estados sociais consolidados ou não. (CLARK, 2009, p. 12).

E, a partir de então, projetaram-se no Direito e na Economia medidas de viabilização da mobilidade e expansão do capital, propiciadas, principalmente, pelo fim da guerra fria, do socialismo real e da crescente evolução tecnológica, com a transposição para a iniciativa privada de serviços que eram eminentemente públicos, agora atraentes ao capital privado, diante da redução da corrida armamentista, através de programas legislativos de

desestatização e privatização, situações características do neoliberalismo de regulação. E, de acordo com os ensinamentos do Prof. Washington Peluso Albino de Souza (2005)

Diante das discussões alimentadas por defensores de uma “regulação”, como forma de “modernidade” (traduzindo as predominâncias mais acentuadamente liberais) do Neoliberalismo, ante a figura da regulamentação (que seria comprometido com as técnicas intervencionistas menos acentuadas naquele sentido), deparamos com um panorama de oscilações próprio dessa ideologia mista. Por considerá-las como forma de “ação”, admitiremos, no máximo, que se diferenciam pelo grau assumido na relação Estado-sociedade, ou nas formas de Estado Máximo e Estado Mínimo. A menos que se trate de Estado Zero, absolutamente absenteísta (já desviado para a ideologia do Anarquismo), os instrumentos jurídicos utilizados por ambos afastam-se da hipótese do funcionamento autoregulador do mercado. Em caso de opção pelo livre funcionamento das forças do mercado, contra a “regulamentação” ou a “regulação” que as direcionaria, o fundamento haverá de ser baseado na “ordem natural” (introduzida na doutrina econômica dos Fisiocratas), que leva à “força jurígena do fato”. Mesmo assim, o “fato” dela decorrente deveria ser “juridificado” para legitimar os “efeitos jurídicos da abstenção”, ou seja, da “omissão”. Em caso contrário, deixaria de produzir efeitos indispensáveis ao seu reconhecimento nas relações sociais, mesmo em termos de direitos das partes em negociação nos mercados. Os “objetivos” da “regulação”, portanto, enquadram-se no mesmo sistema operacional da “intervenção”. De certo modo, a Regulação afasta-se da forma densamente intervencionista do Estado Bem-Estar, ou das atuações diretas do Estado-Empresário. Orienta-se no sentido do absenteísmo, sem jamais atingi-lo completamente, sob pena de negar a sua existência, por ser, ela própria, uma forma de “ação” do Estado. (SOUZA, 2005, p.331).

Apesar de o neoliberalismo ter surgido como teoria política e econômica de combate à intervenção do Estado na atividade econômica, resgatando os pressupostos liberais smithianos³⁸ de liberdade absoluta de mercado, privilegiando a propriedade privada e a livre iniciativa, não houve uma ruptura com o que vigorou até a implementação das políticas neoliberais, nos países capitalistas. Como os Estados vinham praticando uma política econômica de forte influência keynesiana (neoliberalismo de regulamentação), não instituíram imediata e abruptamente as políticas traçadas a partir do Consenso de Washington, tendo as medidas neoliberais reguladoras sido executadas de forma paulatina e gradual.

A partir da implementação do neoliberalismo de regulação, o Estado passa a assumir um novo papel interventivo, através de mecanismos indiretos, por meio de normas legais, assim como através de agências de regulação.

³⁸ Eros Roberto Grau vai além, acusando os neoliberais de estrategicamente desvirtuar os pressupostos do próprio liberalismo, expondo que: “Há marcante contradição entre o neoliberalismo – que exclui, marginaliza – e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais. Por isso dizemos que a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito.

O discurso neoliberal confronta o discurso liberal, que viabilizou o acesso da generalidade dos homens não apenas a direitos e garantias sociais, mas também aos direitos e garantias individuais. Pois é contra as liberdades formais, no extremo, que o discurso neoliberal investe.” (GRAU, 2012, p. 55).

Analisando as medidas neoliberais reguladoras surgidas, principalmente, a partir da década de 1980, Perry Anderson (2012), descreve as consequências da implementação das medidas definidas no Consenso de Washington, afirmando que

As conclusões de Perry Anderson, em texto no qual faz um balanço do neoliberalismo, são expressivas: “Economicamente, o neoliberalismo fracassou, não conseguindo nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado. Socialmente, ao contrário, o neoliberalismo conseguiu muitos dos seus objetivos, criando sociedades marcadamente mais desiguais, embora não tão desestatizadas como queria. Política e ideologicamente, todavia, o neoliberalismo alcançou êxito num grau com o qual seus fundadores provavelmente jamais sonharam, disseminando a simples ideia de que não há alternativas para os seus princípios, que todos, seja confessando ou negando, têm de adaptar-se a suas normas”. (GRAU apud ANDERSON, 2012, p. 47).

Ao contrário do que prescrevem os pressupostos neoliberais reguladores sobre a defesa da redução do intervencionismo estatal na atividade econômica, o que se constata, atualmente, é situação paradoxal, com a utilização do próprio Estado em benefício do capital, através da instituição de medidas regulatórias, possibilitando a entrada do capital privado na prestação de serviços públicos, viabilizando, portanto, a abertura de novos mercados, transformando serviços essenciais como educação, saúde e segurança, para ficarmos apenas nestes três exemplos, em mercados, ou seja, instituindo o que se denomina neoliberalismo de regulação.

A implementação do neoliberalismo de regulação pelo mundo contou com alterações nos textos constitucionais, privatizações e desestatizações das empresas estatais, reduções de direitos sociais, facilitação para movimentação de capitais, criação de agências reguladoras, reestruturação do comércio internacional, etc. Na realidade a chamada saída do Estado do domínio econômico e social como se propagou na mídia, jamais aconteceu, e não era o objetivo da regulação. Essa nada mais é do que uma técnica de intervenção estatal na vida socioeconômica com as adaptações ditadas pelo capitalismo contemporâneo. (CLARK, 2009, p. 14).

Assim sendo, nos dizeres do Prof. Giovani Clark (2009), a não intervenção estatal defendida pelos neoliberais reguladores não passa de uma ilusão midiática, criada para a defesa da redução da atuação social e econômica, privilegiando-se, portanto, a atuação do capital privado, mediante mecanismos de mudança da atuação do Estado, através da regulação, com propósitos claros de definição de políticas econômicas mais favoráveis aos titulares do poder econômico, em detrimento dos serviços públicos de utilidade para a camada da sociedade menos favorecida, economicamente.

2.3 Ideologia econômica e ordenamento jurídico

A partir da análise das diversas perspectivas ideológicas que prevaleceram durante a evolução da história da humanidade, na qual se observa a sobreposição dos interesses de determinadas classes sociais sobre outras em cada período. Importante verificar como o ordenamento jurídico atua, ou é utilizado, na manutenção dos interesses dominantes. Portanto, é possível relacionar o ordenamento vigente e os interesses das classes dominantes de cada sociedade, em cada período, sobretudo, a partir do desenvolvimento do sistema capitalista de produção, que se vale de uma forma de racionalismo de lógica microeconômica, para tentar legitimar as relações econômicas e sociais, em substituição aos fundamentos teológicos que justificavam as relações existentes nas sociedades pré-capitalistas.

Com o desenvolvimento do capitalismo, através da evolução dos seus fundamentos econômicos, inicialmente com o liberalismo clássico, em seguida com a escola neoclássica e atualmente com o neoliberalismo regulador, cujas bases de garantia da propriedade privada e livre comércio se perpetuam, erigiu-se uma sociedade na qual os valores morais se confundem com o desenvolvimento de uma racionalidade vinculada à perspectiva econômica individual, o que reflete na ideologia incorporada no ideário coletivo e, conseqüentemente, no ordenamento jurídico.

É de se ressaltar, todavia, que a evolução da formação de determinada ideologia, que em grande parte reflete os interesses de determinadas classes sociais, não ocorre de forma linear, pois, há uma multiplicidade de variações dentro de cada sociedade e em cada período evolutivo de cada uma delas, apesar de que, com o fenômeno da globalização, observa-se uma forte tendência de massificação e uniformização desse fenômeno, principalmente, através da hegemonia do neoliberalismo regulador.

Com supremacia dos aspectos econômicos individuais sobre os demais valores sociais, a partir do momento que a base da civilização é elevada à garantia da propriedade privada e da livre iniciativa, conforme defendido pelos teóricos liberais clássicos e posteriormente pelos reguladores, e uma vez incorporada essa ideologia econômica dentro da sociedade, o ordenamento jurídico e social passa a refletir os interesses da classe dominante capitalista, defensora dessa ideologia econômica e social, passando os ordenamentos jurídicos a serem utilizados como instrumento de manutenção dos interesses dessas classes.

E, é sob essa perspectiva do *“direito como um fenômeno decisório, um instrumento de poder, e a ciência jurídica como uma tecnologia”* (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 22), que verificaremos como as forças desenvolvidas pelos titulares do poder econômico, este

entendido como fator real de poder, na perspectiva de Ferdinand Lassale (2001), exercem influência sobre o ordenamento jurídico, utilizando-o como mecanismo de defesa de seus interesses.

Na Sociedade dominada pela concepção do *homo faber*, a troca de produtos transforma-se na principal atividade política. Nela os homens começam a ser julgados não como pessoas, como seres que agem, que falam, que julgam, mas como produtores e segundo a utilidade de seus produtos. Aos olhos do *homo faber*, a força do trabalho é apenas um meio de produzir um objeto de uso ou um objeto de troca. Nessa sociedade, na sociedade dominada pela ideia de troca, o direito passa a ser considerado como um bem que se produz. É a identificação do *jus* com a *Lex*. O bem produzido por meio da edição de normas constitui então um objeto de uso, algo que se tem, que se protege, que se adquire, que pode ser cedido, enfim, que tem valor de troca. Ora, como no mercado de trocas os homens não entram em contato diretamente uns com os outros, mas com os produtos produzidos, o espaço da comunicação do *homo faber* é um espaço alienante, porque de certa maneira exclui o próprio homem. O homem nesse espaço mostra-se por meio de seus produtos. Esses produtos são as coisas que ele fabrica ou as máscaras que ele usa. Em consequência disso, no mundo do *homo faber* o direito, transforma-se em produto, também se despersonaliza, tornando-se mero objeto. O direito considerado como objeto de uso é o direito encarado como conjunto abstrato de normas, conjunto abstrato de correspondentes direitos subjetivos, enfim, o direito objeto de uso é um sistema de normas e direitos subjetivos constituídos independentemente das situações reais ou pelo menos considerados independentemente dessas situações reais, mero instrumento de ação do homem sobre o homem. Está aí a base de uma concepção que vê no direito e no saber jurídico um sistema neutro que atua sobre a realidade de forma a obter fins úteis e desejáveis. (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 25-26).

O ordenamento jurídico passa, então, a ser objeto de manipulação dos interesses daqueles que possuem expressão de poder dentro da sociedade que, na perspectiva da sociedade, após o surgimento das relações econômicas capitalistas, representam a classe detentora do poder econômico. Nada mais interessante para os que possuem o poder econômico, a instituição de uma ética social puramente econômica e individualista, pois “numa sociedade de consumo, os homens passam a ser julgados, todos, segundo as funções que exercem no processo de trabalho e de produção social” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 27), o que privilegia os interesses daqueles que são os titulares do poder econômico³⁹.

Vale ressaltar que não temos a pretensão de elaborar um aprofundamento teórico sobre a origem do Direito e de sua evolução, desde a Antiguidade até os dias atuais, visto que seria necessário o desenvolvimento de um estudo específico somente para a apreciação do assunto. Cuidaremos tão somente de uma breve análise da formação da ideologia econômica capitalista, da influência que ela exerce sobre o Direito brasileiro, tanto em seu discurso de

³⁹ “Nos países capitalistas industrializados, a riqueza e o poder econômico determinam o poder político, e os detentores do poder jamais se dispuseram a sacrificá-lo para salvar o sistema econômico.” (HUNT; SHERMAN, 2010, p. 189).

criação, quanto em seu discurso de aplicação, e como a ideologia capitalista (neo)liberal reguladora tem se tornado hegemônica, bem como quais são as teorias antagônicas ao liberalismo e suas vertentes, tentando identificar a ideologia adotada pela Constituição brasileira de 1988, partindo da perspectiva de que a Constituição é a lei maior e pressuposto de toda a formação e aplicação do ordenamento jurídico.

3 CONSTITUCIONALISMO E ORDEM ECONÔMICA (DISCURSO DE CRIAÇÃO – ARENA POLÍTICA)

Analisado o conceito de ideologia, a evolução da ideologia econômica na história moderna da humanidade e a relação da ideologia econômica com o Direito, cumpre-nos desenvolver as noções de como ocorre a incorporação de um conjunto de ideias relacionadas aos interesses de certas pessoas, integrantes de determinada(s) classe(s) social(is) ao ordenamento jurídico.

Para o desenvolvimento desse raciocínio, primeiramente, é necessário o enfrentamento das noções relativas às ideias de constitucionalismos, analisando suas origens, perspectivas dentro das estruturas sociais modernas e pós-modernas, seu desenvolvimento, o enfrentamento do(s) significado(s) da(s) Constituição(ões), seu objeto, conteúdo, sua finalidade, enfim, analisar a noção de constitucionalismo e Constituição, sobretudo quanto ao conteúdo econômico desta última, que refletirá a(s) ideologia(s) econômica(s) em seu texto.

3.1 Noções elementares sobre a ideia de constitucionalismo

A ideia de governo limitado para a garantia de direitos dos integrantes da sociedade e da organização política e administrativa de uma comunidade remonta à Antiguidade, mas ganha relevo e importância com o desmoronamento do sistema político medieval, a partir das revoluções burguesas do século XVIII, com a instituição de cartas escritas, documentos legislativos denominados Constituição, apesar da possibilidade de existência de uma Constituição, sem que haja um documento escrito, como é o caso da Inglaterra, Estado que já possuía limitações ao poder monárquico, através de enraizadas convicções da comunidade política e dos costumes sociais a que se submetiam os governantes (CARVALHO, 2014, p. 252), desde a Magna Carta de 1215. Segundo Dalmo de Abreu Dallari (2013)

Os constitucionalistas, que estudam com profundidade o problema da origem das constituições, apontam manifestações esparsas, semelhantes, sob certos aspectos, às que se verificam no Estado Constitucional moderno, em alguns povos da Antiguidade. Assim é que LOEWENSTEIN sustenta que os hebreus foram os primeiros a praticar o constitucionalismo, enquanto ANDRE HAURIOU é absolutamente categórico ao afirmar que ‘o berço do Direito Constitucional se encontra no Mediterrâneo oriental e, mais precisamente, na Grécia’, havendo ainda quem dê primazia ao Egito. Entretanto, o próprio HAURIOU falou no ‘caráter ocidental do Direito Constitucional’, explicando, como todos os que admitem o constitucionalismo na Antiguidade, que, com a queda de Roma, houve um hiato

constitucional, que só iria terminar com o Estado moderno. (DALLARI, 2013, p. 197).

A ideia de constitucionalismo está centrada na instituição de regras que permitam estabelecer limites aos prováveis arbítrios daqueles que estão investidos de poder de regência dos assuntos da sociedade. Trata-se da instituição de um sistema político que reflita um governo de leis, ao contrário do governo de homens, evidenciando a racionalidade do direito, em contraponto às justificativas teológicas do poder.

Assim como todas as expressões existentes na linguagem, o termo constitucionalismo, surgido a partir do século XVIII, possui diversas significações, dependendo da perspectiva adotada (sociológica, política, jurídica etc.) e de seu uso na linguagem, sendo tarefa impossível a prévia compreensão da expressão fora de um contexto específico, mesmo porque, nas lições de Dalmo de Abreu Dallari (1995, p. 170) e de José Joaquim Gomes Canotilho (2002), apesar de este último ser mais simpático à utilização da expressão “*movimentos constitucionais*”, há a defesa da existência de vários constitucionalismos, de acordo com as características de cada Estado.

Apesar das diversas abordagens teóricas que esclarecem a noção da expressão constitucionalismo, pode-se afirmar, numa perspectiva de uma teoria normativa da política, sob as bases das prevaletentes teorias do Estado desenvolvidas pela doutrina jurídica atual, que o constitucionalismo evidencia-se como movimento político-social, objetivando limitar o poder arbitrário, através do estabelecimento de um conjunto de normas, definindo uma ordem constitucional a ser seguida por determinado povo, em determinado território, ou seja, o enquadramento do Estado num sistema normativo fundamental⁴⁰ que estabelece os elementos fundantes da convivência em sociedade.

O termo *constitucionalismo* apresenta vários significados. Embora se enquadre numa perspectiva jurídica, tem alcance sociológico. Em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado. De qualquer modo, o constitucionalismo não pode ser entendido senão integrado com as correntes filosóficas, ideológicas, políticas e sociais dos séculos XVIII e XIX (CARVALHO, 2014, p. 251-252).

⁴⁰ “O Estado Constitucional, no sentido de Estado enquadrado num sistema normativo fundamental, é uma criação moderna, tendo surgido paralelamente ao Estado Democrático e, em parte, sob a influência dos mesmos princípios.” (DALLARI, 2013, p. 197).

Sinteticamente, Luís Roberto Barroso (2012) esclarece que o “*constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais*” (BARROSO, 2012, p. 25), sugerindo uma ideia de ordem pré-estabelecida, a ser seguida por todos os integrantes da sociedade, governantes e governados, reivindicando um equilíbrio entre o exercício do poder pelos governantes e a garantia de direitos dos governados.

Com base ainda nos ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari (1995), “*aí estão os três grandes objetivos, que, conjugados, iriam resultar no constitucionalismo: a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder*” (DALLARI, 1995, p. 169). E, como esse movimento do constitucionalismo coincide com a ascensão da classe burguesa, as primeiras cartas constitucionais acabaram por incorporar a maioria de seus interesses, propiciando a implementação do liberalismo político, através da democracia representativa, paralelamente ao liberalismo econômico, defensor da mínima atuação do Estado em assuntos econômicos.

O constitucionalismo surge com a ideia de declaração de direitos e controle judicial de constitucionalidade (MENDES, 2011, p. 19), sob forte influência do modelo político liberal⁴¹ eclodido com as revoluções burguesas na Europa do século XVIII e a declaração de independência norte-americana.

Essa ideia de limitações dos poderes do Estado do constitucionalismo moderno surge com forte carga ideológica, propiciando o desenvolvimento do Estado Liberal, com ênfase no desenvolvimento de textos formais garantidores da limitação da autoridade governativa, através da técnica da separação de poderes, desenvolvimento de uma democracia representativa e declaração formal de direitos, que nem sempre atendiam às necessidades existentes na realidade social. Dentro dessa perspectiva, posta-se o posicionamento do Prof. Eros Roberto Grau

Insisto, neste ponto, em que a ideia de “intervenção” tem como pressuposta a concepção da existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil. Então, ao “intervir”, o Estado entraria em campo que não é o seu, campo estranho a ele, o da sociedade civil – isto é, o mercado. Essa concepção é, porém, equivocada. Família, sociedade civil e Estado são manifestações que não se anulam entre si,

⁴¹ “[...] surgindo num momento em que a doutrina econômica predominante era o liberalismo, incorporou-se o constitucionalismo ao acervo de ideias que iriam configurar o liberalismo político. Este, por sua vez, expandiu-se como ponto de convergência das lutas a favor dos direitos e da liberdade do indivíduo. Dessa forma, em alguns Estados o constitucionalismo foi instrumento de afirmação política de novas classes econômicas, enquanto que, em outros, foi a mera expressão de anseios intelectuais, nascidos de um romantismo político sem caráter utilitarista.” (DALLARI, 1995, p. 170).

manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens. (GRAU, 2012, p. 21).

O desenvolvimento teórico do constitucionalismo liberal obteve êxito na construção de um significado para o termo Constituição incorporado na linguagem jurídica moderna, como expressão de uma técnica de organização do poder aparentemente neutra, entretanto

[...] encobria ela, em profundidades invisíveis, desde o início, a ideia-força de sua legitimidade, que eram os valores ideológicos, políticos, doutrinários ou filosóficos do pensamento liberal. O liberalismo fez, assim, com o conceito de Constituição aquilo que já fizera com o conceito de soberania nacional: um expediente teórico e abstrato de universalização, nascida de seus princípios e dominada da historicidade de seus interesses concretos. De sorte que, exteriormente, a doutrina liberal não buscava inculcar a *sua* Constituição, mas o artefato racional e lógico, aquele que a vontade constituinte legislava como conceito absolutamente válido de Constituição, aplicável a todo o gênero humano, porquanto iluminado pelas luzes da razão universal. Aquilo que, como produto revolucionário, fora tão somente do ponto de vista histórico, a Constituição de uma classe se transformava pela imputação dos liberais no conceito genérico de Constituição, de todas as classes [...] (BONAVIDES, 2014, p. 35).

E é por conta da constatação dessa hegemonia da ideologia de uma classe social, que o constitucionalismo não pode andar afastado da democracia, instituto que, apesar de também possuir diversas significações teóricas e ideológicas, em sede introdutória, pode-se afirmar que “*traduz a ideia de soberania popular, governo do povo*” (BARROSO, 2012, p. 25).

Partindo-se do pressuposto de que o titular do poder constituinte é o povo, o texto produzido e interpretado/aplicado deverá refletir os anseios gerais do titular desse poder, devendo nele constarem os valores fundamentais que informam os comportamentos sociais, sendo ilegítima a Constituição que reflete, simplesmente, os interesses de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos divorciados dos interesses do povo a que a Constituição se vincula (DALLARI, 1995, p. 172).

Com a crise social durante o século XX, especialmente nos períodos pós-guerras, essa noção de Constituição elaborada sobre os pressupostos do liberalismo clássico sofreu transformações, surgindo novas declarações de direitos, em substituição ao substrato individualista dos textos constitucionais até então instituídos. Surge, portanto, a necessidade do desenvolvimento de um constitucionalismo plural, pós-moderno, de acordo com a realidade do século XXI, que incorpora os anseios, não somente de uma classe social, mas de todas as demais classes que compõem a sociedade, através, principalmente, da garantia de valores sociais pelos textos constitucionais.

E a partir dessas necessidades sociais plurais, defende Luís Roberto Barroso que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, inaugurou uma nova ordem constitucional, estabelecendo uma “*estabilidade institucional*” (BARROSO, 2012, p. 26) garantidora dos mais diversos interesses existentes na sociedade brasileira, além de ter incorporado diversos conteúdos, tais como o orgânico, administrativo, ambiental, financeiro, tributário e econômico, para ficarmos tão somente naqueles que regem a atuação do Estado.

Importante é o registro do movimento doutrinário de defesa daquilo que se denomina, atualmente, neoconstitucionalismo surgido em fins do século XX e início do século XXI, a partir da perspectiva do constitucionalismo social, incorporando o que Kildare Gonçalves Carvalho (2014, p. 258) denomina constitucionalismo fraternal e de solidariedade. Partindo de um novo modelo de constitucionalismo que tenta ultrapassar o positivismo jurídico, o autor defende o início da formação de um direito pós-moderno que, segundo ele, sai do universo das certezas para a apreensão da complexidade do real, buscando a construção de um modelo constitucional democrático, do qual emerge a supremacia da Constituição através da verdade, em contraponto às falsas promessas feitas pelos modelos constitucionais até então vigentes, da solidariedade dos povos, da continuidade e integridade dos precedentes, da participação democrática e da universalização dos direitos fundamentais, além da ideia de *good governance*, que estabelece o princípio da condução responsável dos assuntos do Estado.

De toda forma, não desconsiderando a importância do debate acerca do desenvolvimento da teoria do (neo)constitucionalismo, aqui, nos interessará o conteúdo normativo constitucional, notadamente, econômico, para que possamos analisar a ordem estabelecida, apurando a ideologia constitucionalmente adotada, as alterações sofridas, desde a promulgação da Constituição vigente até os dias atuais, e, se é possível relacionar as mudanças com as ideologias econômicas já apresentadas no capítulo anterior, confirmando-se, ou não, a hipótese de que o atual modelo de ordenamento jurídico vigente no Brasil está a serviço dos interesses de determinados grupos (ou classes, na perspectiva marxista) existentes dentro da sociedade.

3.2 A formação e identificação da Teoria da Constituição Econômica

Estabelecida a premissa de que o constitucionalismo, enquanto movimento social e político, define limites aos poderes exercidos dentro do Estado e garante direitos aos governados, cumpre-nos o estudo da Constituição, mais precisamente a Constituição da

República Federativa do Brasil de 1988, que, de forma analítica, prescreveu um grande conjunto de direitos e garantias, dentre eles os de natureza econômica.

Em virtude do termo Constituição não possuir um sentido unívoco, adiantamos que não teremos a pretensão de desenvolver todos os aspectos que compõem sua teoria, tendo em vista a vastidão e complexidade do assunto. Nesta dissertação, atemo-nos ao caráter normativo do texto constitucional, a partir das escolhas políticas realizadas pelo poder constituinte originário brasileiro, numa perspectiva material de Constituição, ou seja, “*um conjunto de normas em que se percebe o caráter constitucional a partir de seu conteúdo, de sua matéria*” (OMMATI, 2014, p. 10), conjugado com seu aspecto formal e rígido, isto é, corporificado num texto legislativo que rege a vida em comunidade, com procedimentos dificultosos de alteração, que garante a estabilidade do sistema jurídico e social.

Nos apoiaremos, também, nas classificações das Constituições formuladas por Eros Roberto Grau em estatutária ou orgânica, as quais “*se bastam em definir um estatuto do poder, concebendo-o como mero ‘instrumento de governo’, enunciadoras de competências e reguladoras de processos*” (GRAU, 2012, p. 75), e nas Constituições diretivas ou programáticas que

enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados. Elas, pois, as que se transformam em um “plano normativo-material global, que determina tarefas, estabelece programas e define fins”; não compreendem tão somente um “estatuto jurídico do político”, mas sim, um “plano global normativo” do Estado e da sociedade (GRAU, 2012, p. 75).

Apesar do que possa parecer, não partiremos de uma análise meramente descritiva, positivista e exegética do texto constitucional, desconsiderando os valores existentes na sociedade, dentro do próprio texto e dos ideais de justiça. Tentaremos apresentar uma perspectiva diversa, levando-se em consideração todos os valores incorporados ao texto constitucional, notadamente os valores relativos à dimensão econômica do texto, que congrega diversas ideologias econômicas, conforme tentaremos desenvolver adiante.

No auge do liberalismo econômico, ao final do século XIX e início do século XX, as Constituições refletiam os interesses da elite econômica e política dominante da época, com forte ênfase às limitações aos poderes do Estado, garantias dos direitos e liberdades individuais, Constituições estas classificadas como liberais, nas quais a defesa da mínima intervenção estatal em assuntos econômicos prevalecia. Apesar de não haver menção expressa de dispositivos constitucionais a respeito de aspectos econômicos e sociais, o simples fato de os textos garantirem a liberdade de iniciativa e a propriedade privada, já eram evidências da

presença da dimensão econômica. Contudo, conforme análise da evolução do pensamento econômico desenvolvida no capítulo anterior, com a extrema exploração do trabalho humano pelo capital, nesta mesma época, eclodiram movimentos sociais que reivindicavam melhores condições para as camadas sociais menos favorecidas economicamente, situação contemplada nas alterações promovidas nos textos constitucionais posteriores.

É uníssono, na doutrina que, a partir da Carta de Weimar (1919), e mesmo antes na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição Russa de 1918, as Constituições passaram a reconhecer direitos sociais para as classes menos favorecidas economicamente, com os textos absorvendo dados econômicos, impondo-os ao tratamento jurídico (SOUZA, 2002, p. 03). Para a análise da incorporação do fato econômico ao ordenamento jurídico, partiremos da precursora obra do Prof. Washington Peluso Albino de Souza, introdutor do tema e primeiro a ocupar a cadeira de Direito Econômico da Universidade Federal de Minas Gerais, primeira escola do Brasil a incluir em seu currículo esta disciplina (CLARK, 2012, p. 144).

Desde então, construiu-se a compreensão de que os textos constitucionais teriam que se exorbitar da esfera eminentemente política, pois, as manifestações do poder econômico não mais caberiam, exclusivamente, aos particulares, conforme definições anteriores nas constituições burguesas. Segundo o Prof. Washington Peluso Albino de Souza, o termo Constituição Econômica já era conhecido desde os fisiocratas, precursores do liberalismo clássico, sendo que as Constituições do século XX absorveram o tema econômico de forma clara e expressa⁴², independentemente das ideologias a que refletiam.

Sem levar em conta a ideologia política e econômica, seja das Constituições com a previsão de ideologia liberal, do Estado supostamente abstencionista, sejam as Constituições sociais, com o aumento da presença da atuação do Estado no domínio econômico, seja, ainda, no Estado Democrático de Direito com suas ações reguladoras, todos os textos constitucionais não se furtaram a versar sobre as políticas econômicas (CLARK, 2013).

Desenvolvendo a ideia de Constituição Econômica, Souza esclarece que ela

exige tratamento por prisma interdisciplinar, afastando-se do exclusivismo de certas posições do constitucionalismo conservador, e recorrendo ao texto constitucional em

⁴² Segundo o Prof. Washington Albino Peluso de Souza (2002) “As Constituições do século XX já se preocupam com as relações de forças econômicas, com técnicas intervencionistas do Estado e com a ampliação, ou com a socialização dos direitos dos cidadãos. Esmein retrata estes poderes com grande felicidade, dizendo que as do século XIX eram Constituições Políticas, enquanto as do século XX, eram Constituições Econômicas. Alguns autores não receiam em afirmar que se procedeu a maior revolução do Direito Público, por força da ‘Constituição de Weimar’, de 11.08.1919, na qual o termo ‘econômico’ foi contemplado. E o próprio Ruy Barbosa teria afirmado que ‘as Constituições são consequência da irresistível expansão econômica do mundo’.” (SOUZA, 2002, p. 06).

busca do embasamento jurídico das medidas de “política econômica”, no caso específico do Direito Econômico (SOUZA, 2002, p.3- 04).

Incorporada ao texto constitucional, a dimensão econômica do Estado emerge, através de normas com *status* de Lei Superior, ou seja, de Lei Fundamental, fonte de todo o restante do ordenamento jurídico de que disponha sobre a matéria, assim como orientadora de todas as medidas econômicas tomadas pelos órgãos estatais na busca pela efetivação dos valores também previstos na Constituição.

As Constituições Econômicas, originariamente, surpreenderam negativamente os conservadores constitucionalistas de linha liberal, destaca Washington Peluso Albino de Souza (2003), ao consagrarem a projeção ampliada das funções estatais sobre o domínio econômico, surgindo, a partir daí, o que até hoje se denomina intervenção do Estado, com a resistência de que tal atuação estatal deveria ocorrer somente como exceção ao desenvolvimento da atividade econômica pela iniciativa privada. Os textos constitucionais capitalistas posteriores à Carta de Weimar adotaram a tese da ação do Estado empresário, como complemento da ação administrativa direta, instituindo-se, a partir daí, a figura da empresa estatal (as ditas Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas), como tentativa de preservação do abstencionismo estatal, dispensando a elas o mesmo tratamento jurídico das pessoas jurídicas de direito privado.

A partir da perspectiva do poder em si, e admitindo-se como atuantes e detentores do poder econômico, no período durante o qual prevaleceu o liberalismo econômico, os textos constitucionais acabaram por atribuir a supremacia da esfera privada sobre a pública, garantindo a manutenção dos poderes econômico e político adquiridos por uma classe específica.

As Constituições liberais, portanto, encarnavam a proteção do poder econômico privado e a manutenção do *status quo*, e com o desenvolvimento de outras ideologias econômicas que contrapunham o liberalismo, com a defesa da necessidade de ampliação do poder econômico público, houve, conseqüentemente, a redefinição do modelo constitucional, através da Constituição Econômica, que tendia a oferecer tratamento equidistante entre o poder econômico privado e o poder econômico público, na busca da concretização de valores sociais e redução de desigualdades.

As Constituições Econômicas estabelecem, portanto, uma ordem fundamental da economia, nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho (2002), através de um conjunto de disposições que regem a atividade econômica dos agentes econômicos públicos e privados.

José Joaquim Gomes Canotilho, desenvolvendo as noções de Constituição Económica, através da Constituição portuguesa, ensina que

Utilizaremos aqui o termo de constituição económica no seu sentido restrito, ou seja, o conjunto de disposições constitucionais – regras e princípios – que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia. A Constituição, em estreita conexão com o princípio democrático (nas suas dimensões, política e económica), consagrou uma <<constituição económica>> que, embora não reproduza uma <<ordem económica>> ou um <<sistema económico>> <<abstracto>> e <<puro>>, é fundamentalmente caracterizada pela ideia de democratização económica e social. Neste contexto, o âmbito de liberdade de conformação política e legislativa aparece restringindo directamente pela Constituição: a política económica e social a concretizar pelo legislador deve assumir-se *política de concretização dos princípios constitucionais* e não uma política totalmente livre, a coberto de uma hipotética <<neutralidade económica>> da Constituição ou de um pretensio mandato democrático da maioria parlamentar. Por outras palavras: o princípio da democracia social e económica, quer na sua configuração geral, quer nas concretizações concretas, disseminadas ao longo da Constituição, constitui um *limite* e um *impulso* para o legislador. Como *limite*, o legislador não pode executar uma política económica e social de sinal contrário ao imposto pelas normas constitucionais; como *impulso*, o princípio da democracia económica e social exige positivamente ao legislador (e aos outros órgãos concretizadores) a prossecução de uma política em conformidade com as normas concretamente impositivas da Constituição. Esta política, como demonstra J. Rawls, tanto pode ser de cariz liberal-social (não socialista) como de natureza social-democrata (com alguns acenos socializantes), desde que se proponha satisfazer as expectativas dos menos favorecidos em condições de uma justa igualdade de oportunidades. (CANOTILHO, 2002, p. 345-346).

Diante das profundas transformações sociais ocorridas durante o século XX e início do século XXI, as Constituições não poderiam ficar alheias à realidade dos fatos, tendo em vista que envolvem o próprio fundamento da ordem jurídica, surgindo, então, a necessidade de ampliação do espaço de domínio constitucional (SOUZA, 2002, p. 104), partindo-se do pressuposto de que a Constituição é a norma fundamental e de maior relevo hierárquico no ordenamento jurídico, e normalmente, reflete a ideologia política prevalecente, adotando uma Ordem Jurídico-Política. Através do mesmo raciocínio, Washington Peluso Albino de Souza (2002), considerando o fato económico, defende a existência de uma Ordem Jurídico-Político-Económica, através da constitucionalização do económico. E, na Constituição Económica definem-se os fundamentos e princípios da política económica que deverá estar regulamentada na legislação infraconstitucional.

E essa ideia de ordem referente ao todo social vem desde os fisiocratas, a partir da ideia da sociedade como um organismo vivo, de defesa do governo da natureza, concebida por François Quesnay (1694) em obra já mencionada no capítulo anterior, que lançou bases fundamentais para a formação do pensamento político e económico liberal, pois, o autor francês influenciou, profundamente, a obra do inglês Adam Smith, precursor do liberalismo

clássico. Surgidas juntamente com as ideias iluministas, as ideias fisiocratas⁴³ preparam o terreno para a consagração de dogmas criados pelo liberalismo, como a ideia de propriedade privada e a ordem natural das relações sociais, e com a mínima intervenção do Estado na atividade econômica, abrindo caminhos para a construção das teorias de defesa da liberdade individual.

Washington Peluso Albino de Souza (2002) destaca o fato de que mais importante do que o pioneirismo científico dos fisiocratas, desprezado por muitos autores contemporâneos a eles, é a virtude de terem dado tratamento simbiótico aos valores políticos, econômicos e jurídicos, preparando as bases para a formação da Constituição Econômica, da forma como foi concebida, posteriormente. E a defesa do abstencionismo estatal em assuntos econômicos, longe de ser a defesa de uma “indiferença” do Estado com relação a estes temas, é, na realidade, a definição de uma política econômica baseada na nascente ideologia liberal, pois, as Constituições liberais, originariamente, não desconheciam a dinâmica interna das forças econômicas nas sociedades, evidenciando-se, portanto, a simbiose ideológica da Ordem Jurídico-Político-Econômica.

A ideia de “Ordem Natural”, como expressão da “estrutura” social que se traduziria na “Constituição”, tomando-se esta, quer no sentido de reunião harmônica de partes, quer no posterior sentido de “Ordem” dos elementos harmonizados pelo Direito para o funcionamento dessa mesma sociedade, é indispensável na configuração das Constituições, independentemente das ideologias que adotem. Do mesmo modo, o tratamento dado ao “direito” de “propriedade” e ao de “liberdade” receberá colorido ideológico variável, porém a sua presença como preocupação jurídica, ali foi alicerçada, marcando o alto significado da posição dos Fisiocratas para o entendimento da Constituição Econômica (SOUZA, 2002, p. 20-21).

Portanto, sem sombra de dúvidas, constata-se a presença do condicionamento econômico no discurso constitucional moderno, principalmente, a partir do século XVIII, representando as forças políticas que defendem suas posições e seus interesses ideológicos, conforme a evolução das relações econômicas e sociais de cada período da história do pensamento político e econômico.

⁴³ O Professor Washington Peluso Albino de Souza (2002) destaca a importância dos fisiocratas na formação da ideia de Constituição Econômica, apontando que: “Uma primeira anotação deve ser consignada, nesse sentido, embora os iniciados no seu conhecimento a dispensem. É muito comum dizer-se que a Constituição Econômica teve o seu primeiro registro na literatura econômica, pois foi título de capítulo da obra do Abade Beaudeau, fisiocrata considerado um dos destacados elementos do grupo dos denominados ‘economistas’. Se engano existe em tal apreciação da obra desse grupo, deve ser atribuído ao fato de que o termo não continha o sentido qualificativo dos dias atuais, e os seus componentes se autodenominaram ‘economistas’, com o que introduziram o tema econômico quer nas concepções políticas, quer também nas jurídicas.” (SOUZA, 2002, p. 18-19).

Constatando-se a existência da denominada Constituição Econômica⁴⁴, é importante verificar os elementos que a identificam. Seguindo a boa doutrina pioneira de Washington Peluso Albino de Souza (2002), a Constituição Econômica é considerada uma subdivisão do gênero de escrita Constituição, ao lado de outras como a social, financeira, ambiental e demais, sendo submetida a todas as características e elementos conceituais da Constituição em geral, possuindo a peculiaridade de reunir os valores jurídicos, políticos e econômicos, constituindo-se na presença do elemento econômico no texto constitucional, integrando-se na ideologia definida na Constituição, e a partir dela são estabelecidos os fundamentos e princípios para a definição das políticas econômicas e sociais a serem definidas pela legislação infraconstitucional.

3.3 A(s) Constituição(ões) Econômica(s) brasileira(s) – surgimento e evolução

Até a declaração da independência em 7 de setembro de 1822, o Brasil se submetia ao ordenamento jurídico do Império Português, tendo em vista que, até a mencionada data, o território brasileiro era colônia de Portugal, apesar de o governo imperial ter se estabelecido em terras brasileiras por mais de uma década, a partir da chegada de D. João VI ao Brasil em 1808, juntamente com a corte portuguesa, após famosa fuga empreendida, diante da ameaça de invasão do território português, naquele mesmo ano, pelas tropas de Napoleão Bonaparte.

Mas, a declaração da independência política, notadamente a partir da primeira Constituição brasileira, de 25 de março de 1824 (BRASIL, 1824), inicia-se o processo de implementação do sistema político-constitucional brasileiro, que abarcou a ideologia política e econômica incorporada ao ideário coletivo da sociedade da época, sofrendo mutações posteriores, de acordo com as transformações da própria sociedade, tendo em vista as repercussões sensíveis que afetam os textos constitucionais instituídos ao longo da história do ordenamento jurídico brasileiro.

⁴⁴ Eros Roberto Grau (2012) nos apresenta diversas definições de Constituição Econômica a partir da perspectiva de vários autores: “Conceituar-se-á, então, como ‘conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica’ (Vital Moreira); ou, definida a partir de sua função, como ‘formada pelo ordenamento essencial da actividade económica – contendo os princípios e as normas essenciais ordenadoras da economia, dos quais decorrem sistematicamente as restantes normas da ordem jurídica da economia’ (Antônio L. Sousa Franco). Dela se dis que ‘restringe-se ao essencial do Direito da Economia, aos seus princípios gerais’ (Antônio Menezes Cordeiro); e que dela ‘fazem parte os princípios mediante os quais se garante e define a estrutura duma certa economia (constituição estatutária)... e, bem assim, o seu modo de funcionamento, organização e orientação (constituição directiva)’ (Simões Patrício).” (GRAU, 2012, p. 77).

Considerando o fato de que em todas as Constituições vigentes no Brasil, da primeira outorgada em 1824, à promulgada em 5 de outubro de 1988, ainda em vigor, o fato econômico foi levado em consideração, insta-nos a tarefa de identificar, através das lições do Prof. Washington Peluso Albino de Souza, os termos ideológicos de destaque em cada texto para que, em seguida, possamos realizar o estudo do texto atualmente em vigor e apontar a ideologia por ele adotada.

A primeira Constituição brasileira de 25 de março de 1824, a denominada Constituição Imperial, consolidou a independência política brasileira e incorporou, em termos de política econômica, a ideologia liberal, que já vinha vigorando, por meio da obediência do ordenamento jurídico português, e seguindo a orientação da Inglaterra, origem do liberalismo clássico, engendrado por Adam Smith, que exerceu forte influência política e econômica, no Brasil da época.

O texto constitucional garantiu a manutenção da escravatura que já existia sob o ordenamento português e, também conservou a exclusão do escravo da condição de cidadão, desconsiderando-o como sujeito de direito, apesar de esse conjunto de pessoas representar a maior força de trabalho no desenvolvimento das atividades econômicas brasileiras em geral.

O protagonismo político das pessoas detentoras do poder econômico foi expressamente reconhecido pelo texto constitucional de 1824, havendo a previsão de condição econômica mínima ou ofício específico para o exercício dos direitos políticos negativos e positivos, conforme previsão do art. 94 e seguintes⁴⁵. Segundo observações de Souza “*Os direitos civis e políticos individuais tinham por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (art. 179), sendo o direito de propriedade garantido em toda a sua plenitude, mas se admitindo a desapropriação mediante indenização (art. 179, XII)*” (SOUZA, 2003, p. 210), o que refletia os interesses da elite política e econômica que conduzia o Brasil de então.

⁴⁵ “Art. 92. São excluídos de votar nas Assembléas Parochiaes. I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras. II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos. III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas. IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Communitate claustral. V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos. Art. 93. Os que não podem votar nas Assembléas Primarias de Parochia, não podem ser Membros, nem votar na nomeação de alguma Autoridade electiva Nacional, ou local. Art. 94. Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Provincia todos, os que podem votar na Assembléa Parochial. Exceptuam-se I. Os que não tiverem de renda liquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego. II. Os Libertos. III. Os criminosos pronunciados em queréla, ou devassa. Art. 95. Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se I. Os que não tiverem quatrocentos mil réis de renda liquida, na fórmula dos Arts. 92 e 94. II. Os Estrangeiros naturalizados. III. Os que não professarem a Religião do Estado.” (BRASIL, 1824).

É possível verificar, portanto, diversos dispositivos relacionados ao conteúdo econômico da Constituição de 1824, mas carecia ela de uma maior sistematização, apesar de restar bem caracterizada, em seu texto, a ideologia liberal, através da garantia da propriedade e da liberdade de iniciativa dos homens livres.

Depois de mais de seis décadas de vigência da Constituição imperial, foi publicada a primeira Constituição republicana brasileira, em 24 de fevereiro de 1891 (BRASIL, 1891), que consagrava o regime republicano federativo, mas permanecia adotando os elementos tradicionais da ideologia liberal, relativamente à Constituição Econômica.

Apesar da instituição da federação, a União reservava para si grande parte das competências constitucionais, notadamente, aquelas relativas à arrecadação de tributos, gestão e controle do comércio internacional e do sistema financeiro e monetário. Com relação à atividade econômica, a Constituição também impunha à União a competência para estimular o desenvolvimento econômico⁴⁶, prevalecendo, contudo, a garantia do direito quase absoluto de propriedade⁴⁷ e da liberdade de iniciativa⁴⁸.

Com a deflagração da Revolução de 1930, o Brasil passou por um período no qual o ordenamento constitucional era regido por medidas editadas pelo Governo Provisório. Porém, o período entre 1930 e 1934 foi pródigo em matéria de legislação econômica, tendo em vista a forte alteração ideológica promovida pelo mencionado governo. Segundo Washington Peluso Albino de Souza (2003),

Em verdade, este foi um dos períodos mais férteis da legislação econômica. Por meio de decretos-leis suficientemente fundamentados, foram lançadas as bases da passagem do Liberalismo das Cartas anteriores para o Neoliberalismo⁴⁹ das

⁴⁶ “Art 35 - Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: 1º) velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de caráter federal; 2º) animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais; 3º) criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados; 4º) prover a instrução secundária no Distrito Federal.” (BRASIL, 1891)

⁴⁷ “Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...]” (BRASIL, 1891)

⁴⁸ “Art.72 - [...] § 24. É garantido o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial.” (BRASIL, 1891)

⁴⁹ Importante o registro da diferença existente entre o pensamento do Prof. Washington Peluso Albino de Souza do restante da doutrina econômica citada neste trabalho. Para os autores que discorrem sobre a história do pensamento econômico, após o auge do Liberalismo Clássico, foram tomadas medidas econômicas pelos países capitalistas que evidenciavam uma ideologia socializante, através da instituição do Estado do Bem-Estar Social. Para o Prof. Washington, as chamadas medidas socializantes que tentaram implementar o Estado do Bem-Estar Social não passavam de medidas Neoliberais, o que ele denominou de Neoliberalismo de Regulamentação, onde admitia-se a intervenção do Estado para atender aos interesses da elite econômica da época, diferentemente do chamado Neoliberalismo de Regulação, corrente econômica que defende novamente a mínima intervenção do Estado em assuntos econômicos, com o resgate do fundamentalismo do livre mercado, devendo atuar tão somente para a correção de suas eventuais falhas. Ou seja, o que para os autores da

posteriores, que, assim, se implantava no País, inicialmente com tendência estatizante e regulamentadora. São desse período as legislação sobre juros, a estatização por meio de institutos que concentravam a atividade econômica em regulamentos e condicionavam a sua prática à política intervencionista e assim por diante. Montou-se toda uma estrutura política e econômica que ainda perdura e só começa a se esmaecer na medida em que as novas ondas liberalizantes mais acentuadas tomam força, como se demonstrou, a partir da Carta de 1988. (SOUZA, 2003, p. 212).

A vasta legislação econômica publicada no período anterior à entrada em vigor, da Constituição de 16 de julho de 1934 influenciou, sobremaneira, a elaboração da obra constitucional, facultando a apresentação de uma estrutura legislativa inteiramente nova, com a adoção, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, de uma sistematizada Constituição Econômica, através de um título próprio (Título IV – Da Ordem Econômica e Social – arts. 115 a 145) que organizou, num grupo de artigos, o tema econômico.

O Título IV, que trata “Da ordem Econômica e Social”, foi inaugurado pelo art. 115, prescrevendo que “*A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica*” (BRASIL, 1934). Observe-se que, pela primeira vez, a preocupação com a condição econômica do cidadão é elevada a *status* constitucional, o que evidenciava a promessa de grande avanço promovido pelo texto.

Com fortes tendências nacionalistas, a Constituição de 1934 promoveu forte proteção às empresas brasileiras, a separação das riquezas do subsolo da propriedade do solo, passou a regular a utilização das águas e do aproveitamento hidráulico, reconheceu os sindicatos e estabeleceu a proteção social ao trabalhador, garantindo grandes conquistas trabalhistas reconheceu, efetivamente, enfim, a importância do Poder Econômico Público.

A Constituição de 10 de novembro de 1937 foi outorgada pelo então Presidente da República, com tendência fortemente autoritária, inspirada em Golpe de Estado, que manteve a temática econômica em seu texto, sem a sistematização numerada em títulos e capítulos, mas com a titulação “Da Ordem Econômica”, excluída sua conjugação com a ordem social, expressão suprimida da titulação existente na Carta. Segundo Washington Peluso Albino de Souza (2003), esta Constituição

De feito autoritário, inspirou-se no Golpe de Estado que a consagrou. 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 (SOUZA, 2003, p. 214).

Possibilitou avanços em questões sociais, ampliando certos direitos dos trabalhadores, garantiu o desenvolvimento da iniciativa privada, apesar da ampliação da defesa do nacionalismo e algumas restrições no sistema financeiro, como a proibição da usura, necessidade de sócios brasileiros para as empresas que atuassem no mercado financeiro e limitou aos brasileiros o exercício de certas profissões liberais, restringindo, também, certas liberdades, como o direito de greve e o *lock-out*.

A Constituição de 18 de setembro de 1946 (BRASIL, 1946), estabeleceu a democracia no Brasil e a Carta adotou a técnica da Constituição Econômica, reunida em dispositivos dentro do Título V “Da Ordem Econômica e Social”, incluindo valores sociais dentro da temática economia.

O art. 145 abre o título prescrevendo que “*A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano*” (BRASIL, 1946), na tentativa de promover o equilíbrio entre valores liberais e sociais como vetores da atividade econômica brasileira, instituindo uma ideologia própria.

A Carta de 1946 garantiu a manutenção das conquistas sociais constantes nos documentos constitucionais anteriores, além de promover alguns avanços como a possibilidade de intervenção monopolística do Estado em atividade que tenha por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

A propriedade deixa de possuir um caráter absoluto e passar a estar vinculada ao bem-estar social, havendo a determinação da justa distribuição da propriedade da terra, com igualdade de oportunidade a todos. Determinou, também, a repressão de qualquer abuso do poder econômico, tendente a dominar o mercado nacional, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. Avanço importante foi, também, a modificação radical do discurso autoritário previsto na Constituição de 1937, reconhecendo-se, novamente, o direito de greve.

Antes de procedermos à análise da Constituição de 1988, merece menção a Carta outorgada em 24 de janeiro de 1967 (BRASIL, 1967) e sua posterior Emenda Constitucional de nº 1, de 17 de outubro de 1969, documentos expedidos durante o regime de governo civil/militar e autoritário no Brasil, que conduziu o Estado brasileiro de 1º de abril de 1964 à

promulgação da Carta de 05 de outubro de 1988, com enormes prejuízos à democracia e aos direitos fundamentais.

Os documentos autoritários seguiram a tradição de reunião dos temas econômicos em título único, englobando os temas econômicos e sociais no Título III, denominado “Da Ordem Econômica e Social”, estabelecendo a justiça social como fundamento da ordem econômica e prescrevendo como princípios a liberdade de iniciativa, valorização do trabalho como condição da dignidade humana, a função social da propriedade, harmonia e a solidariedade, entre os fatores de produção, desenvolvimento econômico e repressão ao uso e abuso do poder econômico⁵⁰.

Entre algumas características econômicas específicas da Carta de 1967, apontam-se o destaque à reforma agrária, a proibição de greve nos serviços públicos e atividades essenciais. Essa Constituição contemplava a intervenção do Estado no domínio econômico, em setor que não pudesse ser desenvolvido com eficiência, no regime de competição e de liberdade de iniciativa; facultou a criação de regiões metropolitanas, manteve as conquistas dos trabalhadores e garantiu o monopólio da pesquisa e extração do petróleo em território nacional.

A Constituição brasileira de 1988 não se distinguiu dos textos dos demais Estados nacionais que promulgaram suas constituições, ao final do século XX, trazendo, expressamente, em seus dispositivos, seja no título VII Da Ordem Econômica e Financeira, seja também de forma esparsa, diversos outros dispositivos que juridicizam o fato econômico, conforme veremos na subseção, a seguir.

3.4 A Constituição de 1988 e sua ideologia econômica

Através da análise dos dispositivos constitucionais da Constituição Econômica de 1988 não é possível afirmar que o texto constitucional tenha incorporado um discurso ideológico político e econômico puro, vez que os valores constitucionalmente incorporados evidenciam a defesa dos interesses das mais variadas classes sociais e econômicas, inclusive, porque, diversos agentes atuantes com concepções ideológicas conflitantes construíram, dialeticamente, o Texto democrático.

⁵⁰ “Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.” (BRASIL, 1967).

E é exatamente nessa grande diversidade de valores constitucionalmente expressos, seguindo a linha de raciocínio desenvolvido por Washington Peluso Albino de Souza, que emerge a possibilidade de leitura do texto, extraindo-se a evidência da pluralidade de ideologias econômicas. É o que defende Washington Peluso Albino de Souza (2002), afirmando que

Elementos contidos em diferentes modelos ideológicos puros, quando trazidos para o texto constitucional, tomam novo 'valor', que este lhes consigna, e cabe ao intérprete conciliá-los em atenção ao que o legislador constitucional estatui. A doutrina passou a absorver essa nova situação, caracterizando o que evoluiu, no sentido de definir como 'Constituição Plural' (SOUZA, 2002, p. 10).

Portanto, a previsão de valores que expressam ideologias distintas, quando presentes na Constituição, necessita de nova leitura e aplicação, extraindo-se delas novos significados dentro do sistema constitucional, devendo ser harmonizados na construção e interpretação das políticas públicas, inclusive, e especialmente, as de espécie econômica.

A ideologia constitucionalmente adotada é representada por *“princípios que o legislador constituinte pretenda serem fundamentos ideológicos incorporados pela Lei Magna”* (SOUZA, 2002, p. 37), ou seja, um conjunto de normas constitucionais de conteúdo econômico que serve como fundamento para a implementação de políticas econômicas, seja através da instituição das normas infraconstitucionais pelas casas legislativas competentes, seja através da aplicação do direito pelos administradores públicos e pelos tribunais (CLARK, 2013).

Entretanto, é importante deixar claro que, segundo o próprio autor, tal definição pelo Texto constitucional não é situação imutável, eis que a Constituição é organismo vivo, dependendo de sua aplicação, em certo tempo e espaço, o que se dará através de processo hermenêutico. E são as atividades de aplicação e interpretação das normas constitucionais de Direito Econômico que conciliam os valores ideológicos puros, superando pseudo antinomias e extraindo novos significados aos princípios prescritos na Constituição.

Para Washington Peluso Albino de Souza (2002), o texto constitucional é apenas o ponto de partida para a interpretação da ordem econômica. O processo de efetivação da Constituição representa, também, ciclos de abertura aos novos significados do próprio texto, em face das realidades sociais, ambientais, climáticas, econômicas e tecnológicas.

Contudo, apesar da abertura do texto e da construção dos novos significados dos princípios constitucionais econômicos, através do acontecer hermenêutico, enquanto pontos de partida, aqueles comandos compõem o núcleo intangível da Constituição brasileira, não

podendo sofrer mutilações/exclusões pelo legislador constituinte derivado, nem tampouco ter sua orientação afastada na instituição das normas infraconstitucionais. É o que propõe Souza (2002), defendendo que:

[...] os princípios constitucionais econômicos são dotados de ‘rigidez’, não podendo ser modificados pelo legislador ordinário, donde se extrai o sentido de sua ‘estabilidade’, apesar da necessidade de atender à dinâmica da vida econômica, para o que recorre a ‘princípios’ que lhes são próprios, tais como o da ‘solidariedade econômica’, o da ‘igualdade’, ou o da ‘liberdade econômica’ (SOUZA, 2002, p. 38).

Nesse sentido, as políticas econômicas podem ser instituídas dentro da própria maleabilidade e flexibilidade das normas constitucionais econômicas, que acolhem variadas ideologias políticas e econômicas, mas, deverá se submeter aos princípios constitucionais, que impõem limites e programações (mutações das realidades injustas e autoritárias), porém, impedem que uma ideologia, configurada enquanto princípios, prevaleça.

A Constituição de 1988 introduziu diversos dispositivos relacionados à matéria econômica, sistematizando-a em título próprio (Título VII), definindo os fundamentos da ordem econômica, assim como elencando diversos princípios, além de quatro capítulos.

Da leitura do artigo 170⁵¹ da Constituição, percebe-se a incorporação de valores de variadas ideologias políticas, como a propriedade privada e a livre concorrência, ambas de matrizes liberais; além delas, incorporaram-se a: função social da propriedade, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução de desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e o tratamento favorecido a empresas de pequeno porte e os valores socializantes. Dessa forma construiu-se uma ideologia própria da Constituição.

A interpretação sistemática dos mencionados princípios e demais comandos da ordem econômica, assim como a análise concreta da realidade, através da aplicação do direito, conduzem à revelação/efetivação da ideologia constitucionalmente adotada que, conforme já exposto, não incorpora, explicitamente, uma ideologia econômica pura que atenda aos interesses específicos de determinadas classes sociais (CLARK, 2013).

⁵¹ “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.” (BRASIL, 1988).

Todavia, o discurso ideológico, originariamente previsto no Texto Constitucional, sofreu alterações significativas, modificando orientações nacionalistas, por exemplo, privilegiando o capital privado, principalmente o de origem internacional, atendendo, em tese, aos interesses dos partidários da ideologia neoliberal reguladora, em detrimento da participação democrática.

Portanto, apesar da previsão normativa, que estabelecia uma noção de “ordem econômica”, que, inicialmente, refletiu os interesses das mais variadas classes da sociedade, não impediu que tais normas sofressem alterações, atendendo, assim, aos interesses daqueles que estão no exercício do poder.

3.5 Alterações na Constituição Econômica de 1988 e suas influências ideológicas

A redação originária do Texto Constitucional passou por modificações, sofrendo forte influência, na perspectiva desenvolvida por Washington Peluso Albino de Souza, da ideologia neoliberal reguladora, ampliando-se a abertura do mercado brasileiro ao capital estrangeiro. Mas, antes da apresentação das mencionadas alterações, faz-se importante o resgate das noções do que seja ideologia neoliberal-reguladora, desenvolvidas no primeiro capítulo desta dissertação.

Conforme já exposto, a expressão ideologia é dotada de significações diversas, dependendo da perspectiva teórica adotada. O termo ganhou forte relevância nas discussões acadêmicas nas Ciências Sociais, a partir de Karl Marx que, inicialmente, adotou o termo de forma pejorativa. Michael Löwy, citando Marx, leciona que *“em A Ideologia Alemã, o conceito de ideologia aparece como equivalente a ilusão, falsa consciência, concepção idealista na qual a realidade é invertida e as ideias aparecem como motor da vida real”* (LÖWY, 2010, p. 11).

Neste capítulo, partiremos da noção de ideologia sob a perspectiva do método dialético, o qual apregoa que *“todos os fenômenos econômicos ou sociais, todas as chamadas leis da economia e da sociedade, são produto da ação humana e, portanto, podem ser transformadas por essa ação”* (LÖWY, 2010, p. 15).

E é dentro desta perspectiva, que discorreremos o neoliberalismo regulador como ideologia hegemônica na pós-modernidade, com forte influência na redação e alteração do texto constitucional brasileiro, além de, posteriormente, analisarmos sua influência no

discurso de aplicação do Direito, através da atividade hermenêutica, proposta que será objeto de análise no próximo capítulo.

Pela teoria neoliberal reguladora, há uma crença de que a liberdade do mercado deve prevalecer, reduzindo-se a participação do Estado da intervenção na economia, salvo nos casos de correção de eventuais falhas do próprio mercado.

É o que esclarece David Harvey (2012), quando expõe:

Na medida em que julga a troca de mercado ‘uma ética em si capaz de servir de guia a toda ação humana, e que substitui todas as crenças éticas antes sustentadas’, o neoliberalismo enfatiza a significação das relações contratuais no mercado. Ele sustenta que o bem social é maximizado, se maximizam o alcance e a frequência das transações, procurando enquadrar todas as ações humanas no domínio do mercado (HARVEY, 2012, p. 13).

Portanto, a ideologia neoliberal reguladora defende, senão o afastamento da atuação do Estado no domínio econômico, uma enorme redução dessa intervenção, deixando a atividade econômica, exclusivamente, à iniciativa privada, exigindo do ordenamento jurídico bases legais para a implementação dessa corrente de pensamento econômico.

A exposição das mudanças promovidas na Constituição de 1988, permitiu-nos perceber que todas as emendas constitucionais que alteraram as normas de conteúdo econômico tiveram algo em comum: instituíram-se no sentido de implementação jurídico-constitucional dos pressupostos da ideologia neoliberal reguladora, minimizando a atuação do Estado nos assuntos econômicos, principalmente, para atender aos interesses da elite econômica internacional⁵².

A Emenda Constitucional de n.º 6, de 15 de agosto de 1995, promoveu modificação na redação do art. 170, IX (BRASIL, 1988), que determinava “*tratamento favorecido de empresas de capital nacional de pequeno porte*”, substituindo-se por “*empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham administração no Brasil*”, suprimindo do texto magno, uma diferenciação feita às empresas de capital estrangeiro que atuavam no mercado brasileiro.

A mesma Emenda promoveu, também, a revogação do art. 171 da Constituição da República, que dispunha acerca da definição de empresa brasileira, entendida como aquela

⁵² A partir desse parágrafo até a parte final do item 3.5 dessa dissertação foram utilizados os mesmos argumentos apresentados em trabalho realizado pelo mestrando e seu orientador, aprovado no CONPEDI UNINOVE: CASTRO, Antônio Carlos Lúcio Macedo de; CLARCK, Giovani. A Ordem Econômica Constitucional de 1988 e suas alterações reguladoras teorizadas pela Escola da Análise Econômica do Direito. In: MORAES FILHO, José Filomeno de; MARTINEZ, Regina Célia; ROB FILHO, Ilton Norberto (Org.). **Teoria do Estado e da Constituição**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 391-409.

constituída sob as leis brasileiras e que com sede e administração no País, e empresa brasileira de capital nacional, definida como 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, assim como o mencionado dispositivo dispunha, também, sobre regimes diferenciados de proteção, concessão de benefícios e de contratação com o poder público. Conforme lições de Washington Peluso Albino de Souza (2005), “*A revogação desse artigo importou na abertura facilitada às empresas multinacionais e às estrangeiras, na concorrência com as nacionais*” (SOUZA, 2005, p. 220).

Aqui é possível observar que a alteração da Lei Maior brasileira para a abertura do mercado interno às empresas de capital estrangeiro, dando-lhes o mesmo tratamento jurídico dispensado às empresas de capital nacional, e incorporando os ditames reguladores do Consenso de Washington do final do século passado, colocando em risco a soberania econômica brasileira estabelecida no art. 170, I da Constituição de 1988.

Ainda, sobre a Emenda Constitucional de n.º 6, a modificação da redação do §1º, do art. 176, da Constituição possibilitou às empresas estrangeiras submetidas à legislação brasileira a pesquisa e lavra de recursos minerais. Tal modificação é lesiva aos interesses da Nação, pois “*a soberania energética é um componente essencial da soberania econômica nacional, pois abrange setor chave da economia do país*” (BERCOVICI, 2011, p. 234).

Outra Emenda Constitucional que promoveu alterações na Constituição Econômica foi a de n.º 7, também de 15 de agosto de 1995, instituindo-se nova redação ao art. 178, que permitiu a estrangeiros integrarem a tripulação de embarcação nacional, assim como revogou o dispositivo que previa a exclusividade da navegação de cabotagem às embarcações nacionais.

Já a Emenda Constitucional de n.º 9, de 9 de novembro de 1995, alterou o §1º, do art. 177 da CR, permitindo à União a contratação de empresas privadas para a exploração das atividades de petróleo, permissão considerada por Gilberto Bercovici (2011, p. 252) uma extirpação do Texto Constitucional do monopólio da Petrobrás, sociedade de economia mista com capital majoritário da União, única exploradora do produto no Brasil, até então.

A Emenda Constitucional de n.º 19, de 4 de junho de 1998, promoveu, também, a alteração da redação do §1º, do art. 173, da CR, e a inclusão de diversos incisos, criando empecilhos para a atuação direta do Estado na economia, na medida em que amplia os rigores

para a constituição de empresas estatais, o que evidencia o claro propósito de alteração do modelo do denominado por Souza neoliberalismo de regulamentação para o neoliberalismo de regulação, reduzindo-se a atuação direta do Estado no domínio econômico.

Também, não podemos deixar de lado a Emenda de n.º 40, de 29 de maio de 2003, que retirou a taxação de juros reais remuneratórios de, no máximo, 12 % ao ano (art. 192 da Constituição – revogado parcialmente), a fim de aumentar os ganhos do sistema financeiro, representado, parcialmente, por bancos que representam o capital internacional, e perpetuar a perversa e histórica concentração de renda existente no Brasil que, apesar de ser a 5ª economia do mundo, segundo a Organização das Nações Unidas – ONU –, mas o índice de desenvolvimento humano – IDH – o classifica em 79 º lugar (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2014).

A denominada quebra do monopólio do petróleo, assim como o aumento das dificuldades constitucionais para a instituição de empresas públicas e sociedades de economia mista e o fim dos juros remuneratórios anuais de 12 % ao ano, confirmam a hipótese de que as emendas constitucionais promulgadas, em meados da década de 1990 do século passado, privilegiam os detentores do poder econômico, em detrimento da valorização do trabalho humano e da existência digna (art. 170, *caput* da Constituição), distorcendo, assim, comandos nucleares definidores da ideologia constitucionalmente adotada (SOUZA, 2005; GRAU, 2010).

Segundo o professor Washington Albino Peluso de Souza (2005), confirmando nossa hipótese apresentada anteriormente, com as alterações promovidas na Constituição “[...] tornou-se de certo modo óbvio o movimento pendular neoliberal para o lado do liberalismo” (SOUZA, 2005, p. 220).

No entanto, isso não constitui privilégio exclusivo do direito brasileiro, pois, com o fenômeno da globalização, essa ideologia econômica foi sendo implementada em diversas nações do mundo, o que constata sua hegemonia. Nos dizeres de Harvey, “[...] o neoliberalismo se tornou hegemônico como modalidade de discurso e passou a afetar tão amplamente os modos de pensamento que se incorporou à maneiras cotidianas de muitas pessoas interpretarem, viverem e compreenderem o mundo” (HARVEY, 2012 p. 13).

Nessa perspectiva, percebe-se que, nas modificações promovidas no Texto Constitucional brasileiro, imperam os desejos de lucro da iniciativa privada, e se enfatizam os valores defendidos pela ideologia econômica neoliberal reguladora, atualmente fundamentada, enquanto seu braço doutrinário, teórico jurídico e interpretativo, pela teoria da Análise Econômica do Direito.

3.6 Críticas às alterações constitucionais à luz da teoria crítica constitucional de Ricardo Sanín Restrepo

Verificadas as bases do que se denomina Constituição Econômica e suas alterações neoliberais reguladoras, desde sua promulgação em 1988, surgem alguns questionamentos: O texto normativo resolve os problemas econômicos que acometem a sociedade? A Constituição é de fato expressão da vontade popular? Existe uma ideologia nas entrelinhas da previsão normativa? Esta ideologia atende aos interesses da elite econômica? A Constituição reflete um modelo de neoliberalismo político e econômico?

Respondendo negativamente às duas primeiras indagações e positivamente às três restantes, Ricardo Sanín Restrepo (2013) desenvolve um pensamento que questiona o modelo atual de ordenamento jurídico, apontando diversas críticas e inconsistências deste modelo que, segundo este autor, serve como meio de apoderamento e perpetuação de um processo de colonização que perdura há séculos.

Primeiramente, este autor questiona a própria capacidade de um modelo de constitucionalismo para solucionar as questões relativas às necessidades sociais, diante da diversidade de demandas específicas de cada comunidade, individualmente considerada, o que inviabiliza a definição de conceitos universais como democracia, liberdade etc.

Nesta perspectiva, Ricardo Sanín Restrepo (2013) aponta a impossibilidade da hegemonia de um pensamento ideológico solucionar os problemas através do Direito, que deveriam ser resolvidos na esfera política, a qual, pressupondo a participação permanente das pessoas, efetiva a verdadeira democracia.

A crença na racionalidade e objetividade científica, próprias do positivismo científico e jurídico, bases das formulações ideológicas neoliberais reguladoras e da escola da Análise Econômica do Direito, não são suficientes para a promoção de solução adequada de todos os conflitos existentes na sociedade. Aliás, o modelo jurídico padronizador serve, na verdade, para o afastamento do conflito, o que fere de morte a democracia, eis que esta tem naquele o seu pressuposto fundamental. (RESTREPO, 2013).

Seguindo o modelo político-liberal de democracia representativa, o jurídico refletirá, sempre, os anseios da elite política e econômica, classe social com maior acesso aos mecanismos de poder, dentro dos quais o autor denuncia a formação de *“Um mundo onde o*

um sistema financeiro define o jurídico como seu apêndice performativo” (RESTREPO, 2013, p. 12, tradução nossa)⁵³.

Partindo do pressuposto de que a formação e aplicação do Direito serve para a perpetuação da estabilidade dos mecanismos de poder da elite política e econômica dominante, surge o questionamento relativo à incapacidade da Constituição para resolver questões de alta complexidade da sociedade, imperando, por isso, uma lógica de exclusão.

A preconceção de um modelo jurídico universal, criado com base nos interesses de quem está no poder, não consegue acompanhar os diversos anseios da sociedade complexa e plural da pós-modernidade.

A teoria crítica constitucional denuncia que o modelo jurídico adotado pelos Estados sul-americanos reflete dogmas universais criados pelos colonizadores, através de um modelo eurocêntrico, orquestrado, principalmente, pela elite econômica daquele continente que não reflete a realidade política das sociedades destes países.

Diante disso, surge a necessidade de esclarecer melhor os dogmas que, hegemonicamente, prevalecem no mundo pós-moderno, como tentativa para encontrar melhores soluções para os problemas que afligem a sociedade, apontando o autor que uma *“[...] única possibilidade de globalização fomenta a miséria do capitalismo e a devastação liberal faz com que se desconecte de uma autêntica democracia no sul em face da colonialidade” (RESTREPO, 2013, p. 21, tradução nossa)⁵⁴.*

Ricardo Sanín Restrepo (2013) aponta o problema central da aniquilação da democracia pelo constitucionalismo liberal contemporâneo, que se dá, através da combinação da violência física, do monopólio da coação e coerção pelo Estado, este entendido como mecanismo de controle social e apoderado pelas elites, juntamente com refinadas formas jurídicas e filosóficas, base de toda forma de violência.

Sob essa perspectiva, há a necessidade de se transformar a democracia, de maneira séria, no único lugar da política, afastando as soluções simplistas, silogísticas, herméticas e sistêmicas oferecidas pelo direito, sob a perspectiva positivista e liberal que evidenciam a tecnocracia, instrumento de encriptação do poder e dominação pela elite, dentro das sociedades.

Com o desenvolvimento do Direito, sob as bases liberais e positivistas, a esfera de solução dos problemas relativos aos anseios sociais foi atribuída a poucas pessoas,

⁵³ “Un mundo donde un sistema financeiro inconmensurable define lo jurídico como su apêndice performativa”

⁵⁴ “[...] única posibilidad de una globalizacion que se ponga a la miséria del capitalismo y la devastacion liberal yace em el despliegue de una autêntica democracia desde el sur em lucha contra la colonialidad”

notadamente os letrados e “senhores” da lei, evidenciando um totalitarismo jurídico que afasta as questões de seu ambiente natural, o político.

A dogmatização empreendida pelo racionalismo e o objetivismo jurídicos aniquila, também, denuncia Restrepo, o conflito, a verdadeira face da esfera política e pressuposto da democracia, assertivas das quais se conclui que o sistema padronizador do constitucionalismo pautado sob as bases liberais é, na visão do autor, antidemocrático.

Na sequência, Ricardo Sanín Restrepo (2013) teoriza que o Estado de Direito, os direitos humanos e o poder constituído são mecanismos dogmáticos que conduzem a um caminho sem saída e neutralizam a democracia, não havendo a possibilidade de síntese entre poder constituinte e poder constituído.

Para a comprovação de sua hipótese, Ricardo Sanín Restrepo (2013) indica a existência de um paradoxo fundamental no modelo político-jurídico liberal, vez que todo sistema normativo afirma sua própria identidade, através de exclusões e confirmações de sentidos. Diante do paradoxo, o autor aponta a necessidade de se desvelar a máscara ideológica que sustenta a estrutura jurídica do liberalismo, hoje sob os pressupostos do neoliberalismo regulador, como única verdade possível e incontestável e desnudar suas falácias.

Para Ricardo Sanín Restrepo (2013), a existência do mencionado paradoxo é evidenciada pelo formalismo jurídico que, além de inibir a existência de conflitos, neutralizando a democracia, atribui a poucas pessoas a solução dos conflitos, apontando a necessidade de emancipação do poder constituinte desse formalismo jurídico, que são as armas dos capitalistas.

Nesta perspectiva, indica o autor, ainda, a impossibilidade de se fazer filosofia política ou constitucional, sem ter em conta a relação simbiótica entre modernidade e colonialidade. O problema situa-se, também, na forma de dominação do pensamento das comunidades latino-americanas que incorporam, em seu ideário, um modelo eurocêntrico de cultura que termina por se refletir nas relações de poder dentro de cada Estado nação. Aliás, a própria ideia de Estado nação decorre do modelo liberal concebido pela cultura política europeia do pós idade média.

Portanto, as armas, inicialmente do liberalismo, agora com o refinamento teórico do neoliberalismo regulador, não se resumem na definição de modelos jurídicos. A estratégia passa, também, pela ideia de colonialidade cultural como garantia de formação de uma hegemonia ideológica.

Esta hipótese também é denunciada por Ricardo Sanín Restrepo (2013), que faz uma demonstração filosófica da tentativa de imposição do neoliberalismo regulador como ideologia hegemônica.

A tradição liberal tem sua história particular, e está em boa conta de um processo evolutivo interrompido pelos dias atuais, de multiplicidade, um hoje elástico que explica o tempo a partir dos tentáculos que se estendem desde a sua matriz cega, que explica a totalidade da história e o presente, um ponto de corte onde a história mesma se detém e desaparece numa nova substância; substância ordenadora são os universais.

Os universais são retirados de palavras chaves tais como liberdade, democracia ou Estado de direito, eles fecham a história com sua consolidação ideológica, são fundações do liberalismo, que se fazem refratárias e se explicam em sua totalidade. (RESTREPO, 2013, p. 57, tradução nossa).⁵⁵

De acordo com o neoliberalismo regulador, os universais tratam de conceitos racionais, que são derivações lógicas de determinados conceitos já incorporados pelo ideário social e que buscam sua convalidação, dentro de sua própria estrutura interna, no plano da validade.

O ‘Estado’ liberal como modelo único desfaz toda diferença, anula toda possibilidade de organização política autônoma por conta de suas invencíveis barreiras, esta ilusão sustenta a si mesma não somente como modelo excludente, pelo fato de que é pior como modelo acabado, como premissa intocável da verdade, como fórmula matemática axiomática, irrefutável. (RESTREPO, 2013, p. 61, tradução nossa).⁵⁶

Portanto, o desenvolvimento do direito sob paradigmas neoliberais eurocêntricos não necessariamente poderá servir de base para todas as sociedades que possuem origens históricas e desenvolvimento de relações sociais diferentes. A questão não está na solução jurídica, mas na política, tendo a participação e o conflito como pressupostos. E aqui podemos fazer a denúncia da tentativa de se fazer tornarem expressões sinônimas a globalização, a democracia representativa e o neoliberalismo regulador.

⁵⁵ La tradición liberal tiene su historia particular, en ella se da buena cuenta de un proceso evolutivo que un día se frenó en el hoy, un hoy múltiple, un hoy elástico que explica el tiempo a partir de los tentáculos que se extienden desde su matriz ciega, que explica la totalidad de la historia y del presente, un punto de corte donde la historia misma se detiene y desaparece en una nueva sustancia; sustancia ordenadora son los universales. Los universales son sacados de palabras claves tales como libertad, democracia o Estado de derecho, ellos cierran la historia con su consolidación ideológica, son las fundaciones mismas del liberalismo, que lo hacen refractaria y lo explican en su totalidad.

⁵⁶ “El ‘Estado’ liberal como modelo único destierra toda diferencia, anula toda posibilidad de organización política autónoma por fuera de sus invencibles barreras, esta ilusión se soporta a sí misma no solo como modelo excluyente, sino lo que es peor como modelo acabado, como premissa intocable de la verdad, como fórmula matemática axiomática, irrefutable.”

Diante disso, conforme já esclarecido anteriormente, o racionalismo e a objetividade sugeridos pelo modelo neoliberal regulador eurocêntrico, dentro da perspectiva de ordenamento jurídico formado através de uma democracia representativa, eliminam o conflito político, pressuposto da própria democracia.

A noção de igualdade formal, como proposta ideológica do neoliberalismo regulador, através da crença fundamentalista de que o mercado cria, naturalmente, suas próprias regras, em resgate da ideia da mão invisível de Adam Smith, desconsiderando a igualdade de oportunidades, além da ideia de formação de consenso, desconsiderando o conflito como pressuposto da democracia, geram a eliminação da própria democracia.

O modelo jurídico regulador não leva em consideração a tensão permanente entre o multiculturalismo e a necessidade de criação de um modelo que não se adapta à realidade dos países sul-americanos, por exemplo.

Os modelos constitucionais impostos verticalmente são divorciados da realidade, gerando o que o próprio autor denomina Constituição encriptada, no sentido tecnocrático de estabelecimento e controle do poder político, surgindo a partir desse modelo de encriptação a proposta de democracia radical:

A democracia radical assume o desafio de pensar a diferença e a multiplicidade a partir do abismo democrático e não a partir dos direitos humanos, a partir do poder constituinte e não do constitucionalismo libertário, pois a aniquilação do conflito é o elemento vertebral, tanto do constitucionalismo como as diferentes variações do multiculturalismo liberal, que devemos superar se realmente queremos estar na presença de uma autêntica democracia da diferença. (RESTREPO, 2013, p. 49, tradução nossa).⁵⁷

Consequentemente, não serão os modelos preconcebidos com base nos provenientes da “metrópole” para a “colônia”, através da importação de teorias sem a menor reflexão crítica, como a difusão da teoria da Análise Econômica do Direito, braço teórico-jurídico do neoliberalismo regulador, e que, portanto, surgem em arena política diversa daquela que se quer imputar, que serão soluções para a sociedade brasileira.

A definição de normas econômicas constitucionais, de maneira prévia, racional e objetiva, bases do positivismo jurídico, o modelo de constitucionalismo eurocêntrico, não

⁵⁷ “La democracia radical assume el desafío de pensar la diferencia y la multiplicidad desde el abismo democrático y no desde los derechos humanos, desde el poder constituyente y no desde el constitucionalismo libertario, pues la aniquilacion de conflicto es el elemento vertebral, tanto del constitucionalismo como las diferentes variaciones de multiculturalismo liberal, que debemos superar si realmente queremos estar en presencia de una auténtica democracia en la diferencia.”

reflete a vontade popular, sendo necessária uma mudança de paradigma do direito e da política no Brasil.

Neste mister, o único regime que assume o conflito e o antagonismo é o democrático, sob a perspectiva de admissão de um ambiente de conflituosidade; não a democracia na perspectiva liberal, mas a real, aquela que possibilita a participação popular nas decisões políticas de interesse da coletividade. A democracia é o único regime do político, por oferecer o poder como meio para rescindir o mesmo poder e restituir ao sujeito “povo” como centro necessário da política.

Nessa perspectiva, Ricardo Sanín Restrepo (2013) formula uma proposta crítica que desarticula os pressupostos básicos do constitucionalismo neoliberal regulador, devolvendo ao povo, verdadeiro legitimado ao exercício do poder político, a sua titularidade.

Importante é o registro de que não se trata a teoria de nova proposta hermenêutica, pois esta tão somente opera como perfeição do sistema liberal. Na verdade, há uma defesa de se reformular os pressupostos da própria atuação do povo no exercício do poder, rompendo com a ideia de poder constituído que exerce este poder em seu nome.

Para Ricardo Sanín Restrepo (2013), o modelo de democracia liberal não coaduna com a verdadeira vontade popular. Nessa perspectiva crítica, Habermas na teoria do agir comunicativo, no sentido de que o consenso habermasiano mitiga a democracia e impede o conflito, principal componente da democracia.

Vinculando tais argumentos à realidade brasileira, observa-se que o texto constitucional de 1988 foi elaborado num momento peculiar de nossa sociedade, em que forças conservadoras associadas ao poder econômico privado e o restante da sociedade promoveram um árduo embate e elaboraram o texto da Constituição de 1988. É um texto plural, fruto de vontades diversas, contudo, nos momentos de implementá-lo e alterá-lo, as elites terminam por impor suas vontades, enquadrando o texto de 1988 aos seus respectivos interesses.

4 NEOLIBERALISMO E A ESCOLA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (DISCURSO DE APLICAÇÃO – ARENA JURÍDICA)

Apesar das reflexões de Ricardo Sanín Restrepo (2013), indicarem a necessidade de alteração do modelo de constitucionalismo liberal incorporado pelas nações periféricas colonizadas pelos europeus, onde existe a acusação de que, através do modelo democrático representativo, houve encriptação do poder por uma elite econômica, é a partir desse modelo que se promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que contou com a participação de representantes das mais variadas classes sociais e econômicas, refletindo também, em tese, os valores que compunham os interesses individuais e coletivos dos integrantes da sociedade brasileira.

A Constituição da República de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, definindo como independentes e harmônicos entre si os poderes: Legislativo, o Executivo e Judiciário. E, conforme já desenvolvido no capítulo anterior, o texto constitucional instituiu um conjunto de normas jurídicas com conteúdo sobre economia, identificado como Constituição Econômica que absorveu diversas ideologias, incorporando regras de conteúdo social, como a valorização do trabalho humano, a função social da propriedade, defesa do meio ambiente e do consumidor, a busca pelo pleno emprego e redução de desigualdades, assim como as regras de conteúdo liberal, tais como a garantia da propriedade privada, da liberdade de iniciativa e de concorrência, estabelecendo, assim, os fundamentos e princípios regentes da ordem econômica brasileira.

Contudo, a crença de que a previsão normativa é suficiente para solucionar todos os problemas existentes dentro da sociedade, de há muito já não se defende, sendo necessária a atividade hermenêutica, buscando-se a realização da justiça e concretização do direito, através da aplicação da norma ao caso concreto. Portanto, em que pese o legislador estabelecer as normas regentes das relações jurídicas, através da positivação do Direito, principalmente, a partir do final do século XX, elevaram-se as críticas ao modelo positivista como fundamento do Direito, enfatizando-se a importância da construção da completude da norma, através do acontecer hermenêutico, por meio da aplicação do Direito.

É exigência do próprio texto constitucional o desenvolvimento de fundamentos sólidos pelo aplicador da norma, sob pena de nulidade da decisão, conforme art. 93, IX, da Constituição de 1988, confirmando-se, aí, a incompletude do texto positivado. Nesse sentido, diversas são as teorias desenvolvidas, no Brasil e no mundo, que tentam (re)construir os

fundamentos do Direito, por intermédio da construção de novos pressupostos para a racionalidade da decisão judicial.

Não temos a pretensão de realizar aprofundado estudo de todas as perspectivas que tentam justificar os fundamentos do Direito na atualidade, sejam as das variações do positivismo jurídico, sejam as propostas pós-positivistas, ou não positivistas para alguns. Nos interessa(m), aqui, a(s) perspectiva(s) econômica(s) do Direito, notadamente, aquela proposta formulada pelo Prof. Washington Peluso Albino de Souza (2003), denominada de Método Analítico Substancial do Direito, que corrobora a materialização do que este autor denomina Ideologia Constitucionalmente Adotada, em contraponto à teoria da Análise Econômica do Direito, objeto de discussão do presente capítulo.

4.1 Surgimento e análise dos pressupostos teóricos da Análise Econômica do Direito⁵⁸

Para uma melhor contextualização do tema desta subseção, é interessante verificar como a teoria se originou, para uma melhor compreensão de suas propostas.

A teoria da Análise Econômica do Direito se fortalece, a partir dos estudos iniciados na faculdade de Direito da Universidade de Chicago (*University of Chicago Law School*), por Milton Friedman (1912-2006), estudioso integrante da já mencionada Sociedade Monte Pelerin (*The Mont Pelerin Society*), grupo de estudiosos reunidos no *spa* de mesmo nome, com a finalidade de combater as propostas teóricas oriundas dos pressupostos econômicos keynesianos, que defendiam a necessidade de intervenção do Estado na atividade econômica, como medida necessária para combater as crises do capitalismo. Classificando-se como ultraliberais⁵⁹, este grupo de estudiosos reuniu-se pela primeira vez em 1947, originando a

⁵⁸ Diversas passagens desse trecho da dissertação foram extraídos do trabalho realizado pelo mestrando e seu orientador: CASTRO, Antônio Carlos Lúcio Macedo de; CLARCK, Giovani. A Ordem Econômica Constitucional de 1988 e suas alterações reguladoras teorizadas pela Escola da Análise Econômica do Direito. In: MORAES FILHO, José Filomeno de; MARTINEZ, Regina Célia; ROB FILHO, Ilton Norberto (Org.). **Teoria do Estado e da Constituição**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 391-409.

⁵⁹ Mont Pelerin Society (2015) defende o liberalismo e o afastamento do Estado de assuntos econômicos como necessários ao desenvolvimento da sociedade: “O Mont Pelerin Society é composta de pessoas que continuam a ver os perigos para a sociedade civilizada delineado na declaração de objetivos. Eles viram o liberalismo econômico e político em ascensão por um tempo desde a Segunda Guerra Mundial, em alguns países, mas também a sua aparente declínio em tempos mais recentes. Apesar de não ser necessariamente a partilha de uma interpretação comum, ou de causas ou consequências, eles vêem perigo na expansão do governo, não menos importante no bem-estar do Estado, no poder dos sindicatos e monopólio de negócios, e na ameaça contínua e realidade de inflação. Novamente sem acordos detalhados, os membros ver a Sociedade como um esforço para interpretar em termos modernos, os princípios fundamentais da sociedade econômica como expressas por esses economistas clássicos, cientistas políticos e filósofos que inspiraram muitos na Europa, na América e em todo o mundo ocidental (THE MONT PELERIN SOCIETY, 2015, tradução nossa). “The Mont Pelerin Society is composed of persons who continue to see the dangers to civilized society outlined in the statement of aims. They have seen economic and political liberalism in the ascendant for a time since World War II in some

sociedade que promove encontros até os dias atuais, com o propósito de desenvolver e defender os pressupostos do liberalismo econômico e político, como melhor ideologia ordenadora da sociedade mundial.

Como membro fundador da Sociedade Monte Pelerin (*The Mont Pelerin Society*), Milton Friedman radicou-se na Universidade de Chicago, nos Estados Unidos da América, desenvolvendo sua tese que, transformada em livro, foi publicada no ano de 1962 sob o título de *Capitalismo e Liberdade (Capitalism and Freedom)*, no qual defende a liberdade econômica como pressuposto da liberdade política, definindo um conceito de democracia vinculado ao de liberalismo, bases teóricas do instituto criado no pós Segunda Guerra Mundial. Importante é o registro de que o livro/tese de Friedman recebeu o Prêmio Nobel de Economia no ano de 1976⁶⁰, o que lhe trouxe grande notoriedade e reconhecimento acadêmicos.

Desde o século XVIII, com base nas obras de Jeremy Bentham, desenvolveu-se uma corrente dentro da ciência econômica que, diferentemente das teorias desenvolvidas sobre estudos dos fenômenos econômicos particulares, concebe a economia com base na teoria das escolhas racionais, e a partir dela, e através dos estudos inaugurados por Milton Friedman, George Stigler, Ronald Coase, Henry Simons e Gary Becker, na hoje reconhecida Escola de Chicago, desenvolveram-se os estudos da *Law and Economics*, conhecida no Brasil como Análise Econômica do Direito. A teoria originou-se da obra de Ronald H. Coase em 1960, *O Problema do Custo Social (The Problem of Social Cost)*, que teve como maior expoente Richard Allen Posner, juiz federal americano, que já atuou na Suprema Corte americana, e defensor da aplicação da teoria em suas obras, dentre as quais a principal é a intitulada *Análise Econômica do Direito (Economic Analysis of Law)*.

Considerando o legado do utilitarismo de Jeremy Bentham, a teoria da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) propõe o denominado individualismo metodológico, partindo do princípio de que as pessoas buscam sempre a eficiência em suas

countries but also its apparent decline in more recent times. Though not necessarily sharing a common interpretation, either of causes or consequences, they see danger in the expansion of government, not least in state welfare, in the power of trade unions and business monopoly, and in the continuing threat and reality of inflation. Again without detailed agreements, the members see the Society as an effort to interpret in modern terms the fundamental principles of economic society as expressed by those classical economists, political scientists, and philosophers who have inspired many in Europe, America and throughout the Western World.”

⁶⁰ *The Mont Pelerin Society* se vangloria de possuir entre seus membros nove que receberam prêmios nobel, sendo oito de economia com Friedrich Hayek (1974), Milton Friedman (1976), George Stigler (1982), James Buchanan (1986), Maurice Allais (1988), Ronald Coase (1991), Gary Becker (1992), Vernon Smith (2002), e um de literatura com Mario Vargas Llosa (2010).

ações, almejando a maximização de suas riquezas. Portanto, considera a maximização das riquezas como pressuposto ético fundamental nas ações individuais.

Todavia, a escola da Análise Econômica do Direito é considerada um passo para além da proposta apresentada pelo utilitarismo benthamiano, pois, este utilitarismo tem como pressuposto a crença na racionalidade das decisões humanas que buscariam sempre a felicidade, valor considerado metafísico, subjetivo e de difícil mensuração pela escola da Análise Econômica do Direito, enquanto a dita escola defende a mesma racionalidade, através dos mesmos princípios hedonistas, mas, ao invés de perseguir a felicidade, o homem age sempre na busca da maximização de sua riqueza.

Conforme já apontado, Ricard Allen Posner (2005) é a figura central dos principais expoentes da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), corrente de pensamento jurídico, segundo a qual, tanto o discurso de justificação, quanto o de aplicação do Direito, devem produzir a mais eficiente alocação de recursos dentro da sociedade, e a Economia, ciência que deve auxiliar os titulares do poder na definição de políticas públicas e/ou nas decisões judiciais, é a única área do conhecimento capaz de proporcionar as escolhas mais racionais. Segundo Richard Allen Posner (2005)

A Análise Econômica do Direito tem aspectos heurísticos, descritivos e normativos. Em seu aspecto heurístico, busca mostrar coerências subjacentes nas doutrinas e instituições jurídicas. Em seu modo descritivo, busca identificar a lógica econômica e os efeitos das doutrinas e instituições das causas jurídicas econômicas. E, em seu aspecto normativo, auxilia os juízes e os demais criadores de políticas a partir dos métodos mais eficientes de regulação das condutas através do direito. (POSNER, 2005, p. 02, tradução nossa).⁶¹

Confirmando o anteriormente exposto, segundo o referido autor, a teoria da Análise Econômica do Direito foi desenvolvida a partir do utilitarismo de Jeremy Bentham, construído a partir “[...] do pensamento econômico moderno a figura de um homem que acreditava que os indivíduos, em todas as esferas da vida humana, buscam o máximo de sua satisfação” (POSNER, 2010, p. 4).

A dita corrente de pensamento tenta desenvolver suas premissas, por intermédio da aplicação das técnicas desenvolvidas pela Economia, não somente aos fatos do mercado, mas

⁶¹ “El Análisis Económico Del Derecho tiene aspectos heurísticos, descriptivos y normativos. En el aspecto heurístico, busca mostrar coherencias subyacentes em las doctrinas e instituciones legales. En su modo descriptivo, busca identificar la lógica económica y los efectos de las doctrinas e instituciones y las causas económicas Del cambio legal. Y, en su aspecto normativo, asesora a los jueces y a otros creadores de políticas com respecto a los métodos más eficientes de regular las conductas a través del derecho.”

também ao comportamento não mercadológico⁶², defendendo a hipótese de que os economistas são detentores de método científico capaz de equacionar todas as relações sociais. Conforme Richard Allen Posner (2010)

Os economistas dispõem de técnicas para pecuniarizar os custos e benefícios não pecuniários. A análise econômica do direito recomenda que essas técnicas sejam usadas, tanto quanto possível, para possibilitar uma análise de custo-benefício das condutas regulamentadas pelas leis. A novidade do movimento ‘direito e economia’ está simplesmente em insistir que os juízes, ao tomar decisões, exerçam sua ampla discricionariedade de modo que se produzam resultados eficientes, entendidos no sentido de resultados que evitem o desperdício social (POSNER, 2010, p. XIV).

A escola da Análise Econômica do Direito defende a crença na racionalidade humana que busca sempre a eficiência econômica em suas relações, entendendo-se, aqui, eficiência como sinônima de maximização de riquezas. Ademais, ela é defendida como alternativa às correntes positivistas e às teorias neoconstitucionais da ponderação, proporcionalidade e do direito como moral, entendendo estas duas correntes como extremadas, considerando-se como intermediária.

Richard Allen Posner (2010) defende que, desde Jeremy Bentham, autor do século XVIII, a ciência econômica é vista como teoria das escolhas racionais, pois, os economistas dispõem de técnicas para monetarizar os custos e benefícios não pecuniários. É a fé “científica” na economia em detrimento do direito. E, ao defender a supremacia da ciência econômica sobre o Direito, no que tange à racionalidade das escolhas humanas, Richard Posner não esconde a adesão ideológica de sua teoria jurídica ao neoliberalismo econômico, pressupostos extraídos da microeconomia neoclássica, desenvolvendo suas hipóteses teóricas sob alicerces definidos por autores liberais desde o século XVIII, com a defesa de que o Estado de Direito tem por finalidade tão somente garantir a segurança das atividades econômicas, principalmente a propriedade privada e a estabilidade jurídica das relações de troca, afirmando “*que o Direito, enquanto compete a promoção da eficiência econômica,*

⁶² “El ‘nuevo’ Análisis Económico del Derecho abarca los campos del Derecho no comerciales o casi no comerciales, tales como el Derecho de responsabilidad civil extracontractual, Derecho de familia, Derecho penal, de libre expresión, Derecho procesal y teoría de la prueba, los procesos legislativos, Derecho internacional público, Derecho de provacidad, la regulación sobre salud y seguridad, las leyes que prohíben la discriminación en el empleo y las normas sociales vistas como una fuente de, como un obstáculo para, y como un sustituto del Derecho formal. También incluye el estudio de las principales instituciones legales, incluyendo juez y jurado, agencias reguladoras y legislaturas. Los economistas son contratados como peritos en campos tales como el Derecho de la libre competencia y la regulación del mercado de valores, así como en cualquier tipo de caso – ya sea sobre daños personales o deba aplicarse otro remedio legal.” (POSNER, 2005, p. 02).

debería procurar minimizar os custos de transação”. (POSNER, 2005, p. 03, tradução nossa)⁶³

Ao confirmar sua adesão ao neoliberalismo regulador, o autor, inclusive, enfatiza a necessidade de desenvolvimento da ideologia neoliberal e a aplicação da teoria da Análise Econômica do Direito em nações em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Nesse sentido, Richard Allen Posner (2010) afirma que

[...] num país em desenvolvimento como é o Brasil, análise econômica do direito deve ter uma ênfase diferente da que tem em países plenamente desenvolvidos [...]. Nesses países, a proteção dos direitos da propriedade, a garantia da liberdade contratual, a prevenção da corrupção e do favoritismo políticos e a limitação do poder regulador do Estado sobre a economia têm ou devem ter um relevo muito maior do que é necessário em sociedades plenamente desenvolvidas (POSNER, 2010, p. XVIII).

Após o resgate da teoria das escolhas racionais pela Escola de Chicago (Milton Friedman, George Stigler, Ronald Coase, Henry Simons e Gary Becker), partindo de estudos iniciados por estes autores, Posner defende a maximização da riqueza como doutrina e usa a análise do custo-benefício para orientar as decisões sociais (incluindo as judiciais), considerando que aquele (custo-benefício), inclusive os não pecuniários, devem ser levados em conta para decidir o que é uma norma ou prática eficiente.

O método paretiano é defendido por Richard Allen Posner (2010), para a mensuração das melhores escolhas, na aplicação do princípio de maximização da riqueza. Segundo ele, há uma superioridade no método paretiano pois, descobre-se que *“uma forma de alocação de recursos é superior a outra se puder melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém”* (POSNER, 2010, p. 106), ou então, indenizam-se os prejudicados. Sendo assim, a única forma de se atingirem decisões racionais, através do método pareto-superior, é por meio do livre mercado, devendo ser afastada qualquer interferência estatal.

Ademais, segundo Posner *“[...] o princípio de maximização de riqueza determina que os direitos devem ser inicialmente conferidos àqueles que provavelmente os valorizarão mais, de modo a minimizar os custos de transação”* (POSNER, 2010, p. 86). Ele ainda defende que *“[...] a riqueza da sociedade é a totalidade da satisfação das preferências (as únicas moralmente relevantes em um sistema de maximização de riquezas) financeiramente sustentadas, isto é, que se manifestam em um mercado”* (POSNER, 2010, p. 73), considerando, também, que a vida econômica é organizada pelo princípio do escambo.

⁶³ *“que el Derecho, encunto compete a la promoción de la eficiencia económica, debería procurar minimizar los costos de transación”*.

Como corolário do pressuposto da maximização da riqueza, Posner afirma a necessidade de melhor alocação dos limitados recursos disponíveis e, com base na ideia de eficiência econômica, defende o direcionamento dos recursos àqueles que melhor dê destinação, ou seja, que possuam a melhor capacidade de promover o crescimento econômico, devendo o direito atuar nesse sentido, proporcionando o melhor direcionamento dos recursos do mercado e reduzindo os custos de transação, conforme se observa no excerto de artigo, a seguir, publicado pelo autor:

O segundo corolário do enfoque econômico do Direito que estou expondo é que quando, apesar dos melhores esforços do Direito, os custos de transação do mercado seguem sendo altos, o Direito deveria simular uma destinação de recurso do mercado destinando os direitos de propriedade aos usuários que mais os valorizem. Um exemplo é a doutrina do *fair use* dos direitos autorais nos Estados Unidos, o qual permite, entre outras coisas, aos escritores publicar pequenas citações de um trabalho que possui direito autoral sem negociar com o titular dos mesmos. Geralmente, os custos de tais negociações seriam proibitivos. E, quando não o forem, o resultado das negociações geralmente seriam de permitir a citação do trabalho a um preço perto de zero. Em consequência, a doutrina do *fair use* se daria se as transações do mercado fossem factíveis. (POSNER, 2005 p. 03, tradução nossa).⁶⁴

Desenvolvida sob tais pressupostos, a ideia de eficiência está atrelada ao individualismo metodológico desenvolvido pela microeconomia neoclássica, enfatizando-se a crença no livre mercado, defendendo-se o suposto afastamento do Estado em questões econômicas, salvo em casos de correção de eventuais falhas existentes no próprio mercado, preferencialmente, via regulação, sendo ela, por si própria, uma técnica de atuação estatal na vida econômica.

Em artigo desenvolvido para o esclarecimento da Análise Econômica do Direito, Paula Andrea Forgioni (2006) sintetiza o que a teoria considera como falhas do mercado:

Essas falhas são, em breve síntese, as seguintes:

[i] **assimetria de informações**. Para que o mercado possa promover o fluxo de relações econômicas de maneira eficiente, é necessário que as partes, ao se vincularem, tenham acesso às *informações necessárias à tomada de decisão*, sob pena de desestímulo às contratações por aumento dos custos a elas relacionados;

⁶⁴ “El segundo corolario del enfoque económico del Derecho que estoy exponiendo es que cuando, a pesar de los mejores esfuerzos del Derecho, los costos de transacion del mercado siguen siendo altos, el Derecho debería simular la asignación de recursos del mercado asignando a los derechos de propiedad a los usuarios que más los valoren. Un ejemplo es la doctrina del fair use de los derechos de autor en Estados Unidos, la cual permite, entre otras cosas, a los escritores publicar pequeñas citas de un trabajo que tiene derechos de autor sin negociar con el titular de los mismos. Usualmente, los costos de tales negociaciones serían prohibitivos. Y, cuando no lo fueran, el resultado de la negociación generalmente sería permitir la cita del trabajo a un precio muy cercano a cero. En consecuencia, la doctrina del fair use se daría si las transacciones del mercado fueran factibles.”

[ii] *existência de poder econômico* por parte de alguns agentes. O poder econômico pode dar margem a distorções, como a prática de preços de monopólio, que rejeitam o fluxo de transações econômicas e levam à alocação menos eficiente de recursos, quando comparada àquela realizada pelo mercado concorrencial;

[iii] *externalidades*. Por vezes, terceiros são afetados pelas consequências de relação jurídico-econômica na qual não são partes. As externalidades podem ser tanto positivas quanto negativas. Por exemplo, a destruição do meio ambiente derivada do processo de industrialização deve ser entendida como uma *externalidade negativa* e o conhecimento gerado com o investimento em P&D como *externalidade positiva*;

[iv] *bens públicos*. Há certos bens que, por sua natureza, não podem ser subtraídos do uso de terceiros. O exemplo clássico, dado por COASE, é o de uma companhia de navegação que constrói um farol. Seus concorrentes poderão, sem qualquer custo, valer-se do investimento. (FORGIONI, 2006, p. 425-426).

Diante de tais pressupostos, é possível concluir-se que a Escola da Análise Econômica do Direito fundamenta, teoricamente, o neoliberalismo regulador e prega a submissão da ordem econômica constitucional e de sua ideologia adotada ao mercado, o que evidencia suas premissas de forma idêntica aos pressupostos do neoliberalismo regulador.

O mercado privado é elevado à condição de instituição fundamental capaz de criar suas próprias regras, partindo-se de pressupostos que tais regras são consequências lógicas e imanentes da atuação individual das pessoas, que sempre agem de forma eficiente, visando à maximização de sua riqueza, resgatando o jusnaturalismo defendido desde a escola fisiocrata, conforme já abordado no primeiro capítulo deste trabalho.

Desenvolvendo a defesa da maximização da riqueza como princípio ético, Richard Allen Posner (2010) entende que a ética da maximização da riqueza pode ser vista como uma mescla de tradições filosóficas rivais, quais sejam, o utilitarismo e o kantianismo.

A riqueza é positivamente vinculada, ainda que de forma imperfeita, à utilidade, mas a busca da riqueza, fundada que está no modelo de transação voluntária de mercado, envolve um respeito às escolhas individuais maior do que aquele que se vê no utilitarismo. (POSNER, 2010, p. 79).

É de se observar que o respeito às escolhas individuais enfatiza a crença no mercado livre como melhor ideologia a ser absorvida pelo Direito, pautada na ética exclusivamente da riqueza. Esta conclusão pode ser observada em passagem da obra de Richard Allen Posner (2010), na qual se lê “*A maior parte dos escrúpulos convencionais (cumprir promessas, dizer a verdade etc.) podem ser tirados do princípio da maximização da riqueza [...]*”, pois “[...] mesmo o altruísmo (benevolência) é um princípio de economia, já que pode funcionar como substituto de dispendiosos processos mercadológicos e jurídicos” (POSNER, 2010, p. 81).

Sob essa perspectiva, na visão de Richard Allen Posner (2010), referenciando a Hayek, as regras de mercado estão tão absolutamente arraigadas ao pensamento atual das

peças na sociedade na qual a maior parte dos nossos atos de bondade vem de nossa busca por ganhos, e, por isso, afirma “*O princípio da maximização da riqueza incentiva e gratifica as tradicionais virtudes e habilidades ‘calvinistas’, ou ‘protestantes’, associadas ao progresso econômico*” (POSNER, 2010, p. 82).

Em última instância, o que a teoria da Análise Econômica do Direito de Richard Allen Posner (2010) defende é a existência de um ser humano detentor de uma lógica econômica imanente, ou seja, um ser econômico por natureza, e todas as suas ações são tomadas com base numa racionalidade instrumental sempre em busca por melhores resultados econômicos, assertivas que ele exemplifica com a relação professor-aluno, afirmando que os professores impopulares, no intuito de manter o número de alunos matriculados em suas disciplinas, por vezes, compensam melhor os alunos, atribuindo-lhes melhores notas, assim, “ *aumentando o preço que paga por aluno*” (POSNER, 2005, p. 04, tradução nossa)⁶⁵, o que justificaria aquilo que ele chama de inflação de notas, sem que os alunos tivessem apresentado melhor desempenho ou maiores esforços nos estudos. Aqui, podemos verificar a redução pela teoria de todas as relações existentes dentro da sociedade, sejam elas acadêmicas, afetivas, morais etc., a uma lógica eminentemente econômica, tornando a ética econômica a única possível a justificar a racionalidade humana e, conseqüentemente, a racionalidade das decisões tomadas no âmbito de Direito.

A teoria de Richard Allen Posner (2005) defende, também, que a maximização das riquezas fornece bases mais sólidas para a teoria da justiça corretiva e distributiva. Para ele, o princípio da maximização da riqueza resolve, automaticamente, a questão distributiva, pois, a repartição da riqueza é um mero subproduto da distribuição de direitos e, portanto, uma justa divisão de riqueza não precisa ser postulada.

Por esta ótica o “*Estado não é pré-condição para ordem social*” (POSNER, 2010, p. 141), o que ele tenta demonstrar, através da análise das relações sociais existentes nas sociedades primitivas, que se desenvolveram por meio da evolução das relações sociais, na ausência de um governo central, o que, supostamente, fortaleceria os pressupostos de sua teoria. Existe, portanto, uma aversão ao Estado e ao seu papel institucional no processo produtivo ditado pelas Constituições atuais, entre elas, a brasileira.

Apresentadas as bases teóricas da *law and economics*, verifica-se sua estreita relação com os fundamentos ideológicos neoliberais reguladores que justificaram as alterações promovidas na Constituição Econômica, com o objetivo de reduzir a participação do Estado

⁶⁵ “*amumentando el precio que el paga por el alumno*”

na atividade econômica. Inclusive, Posner (2005) afirma, explicitamente, que “*O movimento de desregulação e o aumento do respeito pela ideologia do livre mercado, em geral, deve algo, senão muito, ao movimento da Análise Econômica do Direito*”, (POSNER, 2005, p. 04, tradução nossa)⁶⁶, confirmando o movimento acadêmico como braço teórico para o desenvolvimento e a defesa da ideologia do neoliberalismo de mercado.

Os postulados da escola da Análise Econômica do Direito como redução da atividade do Estado, ou a própria “ausência” do Estado e a crença na liberdade do mercado, estão estritamente atrelados aos fundamentos das Emendas Constitucionais anteriormente apresentadas (tais como as de n.ºs 6, 7, 9 e 19), sendo possível concluir que as alterações formuladas na Constituição brasileira são fortemente influenciadas por mencionada teoria, que desenvolve seus pressupostos sob a influência do neoliberalismo regulador

Analisemos, então, alguns fundamentos que servem de base para a teoria da Análise Econômica do Direito, que a justificam como o mais racional método de escolhas dentro da vida social, como o ótimo de Pareto, teoria econômica que defende que uma boa política pública é aquela que melhora a condição de, ao menos, uma pessoa dentro da sociedade, sem prejudicar as demais, além do fato de que as pessoas possuem ações individualistas na persecução da maximização de sua riqueza.

4.1.1 Método paretiano

Vilfredo Pareto (1848-1923) nasceu em Paris, apesar de filho de pais italianos, desenvolveu seus trabalhos acadêmicos em finais do século XIX e início do século XX, sob as bases teóricas de Adam Smith, sendo membro, inclusive, de sociedade em Florença que era composta por estudiosos da obra *A Riqueza das Nações*. Era partidário, também, do positivismo de Comte e do darwinismo social de Spencer, que influenciaram decisivamente suas teorias.

Crítico ferrenho das teorias socialistas, de Saint-Simon a Karl Marx, Vilfredo Pareto afeiçoou-se ao conhecimento sociológico e econômico, o que o levou a distanciar-se de sua formação originária de engenheiro ferroviário, apesar de utilizar seu conhecimento matemático para o desenvolvimento de sua obra, pois tinha posição fortemente influenciada pelo racionalismo lógico, próprio das ciências exatas, chegando a afirmar “*Meu credo nessa época era mais ou menos o seguinte: ‘a Economia Política, tal como haviam concebido os*

⁶⁶ “El movimiento de desregulación y el aumento del respeto por la ideología de libre mercado, en general, le deben algo, si no mucho, AL movimiento del Análisis Económico del Derecho”

economistas clássicos, era uma ciência perfeita ou quase-perfeita; restava-se por em prática estes princípios’.” (PARETO, 1984, p. 17)

Apesar de sua formação, Vilfredo Pareto foi reconhecido como economista, desenvolvendo sua obra, notadamente, sobre a noção de equilíbrio, sendo que, dentre as teorias por ele construídas está a denominada “lei de Pareto”, também conhecida como “ótimo de Pareto”, abrindo novas perspectivas para a economia moderna, nas quais se defende que a curva de rendimentos varia pouco, comparativamente, entre as nações, as épocas e os sistemas político-econômicos, defendendo a ideia de que a distribuição de riquezas não é causa das desigualdades sociais. Sua teoria do ótimo de Pareto lança bases para o desenvolvimento da Economia Pura voltada para o individualismo e hedonismo do *homo œconomicus*, afirmando uma natureza econômica imanente ao homem, desvinculado-o das condições histórico-conjunturais, em contraponto ao que foi desenvolvido pela dialética marxista, que defende um homem social, na perspectiva do materialismo histórico.

Resgatando a tradição naturalista dos fisiocratas, Vilfredo Pareto (1984) explica:

Estimulado pelo desejo de trazer uma contribuição indispensável ao estudo da Economia Política e, sobretudo, atendo-me ao exemplo das ciências naturais, fui levado a escrever o *Traité de Sociologie*, cujo único fim – digo único e insisto neste ponto – é investigar a realidade experimental aplicando às Ciências Sociais os métodos empregados na Física, na Química, na Astronomia, na Biologia e em outras ciências análogas. (PARETO, 1984, p. 21).

Nesse sentido, conforme afirma também o autor, seu ponto de partida lógico-experimental se evidencia pela profunda utilização da linguagem matemática e algébrica, fixando-se na ação qualificada pelo elemento da logicidade, na medida em que determina a atividade do homem a um determinado fim. Contudo, Vilfredo Pareto (1984) também desenvolve teoremas especulativo-filosóficos e, através da utilização de neologismo, utiliza a expressão ofelividade, referenciando-a a um sistema de forças estritamente econômicas que evoca a sensação de prazer provocada pelo bem, que desperta o desejo do consumidor, diferentemente da utilidade, que se refere ao sistema social como um todo.

A otimalidade de Pareto está sempre baseada na ideia de eficiência econômica, pressuposto defendido pela escola da Análise Econômica do Direito que eleva o valor eficiência à condição de único elemento ético capaz de conduzir o Direito. Nesse sentido, “*considera-se que um determinado estado social atingiu um ótimo de Pareto se e somente se for impossível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de alguma outra*

pessoa” (SEN, 2008, p. 47), sendo esta regra considerada como elemento crucial para a definição de políticas públicas.

Na definição de políticas públicas, portanto, dada a limitação de recursos para o atendimento das necessidades humanas que são ilimitadas, torna-se necessária a alocação eficiente de recursos para a geração do melhor fluxo das relações econômicas e, conforme já mencionado, a política econômica será eficiente, caso aumente a utilidade de, ao menos, uma pessoa dentro da sociedade, sem piorar a dos demais, o que evidenciaria um equilíbrio econômico. Nessa perspectiva, seria plenamente aceitável a realização de uma reforma tributária no Brasil, reduzindo-se a incidência da tributação da parcela da sociedade mais privilegiada economicamente, desde que tal medida não prejudicasse o restante da população.

Não escondendo a forte carga ideológica e a adesão ao liberalismo, a lei de Pareto não ficou livre de críticas, pois, para muitos doutrinadores a teoria desconsidera a desigualdade e a miséria existentes nos países, mesmo aqueles considerados desenvolvidos.

O autor indiano Amartya Kumar Sen (2008), ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998, defensor da ideia de que o desenvolvimento de uma nação está relacionado à situação de gerar oportunidades para a população, não poupou críticas ao ótimo de Pareto, dizendo que

Esse é um tipo muito limitado de êxito e, em si mesmo, pode não garantir grande coisa. Um estado pode estar no ótimo de Pareto havendo algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos. A otimalidade de Pareto, como “espírito de César”, pode “vir quente do inferno”. (SEN, 2008, p. 48).

Continuando suas críticas ao ótimo de Pareto, Amartya Kumar Sen (2008) aponta a inadequação da teoria à realidade global, na medida em que considera simplesmente a eficiência no espaço das utilidades, confirmando o legado da tradição utilitarista anterior, o que poderia gerar um aumento das desigualdades sociais, em detrimento do que o autor denomina economia do bem-estar global.

No entanto, o autor indiano não invalida por completo o teorema criado por Vilfredo Pareto, defendendo apenas a alteração das premissas, ou seja, ao invés de buscar a eficiência na melhoria individual das pessoas, a ideia de otimalidade deveria estar relacionada ao bem estar social global, propondo uma melhor alocação dos recursos, em benefício da sociedade e não das pessoas individualmente consideradas, ou seja, não há possibilidade de realização de justiça social, sem a redistribuição da riqueza entre os mais abastados e os hipossuficientes economicamente.

4.1.2 Maximização da riqueza

Como outro pressuposto da escola da Análise Econômica do Direito, a teoria da maximização da riqueza é proveniente das mesmas bases fundamentais do utilitarismo desenvolvido por Jeremy Bentham, pois, ambos compartilham da questionável certeza de que os indivíduos são maximizadores racionais de sua própria satisfação em todas as atividades realizadas na vida, reforçados pelos estreitos laços com a microeconomia neoclássica, contudo, divergem na finalidade almejada pela racionalidade das ações humanas.

Ao contrário do defendido pelo utilitarismo benthamiano, que desenvolve a teoria de que os homens agem de forma individualista, egoística e hedonisticamente na busca da satisfação e felicidade própria, o pressuposto que a Escola da Análise Econômica do Direito defende é o de que as ações humanas são de fato individualistas, mas, ao invés de buscar a felicidade, o homem age com a finalidade de maximizar sua riqueza.

A partir do princípio da utilidade, Jeremy Bentham defendeu a ideia de que as ações humanas objetivam sempre a busca da maior felicidade possível, o que refletiria na formulação das leis e das decisões proferidas pelas autoridades públicas, que deveriam ser tomadas no mesmo sentido, qual seja, na busca da promoção da maior felicidade para o maior número possível de pessoas.

Ciente das imperfeições apontadas ao utilitarismo, apesar de construir sua teoria sob as mesmas bases do utilitarismo, o próprio Richard Allen Posner (2010) tece críticas ao mesmo, acusando-o de possuir um caráter elástico e pouco funcional, pois, *“Não se pode medir e agrupar a felicidade de milhões de pessoas diferentes com a finalidade de comparar a utilidade de políticas alternativas”* (POSNER, 2010, p. 41). Afirma, ainda, que as políticas públicas defendidas por Bentham, longe de refletir a felicidade das pessoas, não passavam de reflexo de suas preferências pessoais, diante de alto grau de subjetividade proposta pelo valor defendido no utilitarismo, vez que a norma econômica estabelecida por Posner, segundo ele, fornece bases mais sólidas para a ética.

Richard Allen Posner (2010) tenta afastar-se do utilitarismo, doutrina que, segundo ele, é rejeitada pelos autores atuais como sendo uma teoria normativa do Direito, apontando outras críticas que não são endereçadas à teoria da maximização da riqueza. Além do alto grau de subjetividade e incerteza do utilitarismo, pois a felicidade é um valor de difícil mensuração, mas sentimento que se pode encontrar, inclusive, nos animais irracionais, padece

de fundamentos, também, quanto aos direitos do nascituro e dos estrangeiros, pois, destes não há como se detectar a felicidade.

O utilitarismo, também, é acusado de não apresentar método para calcular o efeito de uma decisão na vigência da felicidade total da população relevante, apesar da possibilidade de evocação da abordagem de Pareto para a solução da questão, bastando, para isso, que uma pessoa se encontre satisfeita para a apuração do resultado favorável. Em última instância, a teoria de Bentham pode ser evocada para justificar monstruosidades morais, na medida em que, sob suas premissas, é possível sacrificarem-se indivíduos para a satisfação de uma maioria, dentro da coletividade. Portanto, o utilitarismo parece fundamentar direitos, no mero palpite empírico de que promovem a felicidade, não sendo suficiente para justificar uma teoria normativa do Direito.

Superados os pressupostos utilitaristas e as críticas comparativas entre eles e a teoria da maximização da riqueza, Richard Allen Posner (2010) defende a existência de uma sociedade organizada, segundo o princípio do escambo, elevando-se a importância do conceito de valor desenvolvido na economia e derivado da riqueza da sociedade, esta entendida como a soma de todos os bens e serviços, calculados pelo valor que lhes são atribuídos.

Conceituando-se valor como aquilo que as pessoas estão dispostas a pagar por uma mercadoria ou um serviço e não pela felicidade que extrairão de sua aquisição, o autor estabelece a diferença entre suas premissas teóricas e as definidas no utilitarismo, evocando a importância da noção de mercado para a construção de seus argumentos.

Nesta perspectiva, Richard Allen Posner (2010) equipara ao mercado todas as relações existentes dentro da sociedade, dando como exemplo o “mercado de casamento”, “mercado da criação de filhos”, “mercado do jogo de *bridge*”, afirmando a possibilidade de, através das regras da economia, calcular o valor monetário de todas as relações sociais, criando a figura de mercados implícitos ou hipotéticos. Portanto, ao contrário da felicidade buscada na utilidade e tendo em vista a possibilidade de calculabilidade monetária, a maximização da felicidade não seria a mesma maximização da riqueza, chegando a afirmar que “*riqueza não é sinônimo de felicidade*” (POSNER, 2010, p. 77).

A maximização da riqueza é pressuposto ético fundamental, na visão dos autores da *Law and Economics*. Discorrendo o tema, Richard Allen Posner (2010) assim o define:

[...] dou o nome de ‘maximização da riqueza’ à doutrina que usa a análise de custo-benefício para orientar a decisão judicial [...] a essência dessa abordagem está em insistir que todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários, sejam levados

em conta para decidir o que é uma norma ou prática eficiente. (POSNER, 2010, p. 13).

E, segundo o princípio da maximização da riqueza, os direitos e recursos devem ser conferidos àqueles que, provavelmente, melhor lhes darão destinação, ou seja, os valorizarão, de modo a minimizar os custos de transação, pois, pessoas produtivas dão mais à sociedade do que delas tiram, o que pode ser comprovado através de cálculos econômicos.

Conforme já exposto anteriormente, Richard Allen Posner (2010) tem a crença de que a maximização da riqueza é uma corrente intermediária, ou uma mescla de tradições filosóficas kantianas e utilitaristas rivais, pois a riqueza é positivamente vinculada à utilidade, porque envolve um respeito às escolhas individuais, no modelo de transação voluntária de mercado. E, nas somas das atividades individuais, numa sociedade na qual prevalece o liberalismo econômico⁶⁷, a grande maioria das pessoas que exercem atividade produtiva obtém rendimento inferior ao valor total de sua produção, sendo, portanto, um elemento favorável à produção da riqueza da sociedade.

4.2 Propostas para a racionalidade da decisão judicial sob a perspectiva da *Law and economics*

Partindo da premissa de que as pessoas agem racionalmente em todas as esferas de sua vida, tanto quando praticam relações de troca no mercado, portanto através da realização de atividades mercadológicas, quanto estabelecem outras relações como as do casamento, propositura de ações judiciais ou prática de crimes, ou seja, através de atividades não mercadológicas, é que se desenvolve a teoria da Análise Econômica do Direito, sob o aspecto normativo, na medida em que considera que a racionalidade econômica prevalece não somente nas atividades mercadológicas, sendo utilizada, também, nas atividades não mercadológicas.

A defesa da teoria se constrói no sentido de que, se partimos do pressuposto de que as ações humanas, mesmo nas atividades não mercadológicas, visam sempre à maximização da riqueza, a questão da racionalidade da decisão não pode ser respondida sob bases lógicas, nem tampouco sob argumentos intuitivos. Sob essa perspectiva, *“a única forma de medir a utilidade da aplicação da análise econômica à esfera não mercadológica é realizar estudos*

⁶⁷ Segundo Richard Posner “Na opinião de quase todos os economistas (inclusive os marxistas), o livre mercado, a despeito de quaisquer objeções igualitaristas que se possam fazer contra ele, maximiza a riqueza de uma sociedade.” (POSNER, 2010, p. 81).

econômicos do comportamento não mercadológico, cujos resultados devem ser posteriormente avaliados” (POSNER, 2010, p. 04).

No dizer de Richard Allen Posner (2010), os estudos promovidos pelo grupo de autores da escola da Análise Econômica do Direito é composto por dois ramos, sendo o primeiro o de análise das leis que regulam as atividades estritamente econômicas, com bases nas discussões existentes desde Adam Smith, como o exemplo dos efeitos econômicos da legislação mercantilista, e o segundo relativo à análise das leis que regulam os comportamentos não mercadológicos, ramo mais recente, cujos pioneiros foram Ronald Coase e Guido Calabresi, que elaboraram estudos sobre os custos sociais.

Em seu artigo publicado em 1961, analisando decisões judiciais relativas à responsabilidade civil, Ronald Coase identificou certa relação entre as decisões e a alocação de recursos, conforme observado por Richard Allen Posner (2010)

[...]Coase observou que os juízes ingleses, ao interpretarem a doutrina da perturbação da paz (*nuisance*) no *common law* (que cuida dos assuntos relativos à poluição e formas semelhantes de interferência no uso da propriedade), haviam proferido decisões que pareciam estar de acordo com a análise econômica do problema. Na verdade, demonstraram-se portadores, ainda que por puro instinto, de uma visão econômica muito mais segura que a dos próprios economistas! (POSNER, 2010, p. 07).

E, a partir dos estudos realizados por Ronald Coase e demais autores da Escola de Chicago, Richard Posner desenvolveu a hipótese de que “[...] *a melhor maneira de explicar o common law é entendendo os juízes como maximizadores do bem-estar econômico*” (POSNER, 2010, p. 07). Contudo, afirma que a hipótese não é a de que os juízes reproduzam os resultados do mercado através de suas decisões, mas de que eles preocupam-se com a condução do sistema econômico para a obtenção de resultados próximos da concorrência efetiva, num ambiente de livre mercado. Porém, os juízes agem intuitiva e discricionariamente, sendo necessária a construção de soluções técnicas a legitimar as decisões proferidas. Nesse sentido:

Além de preconizar esse uso normativo da análise econômica, o movimento “direito e economia” descobriu que os juízes, especialmente nos sistemas de *common law*, mas não somente aí, tendem a deixar-se orientar, no exercício de sua discricionabilidade, por um entendimento intuitivo da economia no litígio. [...] Seria um exagero dizer que a economia é a própria essência vital do direito, mesmo no *common law* anglo-americano, que aponta para uma afinidade profunda, embora incompleta, entre o processo legal e a teoria das escolhas racionais. Especialmente numa sociedade comercial (como é o do Brasil de hoje), é inevitável que os valores comerciais, tais como a eficiência econômica, venham a influenciar as autoridades que determinam os rumos políticos do país; e, como é inevitável a

discricionariedade judicial, os juízes se contam entre essas autoridades. Assim, a análise econômica do direito tem também uma dimensão positiva (no sentido descritivo ou empírico, não juspositivista), além da dimensão normativa sobre a qual já falamos. (POSNER, 2010, p. XVII).

De acordo com os estudos realizados sob a perspectiva da interpretação econômica, é possível constatar uma estrutura econômica implícita na *common law*, através de provas obtidas em estudos das normas e das decisões judiciais, o que pode ser exemplificado, afirmam os estudiosos, através da fórmula de Hand⁶⁸ utilizada em casos de responsabilidade civil por negligência, que estabelece uma relação entre a falta de cuidado, nos casos em que os custos de prevenção são inferiores à probabilidade de ocorrência do acidente, multiplicada pela perda advinda de sua efetiva ocorrência, construindo-se um conceito economicamente eficiente de precaução e negligência.

Entretanto, apesar dessa constatação expressa da utilização da doutrina econômica pelos tribunais norte-americanos, Richard Posner considera que a Análise Econômica do Direito opera de forma mais sutil no ordenamento jurídico da *common law*, pois segundo o autor, “*a partir da análise de uma miríade de doutrinas jurídicas, muitos economistas, bem como juristas inclinados ao pensamento econômico, constataram que o direito obedece misteriosamente às leis da economia*” (POSNER, 2010, p. 08), ou seja, constata-se a submissão implícita do Direito à Economia, hipótese acadêmica desenvolvida mais explicitamente pelos pressupostos teóricos defendidos pelos autores da escola de Chicago.

Constatada a tendência natural, para utilizar a linguagem de Richard Allen Posner (2010), de que os juízes aplicam intuitivamente o direito na busca da eficiência econômica, a conclusão da Análise Econômica do Direito é a de que o conceito de justiça não poderá andar divorciado do conceito de eficiência, esta entendida como maximização da riqueza. E, aqui, encontra-se, portanto, a principal premissa estabelecida pela escola da Análise Econômica do Direito, a saber: a ideia de que justiça está diretamente vinculada à ideia de eficiência econômica, porque, “[...] *a eficiência, tal como a defino, caracteriza-se como um conceito de justiça adequado e imputável aos juízes [...]*” (POSNER, 2010, p. 10), elevando-se o valor econômico como norteador de toda a epistemologia jurídica. Defendendo essa ideia, Posner afirma:

[...] sugeri que a análise econômica do direito seja usada para orientar a decisão judicial – para instruir os juízes quanto ao melhor modo de decidir causas cujo

Learned Hand (1872-1961) foi um famoso juiz norte-americano, integrante do Tribunal Recursal federal da 2ª Região em Nova York.

resultado não é determinado diretamente pelos textos da Constituição ou da legislação infraconstitucional, ou seja, causas situadas naquele campo aberto em que os juízes podem exercer sua discricionariedade. No caso dos delitos civis culposos, o sistema de *common law* em vigor nas jurisdições anglo-americanas permite que o direito seja criado, e não somente aplicado, pelos juízes. A maioria das áreas de direito público é regida por um texto constitucional ou infraconstitucional ao qual os juízes estão vinculados; muitas vezes, porém, esse texto é vago e deve ser interpretado criativamente, o que exige, por sua vez, o exercício da discricionariedade judicial (POSNER, 2010, p. XV).

Portanto, reconhecidas as limitações da norma, inviabilizadas que estão de antever todas as situações factuais possíveis de ocorrência na realidade da vida, conclui-se pela possibilidade do exercício de atividade criativa por parte do juiz, o que possibilita um perigoso grau de discricionariedade na atividade jurisdicional. As decisões judiciais proferidas sob os pressupostos da Análise Econômica do Direito garantiriam, sobretudo, o afastamento da aleatoriedade e discricionariedade, males que prejudicam a previsibilidade e segurança jurídica, valores tão almejados pela ideologia econômica neoliberal reguladora, que podem ser obtidos por intermédio de formulações estabelecidas no âmbito das ciências econômicas, através, principalmente de peritos, que deveriam auxiliar os operadores do direito, na busca das escolhas com critério mais racional possível⁶⁹.

4.2.1 Análise de casos de aplicação da teoria

Já a algum tempo, a jurisprudência pátria vem reconhecendo a ineficácia do silogismo desenvolvido pelo positivismo exegético para a solução dos casos concretos, com o acolhimento de inúmeras novas teorias e doutrinas não positivistas, na tentativa de construção de novos fundamentos para a aplicação do Direito, o que tem gerado uma forte tendência consequencialista, nas decisões proferidas pelos tribunais.

Os efeitos das decisões, principalmente daquelas que exercem o controle de constitucionalidade, têm gerado amplo debate na doutrina nacional, na medida em que se observa a incorporação pela jurisprudência brasileira de novos institutos jurídicos, como a

⁶⁹ Em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, os Profs. Misabel de Abreu Machado Derzi e Thomas da Rosa de Bustamante analisam da seguinte forma os objetivos da teoria de Richard Allen Posner: “Esse método, por ser pautado em uma racionalidade exclusivamente econômica, é absolutamente indiferente em relação à justiça da forma como se fará a considerações morais ou igualitárias como fatores de valoração do direito ou como parâmetros para os discursos de aplicação do direito válido. Posner constrói, portanto, uma teoria que é rigorosamente indiferente ao valor da igualdade ou da justiça (*fairness*), que são vistos como irrelevantes para a interpretação do direito. Ao tratar das desigualdades de renda e da distribuição de justiça, por exemplo, o autor não descarta redistribuir a riqueza em favor dos mais ricos, caso essa medida se revele apta a maximizar a riqueza global da sociedade.” (DERZI; BUSTAMANTE, 2013, p. 330).

modulação dos efeitos das decisões, a declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto, a interpretação conforme a constituição e o fenômeno da mutação constitucional, para nos atermos somente a alguns exemplos.

As premissas desenvolvidas pela *Law and Economics* surgem como proposta alternativa ao modelo positivista que fundamenta o Direito, principalmente, para as nações de tradição romano-germânica, na medida em que reconhece as inconsistências do sistema do Direito legislado, propondo uma racionalidade microeconômica, com base na crença no individualismo metodológico e na eficiência maximizadora da riqueza, como fundamentos que evidenciariam o melhor critério para a realização das escolhas humanas.

Apesar da ampla difusão da teoria da Análise Econômica do Direito na doutrina brasileira, tanto no Direito Econômico, quanto nas demais áreas do Direito, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos da América, ainda é incipiente o reconhecimento e acolhimento expresso dessa teoria pela jurisprudência pátria. O que se observa é a posição de alguns Tribunais inferiores que a aplica em casos de fixação do *quantum debeatur* em ações indenizatórias, além de em decisões isoladas encontradas no Superior Tribunal de Justiça, não tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado expressamente, ao menos nos dispositivos e ementas de suas decisões, de maneira a reconhecer como válidos os pressupostos dessa teoria como fundamento do Direito no Brasil.

Assim sendo, tal teoria não foi acolhida pela maioria dos Tribunais brasileiros. Pelo contrário, temos decisões dos Tribunais superiores em sentido diverso e, até mesmo, acolhendo-a, parcial e/ou intuitivamente, sem a preocupação por atender aos pressupostos teóricos da escola.

Conforme exposto, tem se tornado comum a menção da teoria da Análise Econômica do Direito em decisões proferidas em processos cuja questão controvertida é a pretensão indenizatória, em virtude de responsabilidade civil por dano material ou moral causado a outrem, como fundamento para a definição do *quantum* indenizatório estabelecido na decisão. A utilização da expressão menção não é por acaso, pois, através do estudo de diversas decisões proferidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Paraná⁷⁰, restou constatado que, em que pese seja realizada a referência à mencionada teoria, o que se observa é, simplesmente, a

70 A título de exemplificação, mencionaremos apenas algumas decisões recentes do Tribunal de Justiça do Paraná, cuja fundamentação é idêntica: (TJPR – RI 0037674-13.2012.8.16.0182/0 - J. 02.12.2014); (TJPR - RI 0014387-80.2011.8.16.0012/0 - J. 10.11.2014); (TJPR - RI 0000488-87.2013.8.16.0030/0 - J. 21.10.2014); (TJPR - RI 0031530-91.2012.8.16.0030/0 - J. 21.10.2014); (TJPR - RI 0001322-87.2013.8.16.0031/0 - J. 21.10.2014); (TJPR - RI 0000768-55.2013.8.16.0031/0 - J. 29.10.2014); (TJPR - RI 20130001312-2 - J. 03.04.2014); (TJPR - RI 0011197-16.2013.8.16.0182/0 - J. 16.10.2014). (PARANÁ, 2015).

indicação de que a mesma estaria sendo utilizada como fundamento do direito judicialmente assegurado, sem, contudo, apresentar o desenvolvimento da fundamentação exigida, que justificasse adesão à teoria. Extraímos parte de um acórdão que seria a fundamentação para a definição do valor indenizatório, supostamente fundamentado pela teoria da *Law and Economics* e o apresentamos:

No que tange ao valor indenizatório, considerando os postulados da Análise Econômica do Direito ou Direito e Economia (*Law and Economics*) que apontam a necessidade de ser o descumprimento das normas especialmente custoso ao indivíduo que o cumprimento das normas, além da capacidade econômica das partes e na necessidade de que o custo de descumprimento das normas tenha razoável impacto a permitir a adoção de outros comportamentos consentâneos com as normas pelo fornecedor, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade consolidados nos precedentes desta Turma Recursal, critérios estes quem levam em consideração tanto a capacidade econômica das partes, como o grau de culpa, observa-se que o fato em comento ensejou restrição indevida junto a empresa que comprovou possuir relevante porte econômico por longo período, justifica-se, diante das peculiaridades do caso concreto o estabelecido da indenização no patamar estabelecido. (PARANÁ, RI nº 4738-28.2010.8.16.0012, 2014).⁷¹

Observa-se do texto que o Tribunal tem mencionado a teoria como fundamento para o estabelecimento do valor de indenização por responsabilidade civil, sem sequer desenvolver seus pressupostos, nem tampouco se valer dos critérios fornecidos pela ciência econômica, para a apuração dos resultados supostamente pretendidos. Nesse sentido, podemos afirmar que nos casos julgados pelo Tribunal paranaense, a teoria não estaria sendo utilizada da forma como se propõe, pois, a intuitividade observada no julgamento, eis que não há qualquer menção da realização de perícia econômica para se comprovar os resultados proclamados no *decisum*, e isso é exatamente o que é combatido pela escola da Análise Econômica do Direito. Além do mais, nos termos em que a teoria é mencionada no acórdão, ela se apresenta como verdade não epistêmica incontestável e dogmatizada na práxis forense do Tribunal.

Em outro caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a teoria da Análise Econômica do Direito também foi mencionada no acórdão. Trata-se de ação dúplice, na qual as partes antagonizaram suas pretensões de usucapião e reintegração de posse. A parte requerente da ação de usucapião, alegando posse mansa, ininterrupta e pacífica, atendendo aos requisitos legais, teve sua pretensão resistida pela outra parte que, conforme mencionado,

⁷¹ “RECURSO INOMINADO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. PESSOA JURÍDICA. ELEMENTOS QUE DEMONSTRAM PREJUÍZO RELEVANTE. DANO MORAL CONFIGURADO. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. VALOR INDENIZATÓRIO MANTIDO. SENTENÇAMANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. : Ante o exposto, decidem os Juízes integrantes da 1ª Turma Recursal do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento, nos exatos termos deste voto.” (CURITIBA, 0004738-28.2010.8.16.0012/0, 2014).

requereu a reintegração da posse do imóvel objeto do litígio, ao argumento de que, ao tempo do exercício da posse *ad usucapionem* era menor, não correndo contra si, portanto, o prazo prescricional aquisitivo da propriedade.

No julgamento do caso, o Relator expressou em seu voto que “[...]as decisões judiciais em ambos os processos são adequadas e eficientes, estabelecendo entre as partes uma situação de equilíbrio (ótimo de Pareto). Ou seja, nenhum dos envolvidos pode buscar maior benefício para si sem aumentar o custo (prejuízo) dos demais envolvidos” (RIO GRANDE DO SUL, 70051118800, 2012)⁷², julgando improcedente a pretensão de usucapir e procedente a ação de reintegração de posse, mas justificando que ambas as partes saíram beneficiadas pelo resultado jurisdicional, tendo em vista que a parte sucumbente teria gozado da posse do imóvel por mais de vinte anos.

Analisando a decisão do Tribunal riograndense, chegamos à mesma conclusão quando da análise das decisões do Tribunal paranaense, pois apesar de constar da ementa do acórdão a utilização da teoria da Análise Econômica do Direito como fundamento da decisão, após a leitura da íntegra do acórdão, a única menção aos pressupostos da teoria é a transcrita no parágrafo anterior, constatando-se a aplicação intuitiva da teoria, sem qualquer aprofundamento nas técnicas disponibilizadas pelas ciências econômicas para a apuração dos resultados econômicos afirmados.

Perante a Justiça Federal inobserva-se, também, o reconhecimento dos pressupostos teóricos desenvolvidos na *Law and Economics*, pela Universidade de Chicago, havendo apenas decisões isoladas que mencionam a teoria, sem, contudo, valerem-se da metodologia defendida, como a utilização de peritos economistas para a persecução da decisão com base na racionalidade econômica, de modo a produzir os melhores efeitos alocativos dos recursos econômicos para o mercado.

Encontramos um exemplo de aplicação da teoria econômica em decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em recurso de apelação cível de nº

⁷² “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL (INCISO II, ART. 927, DO CPC). ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE E DO PROCESSO. CONFORME EVIDENCIADO NOS AUTOS, NÃO HOUVE TURBAÇÃO OU ESBULHO, POIS A POSSE DOS APELADOS DECORRE DA COMPRA DO IMÓVEL POR AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, CONCEDIDA NA AÇÃO DE INTERDIÇÃO DO PROPRIETÁRIO DE ORIGEM. AUSENTE, PORTANTO, ILICITUDE NO FATO POSSE. EFICIÊNCIA ECONÔMICA DAS DECISÕES. DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS NA AÇÃO DE USUCAPÍO E NA AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE SÃO COERENTES E EQUILIBRADAS, COM CONSEQÜÊNCIAS QUE GERAM O MÁXIMO DE BENEFÍCIOS AOS ENVOLVIDOS, COM O MENOR CUSTO POSSÍVEL, DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS COMPROVADAS EM AMBOS OS PROCESSOS. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME.” (RIO GRANDE DO SUL, 70051118800, 2012).

2002.51.01.021097-6⁷³ interposto pela Gol Transportes Aéreos S/A, visando à reforma da sentença proferida nos autos do mandado de segurança que impetrou contra ato do Diretor-Geral do Departamento De Aviação Civil do Ministério da Aeronáutica, que versa acerca do afastamento da exigibilidade do adicional de tarifa aeroportuária previsto no art. 6º do Decreto nº 76.590/75, com a redação dada pelo Decreto nº 98.996/90.

No voto vencedor, o Desembargador Federal Relator considerou a necessidade de afastar a aplicação da lei, considerando argumentos exclusivamente econômicos, uma vez

⁷³ “MANDADO DE SEGURANÇA. ADICIONAL DE TARIFA AEROPORTUÁRIA. ART. 6º DO DECRETO 76590/75, COM A REDAÇÃO DADA PELO DECRETO 98996/1990. ARGUIÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE N.º 32 DO TRF 2ª REGIÃO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, NORMATIVISMO E IMPLICAÇÕES ECONÔMICAS. ILEGALIDADE. APELAÇÃO PROVIDA. 1. O exame da constitucionalidade do art. 6º do Decreto 76.590/75, com a redação dada pelo Decreto 98.996/1990, afigura-se precluso no caso dos autos, considerando que a matéria foi afetada ao plenário do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (fl. 515), que não conheceu do incidente (fl. 597 / 601), em face da decisão proferida no julgamento da arguição de inconstitucionalidade n.º 32, nos autos da AMS 2002.02.01.017628-0. 2. O procedimento de arguição de constitucionalidade, os artigos 480 a 482 CPC (redação dada pela Lei 9756 / 98) e a própria Súmula vinculante 10 STF constituem vigoroso exemplo de fusão entre o modelo difuso ou incidental de controle de constitucionalidade herdado do empirismo norte-americano e o modelo concentrado herdado do constitucionalismo europeu. 3. Pronunciamentos anteriores do TRF 2ª Região favoráveis às companhias aéreas. Ações intentadas pelas companhias TAM, VARIG e VASP (Apelações cíveis 1999.02.01.059079-4, Rel. Des. Fed. Paulo Barata; 2001.51.01.005965-0, Rel. Des. Fed. José Neiva e 2002.02.01.023858-3, Rel. Des. Fed. Paulo Barata). 4. Em demandas tributárias, envolvendo todo o universo difuso de contribuintes, é comum e possível que, dentre aqueles que acionam o poder judiciário, alguns obtenham provimentos favoráveis que afastem exações instituídas pelo poder público, e outros não. Especificidades do caso concreto, onde o universo de que se trata - o das companhias aéreas em atuação no Brasil - é composto de poucos atores, basicamente duas grandes empresas que disputam a maior parte do mercado (Gol e TAM) e poucas outras empresas com fatias menores do mercado nacional e regional. Inviabilidade da manutenção da situação •sim para um não para outro-. Potencialidade de graves desequilíbrios para o próprio funcionamento do sistema. 5. Adicional controvertido de extrema relevância para a contabilidade das empresas, por corresponder a 1%, que pode chegar até 3%, sobre o faturamento bruto de todas as vendas de bilhetes - valor extremamente significativo em face dos custos suportados pelas empresas e do atual estágio de competitividade entre as empresas. 6. A adoção do modelo formal e normativista de resolução baseado na verticalidade dos institutos de controle de constitucionalidade, criaria grave desequilíbrio no setor aéreo. Necessidade de temperar a ênfase desmedida da teoria da norma jurídica, herança da teoria pura idealizada por Hans Kelsen - aspecto crítico que apresenta o modelo jurídico dos países de tradição romano - germânica - caso do Brasil. 7. Sem os exageros extremamente liberais da Escola de Chicago, o caso dos autos revela a necessidade que informou o surgimento da linha defendida pela escola da Law and Economics, construída nos EUA após a 2ª Guerra Mundial: interação entre Direito e Economia de modo a permitir que nem sempre os métodos de resolução de conflitos sejam regulados por um sistema fechado e formalista, alheio à linguagem de disciplinas correlatas, como a economia. 8. Em determinadas situações, em face do momento atual caracterizado por globalização de uma sociedade industrial, surgem questões complexas que interferem diretamente na economia e que a aplicação do modelo formal é incapaz de resolver de forma adequada. 9. A intervenção do Governo mediante políticas tarifárias não pode gerar desequilíbrios graves no sistema composto por poucos atores que entre s guardam agressiva competitividade de mercado. Embora o exame da constitucionalidade esteja encerrado para este órgão fracionário, em face do que decidido na arguição de inconstitucionalidade n.º 32, encontra-se aberta a análise de outros aspectos relativos à apreciação da legalidade independentemente da matéria constitucional suscitada, com as peculiaridades do caso concreto. 10. Assim, colocada a questão, deveria a Administração ter providenciado os mecanismos para evitar o desequilíbrio. Não o fazendo, surge ilegal omissão que pode ser controlada no caso concreto, não pelo viés normativo puro da verticalidade do controle concentrado de constitucionalidade associado ao tema da inconstitucionalidade reflexa, mas sim, por uma postura - embora mais pragmática - mas que seja fonte de uma maior otimização da eficiência do setor em cujas relações se encontra a questão ora controvertida. 11. Recurso provido.” (BRASIL, Apelação Cível nº 2002.51.01.021097, 2012).

que, segundo ele, o mercado de aviação civil brasileiro é conduzido, primordialmente, por apenas duas grandes empresas, quais sejam, GOL e TAM, sendo que esta última obteve decisão favorável perante o Poder Judiciário e a primeira não, o que poderia gerar um desequilíbrio na concorrência, em virtude de que a manutenção do tributo geraria um reflexo econômico de 3% (três por cento) na receita bruta de uma, que não seria suportado pela outra. Nesse sentido, o fundamento da decisão esclarece:

É comum que, em demandas tributárias, envolvendo todo o universo difuso de contribuintes, dentre aqueles que acionam o poder judiciário, alguns obtenham provimentos favoráveis que afastem exações instituídas pelo poder público, e outros não. Não obstante aperfeiçoamentos do sistema jurídico no sentido da maior uniformização de entendimentos, fortalecendo-se os instrumentos de controle concentrado, ainda se afigura possível que situações jurídicas idênticas titularizadas por sujeitos diversos tenham tratamento igualmente diverso.

No caso dos autos, contudo, o enfoque há que ser diverso. O universo de que se trata - o das companhias aéreas em atuação no Brasil - é composto de poucos atores, basicamente duas grandes empresas que disputam a maior parte do mercado (Gol e TAM) e poucas outras empresas com fatias menores do mercado nacional e regional. A manutenção da situação “sim para um não para outro” em casos que tais é potencialmente causadora de desequilíbrios para o próprio funcionamento do sistema, principalmente em se tratando de adicional de 1%, que pode chegar até 3%, sobre o faturamento bruto de todas as vendas de bilhetes - valor, aliás, extremamente alto em face dos custos suportados pelas empresas e do atual estágio de competitividade entre as empresas.

Assim, chega-se à curiosa conclusão de que a adoção do modelo formal de decidir a controvérsia - como sugerido no voto do eminente Relator - baseado na verticalidade dos institutos de controle concentrado de constitucionalidade, criaria situação justamente oposta à pretendida pela uniformização de entendimentos: segurança jurídica e estabilidade das relações sociais. Risco de grave afetação do mercado das empresas que atuam no setor aéreo no país.

Isso decorre, por assim dizer, de um aspecto crítico que apresenta o modelo jurídico dos países de tradição romano - germânica, como no caso do Brasil, baseado na ênfase desmedida da teoria da norma jurídica, herança da teoria pura idealizada por Hans Kelsen, desprezando elementos advindos da sociologia, política e economia.

Sem os exageros extremamente liberais da Escola de Chicago, o caso dos autos revela a necessidade que informou a o surgimento da linha defendida pela escola da Law and Economics, construída nos EUA após a 2ª Guerra Mundial: interação entre Direito e Economia de modo a permitir que nem sempre os métodos de resolução de conflitos sejam regulados por um sistema fechado e formalista, alheio à linguagem de disciplinas correlatas, como a economia. Em determinadas situações, em face do momento atual caracterizado por globalização de uma sociedade industrial, surgem questões complexas que interferem diretamente na economia e que a aplicação do modelo formal é incapaz de resolver de forma adequada - trata-se da manutenção da situação “sim para um não para outro” acima apontada.

No julgamento da arguição de constitucionalidade n.º 32, restou assentado que o adicional de até 3% sobre o valor bruto da venda de passagens aéreas das linhas domésticas, previsto no artigo 6º do Decreto n.º 76.590/75, com redação dada pelo Decreto n.º 98.996/90, possui natureza jurídica de tarifa - preço público - e não de tributo.

A prevalecer a tese contrária à defendida pela empresa, ter-se-ia a manutenção de um adicional tarifário somente para um dos atores do sistema relativo ao mercado das empresas que atuam no setor aéreo, o que fatalmente geraria um desequilíbrio grave em seu funcionamento, em detrimento de uma das empresas - a autora, ora apelante - em face das agressivas condições de concorrência entre as empresas. Por

assim dizer, um adicional de política tarifária, ao invés de efetivar uma política de bom funcionamento para o setor, criaria grave desequilíbrio de desajuste. Seria uma política às avessas. (BRASIL, Apelação Cível nº 2002.51.01.021097-6, 2012).

Note-se o reconhecimento expresso da *Law and Economics* como fundamento da decisão, com críticas ao normativismo kelseniano, em que pese o reconhecimento, também expresso, da sua forte tendência ideológica neoliberal e a ressalva da necessidade de consideração dos pressupostos teóricos com a devida parcimônia.

De qualquer forma, de todas as decisões analisadas até aqui, talvez, a proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região seja a que mais se aproxime dos pressupostos desenvolvidos pela escola da Análise Econômica do Direito, tendo em vista que afasta a aplicação da norma jurídica, baseando-se, exclusivamente, em argumentos econômicos. Contudo, nos fundamentos da decisão, não há qualquer comprovação, por estudos econômicos, de que o decidido produzirá os efeitos mencionados na decisão, não havendo, portanto, a certeza e previsibilidade exigidos pelos estudos desenvolvidos na Universidade de Chicago.

O Superior Tribunal de Justiça também vem reconhecendo e aplicando, através de votos isolados de alguns de seus ministros, os pressupostos elaborados pelos autores da escola da Análise Econômica do Direito, também para a definição do valor indenizatório, em ações de responsabilização civil por prática de atos ilícitos. Em voto vencido proferido em recurso especial, cujo objeto recursal era exatamente a definição do *quantum* indenizatório em ação de reparação com responsabilidade civil, a Ministra Nancy Andrighi recorreu aos pressupostos da teoria em questão, embasando sua decisão, assim:

Enraizada na Escola de Chicago e tendo com maiores expoentes os Professores de Economia e Juízes da Corte de Apelação do Sétimo Circuito Richard Posner e Robert Bork, a Escola da Análise Econômica do Direito parte do pressuposto de que a empresa jornalística atua com um agente de mercado: ao decidir se publica ou não uma matéria difamatória, a imprensa toma em conta, de um lado, os valores fixados pelos Tribunais a título de danos morais e, de outro, a expectativa de recita que o ato ilícito irá trazer. Tomando o exemplo adotado por Jerry L. Harison (*in Law and Economics, University of Florida, 20, pg. 186/187*), se a jurisprudência em caso semelhante sinaliza que a condenação não passará de US\$ 90 e a expectativa de receita com a publicação da matéria difamatória alcança US\$100, o ato ilícito será praticado pelo veículo informativo, eis que deixará de lucrar US\$ 10 (100 -90) senão publicar reportagem. De forma coibir este comportamento socialmente indesejável, como anota linha de precedentes oriundos da Suprema Corte dos Estados Unidos (cite-se, a respeito: *New York Times Co., v. Sullivan, 376 U. S. 254, 1964*), deve o julgador, ao fixar o *quantum* devido a título de danos morais, tomar em consideração a recita auferida pela imprensa com o ilícito praticado, pois do contrário estará estimulando os que buscam maximizar seu lucro em prejuízo de toda sociedade. (BRASIL, Recurso Especial nº 35.392, 2002).

A Ministra levou em conta, na elaboração de seus fundamentos, as consequências econômicas dos eventuais atos ilícitos praticados, considerando que, equiparando as relações que gravitam em torno da prática de atos ilícitos a um mercado econômico, se o ganho econômico auferido pelo causador do dano é superior ao valor de eventual indenização que, supostamente, terá que pagar, neste caso, haveria um estímulo à prática do ato ilícito, pois, em termos econômicos, seria vantajoso o desrespeito ao direito alheio, devendo o valor da indenização ser estipulado em patamar que inviabilizasse economicamente o cometimento da ilicitude. Contudo, esse raciocínio não saiu vitorioso no julgamento do recurso, não tendo sido incorporado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Contrariamente ao posicionamento defendido pela Ministra Nancy Andrighi, posta-se a proposta do Ministro Herman Benjamin que, dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça, em causa que trata de matéria pertinente à relação tributária obrigacional de imposto de renda de pessoa física, proferiu voto-vista divergente em recurso de embargos de divergência em recurso especial, repudiando, veementemente, os pressupostos teóricos da Análise Econômica do Direito, denunciando o forte conteúdo ideológico econômico neoliberal regulador da teoria, considerando-a linha acadêmica a serviço da classe detentora do poder econômico:

Embora chame atenção, à primeira vista, conotação processual da tese debatida no presente processo, na essência seu pano de fundo não é apenas técnico-jurídico, mas ideológico, isto é, a visão que se tem do atual modelo constitucional brasileiro, se é um Estado Social de Direito ou se é um Estado de Direitos Individuais. Mais precisamente, o que está em jogo é o tradicional Princípio da Primazia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, que informa todo o Direito Público e Privado brasileiro. Com efeito, ultimamente uma aguerrida, embora pequena, parcela da doutrina brasileira, inspirada na versão mais conservadora do *Law and Economics*, vem questionado as prerrogativas legalmente atribuídas ao Poder Público, a pretexto de que importariam ofensa à isonomia com os particulares. Nessa linha, entendo que o presente feito é uma oportunidade para o Superior Tribunal de Justiça, já passados mais de 20 anos da Constituição *welfarista* de 1988, reafirma a supremacia do interesse público, afastando, de vez, tese que, ainda que requestrada com roupagem contemporânea, remonta ideias liberais (do *laissez-faire* e de um modelo individualista de Direito) ou neo-liberais (de filiação à Escola de Chicago, tendo à frente o austríaco Friedrich von Hayek e o norte-americano Milton Friedman). (BRASIL, Recurso Especial nº 1.036.329, 2010).

No caso em que se proferiu o transcrito voto-vista, discutia-se a questão da admissibilidade ou não de um recurso especial interposto pela União, após o não envio dos autos em remessa obrigatória, pelo Tribunal *a quo* ao Superior Tribunal de Justiça, sendo que a posição vencedora considerou a ocorrência de preclusão lógica, tendo em vista a intempestividade do recurso da União, posição contrária à do Ministro Herman Benjamin, que defende a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, admitindo o recurso e

combatendo, de forma incidental, a ideologia de racionalidade microeconômica que tem se manifestado, esporadicamente, no Tribunal.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, observa-se que seus Ministros ainda não se sensibilizaram com os argumentos fornecidos pela teoria originada na escola de Chicago, para utilizá-los nas decisões que proferem, não tendo sido encontrados acórdãos que manifestassem, expressamente, como fundamentos das decisões, os pressupostos elaborados pela *Law and Economics*.

Tal constatação foi também confirmada por estudo realizado por Roberta Simões Nascimento, em dissertação de mestrado que pesquisou o consequencialismo econômico nas decisões do Supremo Tribunal Federal, em matéria tributária defendida na Universidade de Brasília em 2011. Segundo as conclusões da acadêmica

Outrossim, após o exame crítico dos casos escolhidos, foi possível observar que a jurisprudência do STF, embora venha de forma efetiva e indiscutivelmente considerando as consequências de suas decisões em matéria tributária, até agora não segue um padrão, tampouco tem parâmetros decisórios seguros sobre a forma pela qual devem ser consideradas as consequências das suas decisões. Dos julgados analisados, percebeu-se que as consequências ora foram negligenciadas, ora foram analisadas de forma casuística, de modo sorrateiro, não revelado, e até mesmo inconsciente, sem prejuízo dos acertos porventura alcançados. A falta de um modelo a ser seguido pelo STF quanto à maneira correta de sopesar as consequências de suas decisões tem impactos mais drásticos, em se tratando de matéria tributária, pois esse ramo, sendo devidamente aplicado, pode promover mais justiça fiscal e distribuição de renda entre os cidadãos, e porque centenas de milhões de contribuintes se veem afetados pelos julgamentos. Entretanto, nem sempre tem sido com as pessoas a preocupação do STF, dado que nos casos analisados nos quais o assunto foi debatido de fato, o foco se ateu às consequências econômicas, e sob o aspecto exclusivamente orçamentário, tendo-se descuidado da ótica dos direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, investidores, contribuintes e cidadãos em geral. (NASCIMENTO, 2011, p. 211-212).

Na dissertação, foram analisadas sete decisões do Supremo Tribunal Federal, dentre elas, o julgamento da inconstitucionalidade dos prazos decenais de prescrição e de decadência das contribuições sociais previstos nos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 (Recursos Extraordinários nºs 556.664; 559.882; 560.626 e 559.943, Pleno, julgamento em 12.06.2008), assim como o julgamento da constitucionalidade da revogação (pelo art. 56 da Lei nº 9.430/96), da isenção da Cofins sobre as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada (prevista no artigo 6º, inciso II, da Lei Complementar nº 70/91) (Recursos Extraordinários nºs 381.964 e 377.457, Pleno, julgamento em 17.09.2008).

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal não olvidam a necessidade da construção de precedentes jurisprudenciais mais atentos às realidades sociais, econômicas, políticas, buscando o fortalecimento dos direitos fundamentais, com formulação de argumentos para

além das propostas existentes no sistema positivista, prolatando decisões preocupadas com as consequências prováveis geradas através da atuação do Tribunal.

Nesse sentido, a Corte Excelsa tem incorporado diversas teorias novas que visam a fundamentar e legitimar o direito, evidenciando o que muitos autores denominam neoconstitucionalismo, conforme discutido no Capítulo 3 desta dissertação, aplicando a teoria de ponderação de valores, ou por vezes, evocando autores da corrente pragmatista, construindo uma lógica consequencialista nas decisões proferidas, sem evidenciar, contudo, a adesão à teoria da interpretação econômica do direito.

Todavia, há quem defenda a incorporação implícita das premissas da escola da Análise Econômica do Direito nas decisões da Suprema Corte, o que poderemos verificar, através da análise das ações diretas de inconstitucionalidade ADI nº 3512-6 e ADI nº 1950, que serão estudadas no próximo capítulo.

4.3 Críticas aos pressupostos teóricos⁷⁴

Conforme discorrido nos capítulos anteriores, a Constituição Econômica é integrada por um conjunto de normas jurídico-constitucionais, com conteúdo econômico, ou seja, trata-se da juridicização do fato econômico, tornando-o norma jurídica. E os princípios constitucionais que regem a atividade econômica representam a diversidade de ideologias econômicas puras que, interpretadas sistematicamente, evidenciam o que foi denominado ideologia constitucionalmente adotada pelo Prof. Washington Peluso Albino de Souza. Nesse sentido, não há prevalência de uma ideologia sobre outra e, qualquer tentativa de se implementar alterações no texto com o objetivo de afastamento de um valor constitucional em detrimento de outro, evidencia-se como clara inconstitucionalidade.

O pensamento neoliberal regulador, do final do século passado e início do presente tempo, influenciado, sobremaneira, as reformas em nosso texto constitucional, sendo que tal corrente de pensamento ideológico encontra fundamentos acadêmicos na teoria da Análise Econômica do Direito, que lhe apresenta bases propícias para seu desenvolvimento. Conforme já discorrido em capítulo anterior, algumas Emendas Constitucionais (n.ºs 5, 7, 9 e

⁷⁴ Diversas passagens desse trecho da dissertação foram extraídos do trabalho realizado pelo mestrando e seu orientador, aprovado no CONPEDI UNINOVE: CASTRO, Antônio Carlos Lúcio Macedo de; CLARCK, Giovanni. A Ordem Econômica Constitucional de 1988 e suas alterações reguladoras teorizadas pela Escola da Análise Econômica do Direito. In: MORAES FILHO, José Filomeno de; MARTINEZ, Regina Célia; ROB FILHO, Ilton Norberto (Org.). **Teoria do Estado e da Constituição**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 391-409.

19) foram promulgadas com o objetivo de minimizar a atuação do Estado na atividade econômica, corroborando a ampliação da atuação do capital privado no mercado brasileiro, evidenciando o alto grau de influência exercida pelas forças econômicas no sistema político brasileiro, o que já foi objeto de questionamento nesta dissertação, por meio da apresentação das críticas formuladas por Ricardo Sanín Restrepo ao modelo democrático neoliberal regulador prevalente nos Estados latino-americanos.

Como consequência das alterações da Constituição brasileira, vieram diversas alterações na legislação ordinária, instituindo-se no Direito Econômico brasileiro o denominado neoliberalismo de regulação. O programa de desestatização e privatização de diversas empresas estatais, com a criação das Agências Reguladoras, confirmam a submissão do Direito aos comandos e necessidades do capital privado, especialmente do capital internacional, colocando em risco, inclusive, a soberania econômica do Estado brasileiro.

Todo esse conjunto de reformas do Direito brasileiro, para o atendimento de interesses econômicos privados, ao alvedrio dos anseios sociais, da participação democrática e do atendimento das finalidades públicas geram dúvidas acerca da legitimidade dessas transformações, principalmente se fundamentadas na suposta eficiência econômica privada, pressuposto da teoria da Análise Econômica do Direito.

É que a implementação de tal teoria gera o distanciamento dos pressupostos do próprio Direito, afastando este do seu código binário direito/não-direito para o código da ciência da economia eficiência/ineficiência, em estrita sujeição aos interesses das pessoas que são detentoras do poder econômico. Seguindo o posicionamento de Derzi e Bustamante, em artigo elaborado em homenagem ao Prof. Washington Peluso Albino de Souza, publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, *“A grande questão da chamada teoria “econômica” do direito é que ela nega o direito, ela o destrói, porque ela o reduz ao fato econômico. Com isso, ela arbitrariamente rejeita o Estado de Direito.”* (DERZI, BUSTAMANTE, 2013, p. 334)

Em pioneira obra sobre o Direito Econômico, o Prof. Washington Peluso Albino de Souza (2003) questiona os pressupostos da teoria da Análise Econômica do Direito, elaborando um paralelo entre a teoria desenvolvida por Richard Allen Posner, da Escola de Chigado, e a de Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale, ambos teóricos que aderem à teoria, e cujas obras já foram discutidas nesta dissertação. Aponta o Mestre Washington Peluso Albino de Souza quatro críticas importantes sobre a interpretação econômica, a saber: primeiramente, é que a teoria foi construída para funcionar no sistema do *common Law*; a segunda destaca que a teoria referencia-se à ideologia capitalista do modelo

norte-americano, não possuindo um caráter de universalidade; a terceira é a controvérsia existente entre seus próprios teóricos, pois, Posner defende a aplicação da teoria a todo o Direito, enquanto Calabresi volta seus estudos somente ao âmbito da responsabilidade civil; e, por fim, a quarta é o destaque que se dá à eficiência como valor referencial de primeira grandeza, fundamentando o conceito de justo (SOUZA, 2003, p. 91).

Continuando a análise crítica dos pressupostos teóricos, Souza exemplifica a inconsistência da aplicação da interpretação econômica do direito, citando decisão da Suprema Corte Norte-Americana, quando adotou o princípio da *reasonable* para excepcionar práticas anti concorrenciais vedadas pela legislação, passando a admitir certas atividades monopolísticas, sob o fundamento da eficiência, afirmando o autor que “*Coloca-se, dessa forma, contra o próprio princípio ideológico original do capitalista liberal definidor da ‘concorrência’, sob a alegação de que o ‘monopólio’, mais do que esta, reduziria os custos em benefício do ‘bem-estar’ do consumidor*” (SOUZA, 2003, p. 92), criando-se um paradoxo sem solução, mas em benefício dos interesses do detentor do monopólio/oligopólio.

Citando Dworkin, autor também de linha liberal, mas que não admite os pressupostos da teoria econômica, Washington Peluso Albino de Souza (2003) afirma que o mesmo denuncia uma inadequação na definição de conceitos, vez que maximização da riqueza e eficiência não possuem o mesmo significado para o Direito e a Economia. Em seguida, Souza, discorrendo sobre Roscoe Pound, acusa a finalidade política da sua teoria comprometida com os pressupostos ideológicos liberais conservadores, como linha de pensamento claramente antimarxista. Porém, ao final de suas críticas, Souza não subtrai a importância da teoria como método, que deveria estar à disposição de qualquer sistema econômico, dependendo da ideologia adotada pelo texto constitucional de cada nação.

Também, desenvolvendo críticas contra a interpretação econômica, Amartya Kumar Sen (2011), pensador indiano, e como já comentado neste texto, vencedor do premido Nobel de Economia em 1998, com a tese Desenvolvimento como Liberdade, defende a ideia do que ele chama de “*a impossibilidade do liberal paretiano*”, afirmando que “*o teorema demonstra que, se as pessoas podem ter todas as preferências que desejam, então as exigências formais do ótimo de Pareto podem entrar em conflito com algumas exigências mínimas de liberdade pessoal*” (SEN, 2011, p. 344), exemplificando suas assertivas com o caso de dois indivíduos, que ele denomina Puritano e Luxurioso, em vias de realizarem uma contratação de leitura de um livro cujo objeto do contrato pode ser: um assume a obrigação de ler a obra que é de interesse do outro, podendo, um ou outro, optar pela contratação ou não, e, caso haja a

efetivação do negócio, optar pelo cumprimento ou não dele. Aqui aponta Amartya Kumar Sen (2011) que

Não se trata de um problema menor. Mas talvez seja o mais importante fato de que as tentativas de impor o cumprimento desses contratos (por exemplo, colocar um policial para garantir que Puritano realmente leia o livro e não só vire as páginas) em nome da liberdade podem pôr em risco – de forma grave e perturbadora – a própria liberdade. Aqueles que buscam uma solução liberal que demande essa intromissão policial nas vidas pessoais devem ter uma ideia muito estranha de uma sociedade liberal. (SEN, 2011, p. 346).

A defesa da ideia de eficiência como valor relacionado à justiça atende, sobretudo, aos interesses daqueles que pretendem manter-se dentro da lógica do livre mercado capitalista, pois, na perspectiva de Eros Roberto Grau (2012, p. 48), “*O capitalismo é essencialmente conformado pela microrracionalidade da empresa, não pela macrorracionalidade reclamada pela sociedade*”, garantida, portanto, a perpetuação do *status quo* de um sistema econômico que remonta ao liberalismo do século XIX, divorciado da realidade da sociedade complexa do século XXI, notadamente, naqueles países ainda em processo de desenvolvimento.

O “afastamento” do Estado da atividade econômica ao argumento da ineficiência não tem validade para o Direito, principalmente, porque as atividades definidas como públicas pela Constituição impõem ao Estado o atendimento das necessidades coletivas, independentemente dessa atividade ser lucrativa ou não. Além do mais, o conceito de eficiência privada não pode ser confundido com o de eficiência pública, pois, da atividade estatal não se espera lucratividade, mas, sim, o atendimento das necessidades da coletividade.

Na esfera pública, eficiência significa melhores resultados com menores custos, dentro de uma linha de maiores vantagens não somente econômicas, o que impede a identidade conceitual com a eficiência da esfera privada.

Ademais, a eficiência privada tão proclamada em todo o discurso de defesa da ideologia neoliberal reguladora, seja ele político, midiático, acadêmico etc., não se confirma empiricamente, pois as recentes crises econômicas geradas pelo capitalismo, como o exemplo da bolha imobiliária ocorrida nos Estados Unidos da América do Norte em 2008, que repercutiu na economia global, comprovam a ineficiência dos grandes grupos econômicos financeiros.

A utilização dos pressupostos teóricos da interpretação econômica “[...] *assumem uma lógica típica de um consenquencialismo forte que é capaz de desnaturar o código binário do Direito*” (CRUZ, 2011, p. 211). Sobre esse tema, em obra que analisa a atuação

consequencialista do Supremo Tribunal Federal e as vertentes teóricas que têm influenciado os julgamentos de nossa Corte Suprema, leciona:

A compreensão do direito e as indagações sobre sua legitimidade permitem perceber uma grande aproximação do direito com a moral, pois as mesmas perguntas feitas para a moral são cabíveis para o direito: a) O que o direito exige de nós?; b) Por que devemos obedecer a certas regras? A doutrina utilitarista a princípio parece encontrar boas respostas para tais questões, pois para ela a ação desejável tanto no direito quanto na moral é aquela que procura maximizar a felicidade geral. Sendo assim, em um primeiro momento, o utilitarismo assume uma posição de simetria entre diversas propostas, exigindo igual consideração de todas elas, sem prejudicar qualquer uma. Depois, o utilitarismo é atraente porque justifica uma tendência no mundo ocidental de optar pela decisão que beneficia o maior número de pessoas, fazendo com que os princípios da igualdade e da maioria prevaleçam como métodos de matiz utilitarista. Por fim, o utilitarismo é atraente porque reproduz raciocínios simples de custo benefício, do tipo, vou poupar hoje para ter uma aposentadoria mais tranquila, ou vou me submeter à dor de um tratamento dentário para me livrar no longo prazo de um incômodo maior. Contudo, ficam aqui as vantagens de tal argumentação, pois lamentavelmente ela implica em geral uma reprodução de escolhas individuais em escala social. Assim, será que deveríamos aceitar simetricamente como lícitas opções como as cerimônias de batismo cristão e o assassinato de crianças em rituais satânicos? Será que podemos obrigar minorias indígenas a abandonar sua língua por uma questão de conveniência da maioria da população branca dominante? Será que a geração presente deva desfrutar o máximo de nossos recursos naturais e ignorar as gerações futuras? Ora, o direito não opera a partir da lógica de desejos e de preferências de uma maioria. Por isso, a busca por legitimidade precisa necessariamente proteger as minorias e tratar os direitos fundamentais como um trunfo de nossa condição de seres que são únicos no mundo. O respeito à fundamentalidade dos direitos exige o reconhecimento de uma linguagem própria de cunho binário, que admita sua natureza deontológica. E, qualquer argumento que violar essa lógica, acaba não apenas deslegitimando o direito, mas também mudando a discussão para outro campo, seja o da política, da economia ou da religião. (CRUZ; MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 13-14).

Passando para a análise do discurso de aplicação do Direito e voltando à questão da deficiência do silogismo jurídico formulado principalmente pelo positivismo exegético, partindo-se do pressuposto de que Direito é linguagem, muito se discute sobre a impossibilidade da definição das situações fáticas *a priori*. Interessante que atualmente, mesmo com os autores positivistas, já se admite a abertura da linguagem, havendo o reconhecimento pelos filósofos analíticos de três dimensões para a linguagem, assumindo esta um papel performativo, onde *“a verdade ou falsidade de uma asserção não depende apenas da significação de palavras, mas do ato de linguagem e das circunstâncias em que foi realizado”* (MAGALHÃES, 2011, p. 148).

Nessa perspectiva, já se percebe atualmente que a mera positivação das regras não serve como pressuposto absoluto para o Direito, vez que este não é neutro, sendo fortemente influenciado pelo contexto de sua aplicação. Ou seja, o fato econômico não pode ser desconsiderado, tanto pelo discurso de justificação, quanto pelo discurso de aplicação do

Direito. E neste cenário tem surgido inúmeras propostas para a superação do positivismo exegético e, dentre elas, a da teoria da análise econômica do direito, conforme já apresentada anteriormente.

Contudo, o fato da norma jurídica não conseguir realizar o Direito, *a priori*, dependendo sempre da análise do caso concreto para a efetivação da justiça, não afasta a legitimidade de seus fundamentos, em detrimento de valores existentes em outras áreas, como a economia. O Direito possui pressupostos próprios, que o diferenciam de outras áreas do conhecimento, e “[...] a deontologia do Direito implica reconhecer que o código lícito e ilícito é uma ‘regra’ constitutiva do jogo do Direito [...]” (CRUZ, 2011, p. 218). Nesse sentido, esboçando críticas aos pressupostos da teoria ora em tela, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2011) afirma que

[...] a forma de argumentar e os argumentos admitidos no jogo do Direito não são livre como supõe Alexy, pois, caso isso ocorra, o Direito se desdiferencia e deixa de subsistir. Se esse trânsito for livre, se não houver filtragem, não há fechamento operativo do sistema e, assim, a argumentação se torna política, religiosa ou econômica. O Direito desaparece, cedendo lugar a outro jogo de linguagem, qual seja, a Política ou a Economia. (CRUZ, 2011, p. 218- 219).

E é exatamente o que pretende propor Richard Posner com a *Law and Economics*, com a crença na racionalidade microeconômica sobrepondo-se a qualquer outra ética, no discurso de justificação e aplicação do Direito.

Nessa linha de raciocínio, Cruz argumenta que, se os postulados econômicos passam a guiar o Direito, evidenciar-se-á, numa perspectiva luhmanniana, a colonização de um sistema por outro, com uma lógica binária distinta, no caso lucro e prejuízo, ou eficiência e ineficiência, colocando-se em risco as bases do Direito, a estabilidade da sociedade e da democracia (CRUZ, 2011, p. 220). No mesmo sentido, caminha o entendimento de Misabel de Abreu Machado Derzi e Thomas da Rosa de Bustamante (2013)

O sistema jurídico – em um Estado de Direito – não pode sofrer heterodeterminação, sendo diferenciado em relação aos demais sistemas do ambiente, político/econômico, etc. Ora, o fechamento operacional do direito é essencial ao Estado de Direito e da Constituição, de modo que não é possível colher diretamente do ambiente exterior (o econômico ou político) os dados de determinação interna do sistema [...] (DERZI; BUSTAMANTE, 2013, p. 350).

O que se defende aqui não é uma neutralidade do Direito, nem tampouco o afastamento pleno da influência da economia na sua elaboração e aplicação, mas, sim, a

verificação da existência de pressupostos deontológicos próprios do Direito, o que impossibilita que os argumentos unicamente econômicos prevaleçam.

Portanto, os pressupostos formulados pela teoria da Análise Econômica do Direito não são válidos, sob pena de haver a desdiferenciação entre o Direito e a Economia, com a prevalência desta sobre aquele e, conforme já mencionado, colocando-se em risco a própria democracia. O ordenamento jurídico não pode se submeter a outras forças que não as do próprio Direito, forças como as do poder econômico, especialmente do capital internacional, que quer tornar hegemônica sua ideologia em todas as formas de relações sociais. Nesse sentido, a deontologia do Direito evidencia a supremacia da Constituição para reger as relações sociais, conforme a defesa de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Emílio Peluso Neder Meyer e Eder Bomfim Rodriguez (2012):

Para nós, a “supremacia da Constituição” deve ser vista como a “supremacia da fundamentalidade”, de modo a compatibilizar uma ordem jurídica estatal interna com o sistema de órbita internacional, aplicando-se o princípio da norma mais protetiva, particularmente do regime de direitos fundamentais. Essa supremacia é o que chamamos, em termos filosóficos, de parada obrigatória, ou seja, cuida-se de uma condição de possibilidade para a existência do sistema jurídico. Se não há “supremacia da Constituição”, não há autopoiese no direito, não há modo de reconhecimento e de codificação e programação do ordenamento jurídico. Se é possível a ponderação da “supremacia da Constituição”, entendemos que o direito se desnatura em termos sistêmicos. Há uma desdiferenciação do sistema jurídico que desaparece em função de uma alopoiese continuada, dando lugar ao domínio do chamado sistema político. Assim, argumentos de natureza política passam a dominar o cenário. (CRUZ, MEYER; RODRIGUES, 2012, p. 13).

A ideia de eficiência do poder econômico privado conjugada com a de individualismo metodológico e a redução da participação do Estado da atuação no mercado, pressupostos teóricos da teoria econômica, é evidenciada nas reformas promovidas no texto constitucional brasileiro, e possui robusta corrente doutrinária no Brasil defensora da aplicação de suas premissas teóricas na atividade julgadora exercida pelo juiz, legitimando o discurso de aplicação do Direito.

Todavia, apesar da suposta racionalidade defendida por Richard Allen Posner (2010), não há demonstração de que suas premissas sejam suficientes para a melhor criação e aplicação do Direito. Quanto ao caráter redistributivo do Direito, seus pressupostos são meramente especulativos, não havendo demonstração econômica e/ou matemática de sua validade. Ou seja, a teoria defende a necessidade de demonstração empírica de resultados e, quando formula seus pressupostos, não consegue apresentar tais demonstrações, mesmo porque esta crença na objetividade e certeza científica não coaduna os fenômenos estudados

nas ciências sociais pois, diante da pluralidade e complexidade da sociedade pós-moderna, não há como promover a previsibilidade e calculabilidade pretendidas pelo autor americano, conforme restou comprovado pela crise econômica global de 2008. Contribuindo com essa linha de raciocínio, de inexistência de legitimidade da teoria analisada, Misabel de Abreu Machado Derzi e Thomas da Rosa de Bustamante (2013) se posicionam, afirmando que

A análise econômica do direito enfrenta, portanto, uma séria dificuldade para se legitimar, na medida em que ela pressupõe, implicitamente, uma *justificação moral* da tese de que a maximização da riqueza da sociedade, independentemente de como essa riqueza está concentrada ou distribuída, é um valor político com prioridade sobre os demais. O problema da análise econômica do direito, portanto, não está em uma suposta arbitrariedade, pois ela contém um critério objetivo para a interpretação do direito, mas na justificação desse próprio critério. A maximização da riqueza, no pensamento de Posner, é portanto um imperativo moral, um *valor* tido como fundamental para o raciocínio jurídico. Posner está longe, portanto, do ceticismo moral que ele defende com unhas e dentes em seus escritos mais recentes sobre a teoria moral e a teoria do direito. Seus argumentos anti-teóricos, mais recentes, contradizem os seus próprios escritos. (DERZI; BUSTAMANTE, 2013, p. 331-332).

A incorporação ao texto da ideologia econômica de que o mercado é formado, exclusivamente, por agentes privados, desconsiderando a importância do papel desenvolvido pelo Estado, principalmente para a implementação de políticas econômicas voltadas para a defesa do próprio mercado e de redução de desigualdades, além da utilização desses pressupostos como legitimadores da atividade jurisdicional, servindo de fundamento para as decisões judiciais, evidencia a desdiferenciação do Direito e a submissão deste aos interesses econômicos privados.

Ainda mais numa nação como o Brasil que, segundo a tese de Raymundo Faoro (2012), em sua monumental obra denominada *Os Donos do Poder*, resgatando as origens históricas da elite política e econômica brasileira, com pesquisas que remontam desde o surgimento do Estado português, no século XIII, até os acontecimentos recentes no Brasil, denuncia a inexistência de uma elite econômica brasileira, para justificar a existência de um capitalismo puro, afirmando que, desde a origem do Brasil, a elite econômica e política, classificada pelo autor como sociedade estamental, é extremamente dependente da burocracia estatal, havendo aqui o que ele também denomina capitalismo de Estado. Segundo Raymundo Faoro (2012)

A plantação, na verdade situada em torno do açúcar e do engenho, está a mostrar, se vista pela perspectiva do escravo e da exportação, sua verdadeira e quase inédita fisionomia. Ela não se caracteriza pelo latifúndio, pela autarquia agrícola, tal como se consolidou na decadência do mundo antigo, ao limiar da idade Média. O *oikos*

(K. Rodbertus), expressão da economia natural, capaz de cobrir suas necessidades internamente com o apelo apenas secundário ao mercado, não serve de modelo à economia colonial brasileira. A face econômica e mercantil do engenho – monocultor desde as suas origens – se revela na produção para exportar. Enganou-se Capistrano de Abreu, ao acentuar, depois de reconhecer o dualismo do engenho, o aspecto autônomo, vinculando-o à economia natural. (FAORO, 2012, p. 157-158).

Na perspectiva de Raymundo Faoro (2012), inexistiu um mercado econômico privado e autônomo no Brasil surgido, naturalmente, conforme a perspectiva fisiocrata posteriormente desenvolvida pelo liberalismo, que justifique a aplicação da teoria de Richard Allen Posner (2010), em virtude de que, desde a ocupação de nosso território, instituiu-se uma economia umbilicalmente dependente do Estado, que se perpetua através do domínio do estamento, que se vale da burocracia para a garantia de sua manutenção no poder político e econômico. Segundo Faoro, não houve, no Brasil, um feudalismo que tivesse fortalecido uma elite econômica burguesa, base da formação do Estado capitalista, conforme ocorreu na Europa.

Porém, o curioso é que, mesmo através da tentativa de incorporação da teoria econômica ao Direito brasileiro, o que pode ser constatado pela análise anteriormente feita da relação entre a teoria e as emendas de nossa Constituição, verifica-se que os pressupostos da *Law and Economics* não são consistentes, pois não se verifica a confirmação das hipóteses por ela defendidas.

Pelo contrário, após as reformas constitucionais, com a consequente implementação de um regime jurídico econômico de regulação, com a desestatização e privatização de entidades públicas, a tão aclamada eficiência do capital privado não tem se mostrado tão eficiente assim. Basta verificarmos a péssima qualidade dos serviços de telefonia móvel, assim como das recorrentes interrupções no fornecimento de energia elétrica por todo o país (apagões), além da ineficiência na gestão dos recursos hídricos, com a clamorosa questão da falta de água, apenas para ficarmos em três exemplos atuais.

Outra constatação da falácia da eficiência dos pressupostos da *Law and Economics* é comprovada pelas sucessivas crises econômicas ocorridas no mundo, a partir de 2008, onde as nações que pregavam a ideologia neoliberal reguladora pura, estão sendo obrigados a intervir na economia, principalmente para o resgate e cobertura de prejuízos econômicos e sociais causados pela gestão irresponsável daqueles que encontram-se à frente das grandes organizações econômicas privadas.

Portanto, conclui-se que a teoria da análise econômica do direito não consegue demonstrar a validade de seus pressupostos, quando efetivamente implementados. Ao contrário, o que se percebe é o seu forte conteúdo ideológico, que tenta criar um ideário social

de que o Estado é ineficiente, em contraponto à suposta eficiência privada, para tão somente se continuar perpetuando a privatização dos lucros e a socialização dos prejuízos, como ocorre a cada crise econômica produzida pelo sistema capitalista. E a tentativa da instituição do dogma e o fundamentalismo do livre mercado no Direito econômico brasileiro tem abalado seus pressupostos deontológicos, principalmente, no que se refere à ideologia constitucionalmente adotada.

5 ANÁLISE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E A IMPLEMENTAÇÃO DA IDEOLOGIA CONSTITUCIONALMENTE ADOTADA (DISCURSO DE APLICAÇÃO – ARENA JURÍDICA)

Como fruto das vontades expressadas dentro da sociedade, partindo da noção das diversas ideologias existentes no curso da história do pensamento econômico, já tivemos a oportunidade de analisar a relação entre as ideologias econômicas e a ordem jurídica. Apesar da inexistência de uma linearidade, observa-se a prevalência dos interesses de determinadas classes da sociedade, sobretudo a dos titulares do poder econômico, especialmente, após as revoluções burguesas.

Através do estudo dos textos das Constituições que já vigoraram no Brasil, pudemos analisar a relação entre as normas instituídas e a ideologia econômica prevalecente em cada período, até chegarmos ao texto constitucional atual, promulgado em 1988, que, conforme já mencionamos, ao menos normativamente, incorporou os interesses das mais variadas classes integrantes da sociedade brasileira, positivando valores diversos que refletem as múltiplas ideologias econômicas, não se podendo afirmar a existência de uma ideologia econômica pura na Constituição de 1988.

Na esteira da doutrina do Prof. Washington Peluso Albino de Souza, esse conjunto de ideologias econômicas que integram o texto final da Constituição, conjugados globalmente todos os valores econômicos constitucionalmente incorporados, faz surgir uma ideologia nova, própria da Constituição, denominada pelo ilustre mestre Ideologia Constitucionalmente Adotada, postulado máximo para a aplicação do Direito no território brasileiro.

Contudo, conforme já desenvolvido nesta dissertação, não basta a positivação do Direito num texto formal e rígido, para que esteja assegurada a realização desses valores, sendo necessária a atividade hermenêutica, através da aplicação dessas normas, para que seja concretizada a tão almejada justiça, principalmente a justiça social e distributiva, pois, segundo ensinamentos de Souza, o texto constitucional não se basta, não é estanque, sendo a Constituição organismo vivo, para utilizarmos expressão do mencionado autor.

Muitas são as especulações teóricas acerca de propostas apresentadas para a solução das deficiências apresentadas pelo positivismo jurídico, problema que envolve a questão da legitimidade do exercício do poder, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, passando pelos vários paradigmas constitucionais, desde a idade medieval, até os dias atuais.

No capítulo anterior, tivemos a oportunidade de investigar os pressupostos de uma das alternativas teóricas apresentadas pela doutrina, desde meados do século passado, a proposta pela Escola de Chicago, através da Análise Econômica do Direito, oportunidade na qual pesquisamos suas origens, premissas e aplicação, questionando sua legitimidade enquanto fundamento do Direito, e identificando suas intenções ideológicas.

Neste capítulo, analisamos outra proposta alternativa de legitimação do discurso de aplicação do direito, a partir da doutrina de Washington Peluso Albino de Souza, por meio da Análise Substancial do Direito, do Princípio da Economicidade e da Ideologia Constitucionalmente Adotada, pressupostos teóricos desenvolvidos para a efetivação dos valores econômicos incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, em contraponto ao que desenvolve a doutrina americana *Law and Economics*.

5.1 A Ideologia Constitucionalmente Adotada

A preocupação dos textos constitucionais com o fato econômico, a partir do século XX, reflete-se, incontestavelmente, na doutrina jurídica, sendo que alguns autores já defendem a presença do instituto econômico nas Magnas Cartas, desde o século XVIII, através da instituição das constituições liberais que, ao trazerem a previsão de valores norteadores da ideologia liberal, como a garantia de liberdade, da propriedade privada e da livre iniciativa, já anunciavam a política econômica que deveria ser implementada, o que propiciou o surgimento e fortalecimento do Estado liberal.

A partir desse período, houve grandes transformações nas relações sociais e econômicas, com o robustecimento de uma classe social burguesa, que se fortaleceu, através da Revolução Industrial e do desenvolvimento do capitalismo, assumindo relevante papel na definição das políticas econômicas e na criação do próprio ordenamento jurídico. Segundo Eros Roberto Grau (2012) “*O fato é que o Terceiro Estado, a burguesia, apropriou-se do estado e é a seu serviço que este põe o Direito, instrumentando a dominação da sociedade civil pelo mercado*” (GRAU, 2012, p. 31). Conforme o mesmo autor, o mercado deixa de significar um lugar e passa a fazer parte de um projeto político, como princípio de organização social.

O Direito liberal burguês construiu-se dentro de uma racionalidade que propugnava o formalismo, a garantia de previsibilidade e calculabilidade, além da redução de qualquer entrave social, político ou moral, contrário ao processo de acumulação de capital, enfatizando-se um individualismo garantidor da igualdade formal e da capacidade de

contratar, o que se refletia nas Constituições liberais, afirmando Grau que tais documentos eram “*instrumentos retóricos de dominação*” (GRAU, 2012, p. 40). O liberalismo político confundia-se com o liberalismo econômico, formando uma relação de interdependência ideológica apregoada até os dias atuais.

Contudo, a partir da deficiência do formalismo jurídico e do liberalismo econômico, que garantiam simplesmente a ampliação do fortalecimento econômico e político da classe burguesa, em detrimento das demais camadas da sociedade moderna, tendo em vista o movimento político das classes não burguesas, no início do século XX, são promulgadas as chamadas constituições *welfarianas*, incluindo nos textos direitos sociais, implementando uma alteração nos valores econômicos constitucionalmente previstos, o que importou numa mudança na política econômica de Estado, contrariamente ao liberalismo que, até então, prevalecia.

O Estado passa a assumir novo papel econômico, na definição de programas econômico-sociais e na implementação de políticas de utilidade pública, a partir dos paradigmas econômicos de matrizes keynesianas, conforme já explorado no Capítulo 1 desta dissertação, o que não significou a substituição do sistema capitalista de produção.

Esse novo papel do Estado não ficou livre de questionamentos, vez que fortemente combatido pelos liberais conservadores que, sob uma perspectiva acadêmica, foram defendidos pelos autores que identificamos alhures como neoliberais reguladores, representados na doutrina jurídica pelos autores da escola da Análise Econômica do Direito.

No transcurso desse embate ideológico, é que se institui a Assembleia Constituinte em 1987 que, após amplos debates no Congresso Nacional brasileiro, assim como junto à parcela da sociedade, garantiu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que reconheceu o Direito Econômico como ramo autônomo do Direito, conforme previsão do artigo 24, I, além de definir, em seu Título VII, a Ordem Econômica e Financeira, com ampla abrangência de valores ideológicos das mais variadas correntes de pensamento econômico, formando uma ideologia única, conforme afirma Washington Peluso Albino de Souza (2002)

Considerada esta abrangência e reconhecidas neste Capítulo as funções de “introdução” a todo o Título, destaca-se a particularidade de estarem situados no art. 170 os “princípios” e os referenciais de objeto e finalidade em expressão ampliada, em comparação com os “caput” das Cartas anteriores. Envolve as modalidades de “atividade econômica”, tanto do particular, indivíduo ou empresa, como do Estado. Portador dos elementos ideológicos da Constituição Econômica, por sua conjugação com os correspondentes princípios da Constituição geral, deverá conduzir a interpretação de todos os restantes artigos, deste e dos demais Capítulos (Cap. II,

“Da Política Urbana”; Cap. III, “Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária”; Cap. IV, “Do Sistema Financeiro Nacional”). Como se viu, ali está definido o objetivo constitucional expresso nos “fundamentos” (valorização do trabalho humano e livre iniciativa), nos fins a atingir (assegurar a todos existência digna) e nos parâmetros que evitarão o arbítrio pelos desvios da formação pessoal do intérprete (ditames da justiça social). A partir destes referenciais, são enumerados, ainda mais uma vez em “*numerus clausus*”, os “princípios” que definem o núcleo da “ideologia constitucional”. (SOUZA, 2002, p. 274-275).

Conforme explorado anteriormente, a Constituição de 1988 foi pródiga em matéria econômica, juridicizando em diversos dispositivos o fato econômico, seja dentro do Título VII, seja esparsamente em outros dispositivos, absorvendo diversos valores ideológicos, ora com adesão ao liberalismo, ora com maior preocupação social, formando, ao final, uma ideologia própria, a chamada Ideologia Constitucionalmente Adotada, através da feliz definição de Washington Peluso Albino de Souza (2002), estabelecendo, portanto, um conjunto de postulados a serem seguidos na implementação das políticas econômicas (CLARK, 2013).

5.1.1 Noções elementares

Desenvolvemos, no primeiro capítulo desta dissertação as possíveis noções atribuídas ao termo ideologia, desde o surgimento da expressão na França com Destutt de Tracy, passando pelo significado napoleônico dado à expressão, pela concepção marxista e todas as suas variações teóricas, até chegarmos às definições de Norberto Bobbio (1998) e Slavoj Žižek (1996).

Conforme já expressado, neste capítulo, adotamos o sentido do termo que evidencia o elemento econômico agregado ao conteúdo político, reflete intenções comuns de determinado grupo social, constrói uma justificativa para a legitimação moral da ordem, dentro de determinado período histórico. Souza⁷⁵ o definiu como “*um conjunto coerente de ideias de representações intelectuais, suscetíveis de determinar, em uma certa direção, o comportamento humano, passando a suporte da ação política*” (Souza, 2002, p. 77).

⁷⁵ Importante o esclarecimento quanto ao posicionamento do Prof. Washington Peluso Albino de Souza (2002) sobre a existência de diversas perspectivas teóricas a respeito da ideologia: “Afloramos a diversidade de pontos de vista sobre o que se deve tomar por ideologia e o que ela representa na ordem jurídica, tão-somente para justificar a necessidade de partirmos de uma posição assumida e pondo em destaque o elemento econômico. Também neste particular as dificuldades não são menores. As teorias referentes aos sistemas econômicos giram de certo modo em torno de alguns elementos centrais que merecem estudos aprofundados econômicos, políticos e jurídicos, dos quais decorrem posições ideológicas. Assim, em torno da liberdade de ação econômica e do direito de propriedade, com as consequências estruturais projetadas na produção, na circulação e na repartição da riqueza criada, é que giram posições capitalistas, ou socialistas, com suas conotações maiores ou menos liberais e maiores ou menos democráticas.” (SOUZA, 2002, p. 79).

Partindo dessa premissa, a Ideologia Constitucionalmente Adotada seria esse conjunto de ideias/valores com conteúdo econômico e político incorporados pela norma constitucional, passando, portanto, a assumir uma dimensão normativa, ordenadora das relações econômicas e sociais no Estado brasileiro.

Essa noção construída por Washington Peluso Albino de Souza (2002) parte do pressuposto da inexistência de um compromisso fundamental com os modelos ideológicos puros, porque sua peculiaridade estaria no tratamento econômico dado pela ordem jurídica, refletindo uma ideologia própria, que espelha os antagônicos interesses de todas as classes que compõem a sociedade brasileira.

Esclarecendo melhor o que entende por Ideologia Constitucionalmente Adotada, Washington Peluso Albino de Souza (2002) pondera:

Em verdade, havemos de considerar, para melhor simplificação, o sentido de Constituição como *lei maior*, encarregada de absorver a ideologia, sendo esta uma expressão metajurídica. A partir desta absorção lhe terá assegurado o condicionamento jurídico do dado ideológico que, assim, passará a ser o elemento referencial e fundamental das medias postas em prática na vida econômica do País. Esse é o sentido que nos interessa no momento, configurando a “ideologia constitucionalmente adotada” como base da “política econômica”, ou seja, de toda a prática da vida econômica assim moldada por aquela ideologia. Digamos, com certa liberdade de expressão, que se trata de estabelecer as bases jurídicas da *práxis* econômica a ser seguida em obediência ao discurso constitucional. (SOUZA, 2002, p. 81)

Portanto, seguindo os ensinamentos de Souza, a Constituição de 1988 não é fruto de imposição circunstancial ou mero capricho dos legisladores constituintes; seu texto reflete os valores provenientes das ideologias experimentadas ou desejadas para a realidade brasileira.

5.1.2 A Constituição Econômica como postulado para a o discurso de aplicação do Direito

O conjunto de normas com conteúdo econômico no corpo do texto constitucional nada mais é do que normas constitucionais integrando o conteúdo material da Constituição, no sentido de estabelecimento dos postulados, pontos de partida, da sistematização dos princípios jurídicos ordenadoras da vida econômica, seja através da atuação do legislador, legitimando o discurso de criação do Direito, seja por meio da concretização do Direito pela atividade jurisdicional, servindo de fundamento ao discurso de aplicação, na construção da norma no caso concreto (SOUZA, 2005).

A partir da definição dos valores econômicos estabelecidos no texto constitucional, constroem-se postulados ordenadores de todas as relações econômicas existentes em nossa sociedade, garantindo-se a normatividade necessária para a definição da ordem jurídico-econômica. E Washington Peluso Albino de Souza (2005) chama atenção para o fato de que a incorporação de variados conteúdos ideológicos pelo texto constitucional é a garantia do atendimento aos mais variados interesses sociais e econômicos, o que deverá ser considerado no momento da construção da norma ao caso concreto.

Elementos contidos em diferentes modelos ideológicos puros, quando trazidos para o texto constitucional, tomam novo “valor”, que este lhes consigna, e cabe ao intérprete conciliá-los em atenção ao que o legislador constituinte estatuiu. A doutrina passou a absorver essa nova situação, caracterizando o que evoluiu, no sentido de definir como “Constituição Plural”, esta que, em verdade, contém a ideologia que lhe é própria, imune a modelos teóricos rígidos. (SOUZA, 2002, p. 10).

Ainda, segundo o autor, a ideologia constitucionalmente adotada “[...] *determina os parâmetros, ao mesmo tempo que oferece os fundamentos [...]*” (SOUZA, 2003, p. 232) da interpretação e aplicação do texto constitucional, compondo-se de todos os princípios nela consagrados, considerados de forma sistêmica e global, independentemente dos conteúdos ideológicos puros isoladamente encontrados na Constituição, pois esta, ao consagrar ideologias inicialmente antagônicas, anula a ideia de conflito e/ou antinomias entre elas.

Nesse sentido, ainda, no dizer de Souza, “[...] *o discurso constitucional, fundamental ao discurso da ordem jurídica geral, funciona como centro de referência e fonte de interpretação das demais leis, mesmo porque, em sua amplitude, deverá atender, a um só tempo, às linguagens do legislador ordinário e às do juiz*” (SOUZA, 2002, p. 31).

Eros Roberto Grau define, de forma mais incisiva, a ultrapassagem da ideologia liberal que esteve incorporada nos textos constitucionais brasileiros anteriores a 1988, afirmando que o modelo constitucional atualmente vigente estabeleceu um modelo econômico de bem-estar, contrário aos ideais neoliberais reguladores das emendas recentemente impostas ao texto. Segundo o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal,

A Constituição do Brasil, 1988, define, como resultará demonstrado ao final desta minha exposição, um modelo econômico de bem-estar. Este modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia. Assim, os programas de governo deste e daqueles Presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso. A incompatibilidade entre

qualquer deles e o modelo econômico por ela definido consubstancia situação de inconstitucionalidade, institucional e/ou normativa. (GRAU, 2012, p. 46).

Estabelecidos os princípios constitucionais ordenadores da vida econômica, institui-se um sistema rígido de direitos econômicos fundamentais que não poderão ser modificados pelo legislador ordinário, de onde se extrai o sentido de sua estabilidade, apesar de atender a dinâmica da vida econômica, para o que recorre aos métodos hermenêuticos. Para Washington Peluso Albino de Souza (2002), *“Raciocinando-se no sentido de que a norma constitucional, sendo jurídica, afirma-se como portadora de ‘valor político’, na Constituição Econômica, adiciona-se-lhe ‘valor econômico’ e à explicação de cada qual se atribui metodologia própria”* (SOUZA, 2002, p. 268), metodologia que será apreciada adiante.

Diversas são as propostas hermenêuticas na atualidade, que levam em conta a vertente teórica adotada, conforme já mencionado no presente trabalho. Mas, partindo do pressuposto de que a Constituição Econômica estabelece o ponto de partida, isto é, o postulado normativo para a atividade interpretativa, Souza chama a atenção para a importância da consideração da Constituição como um sistema, que leva em conta todo o conjunto normativo presente no texto, para se extrair a melhor solução para o caso concreto, não podendo interpretar um dispositivo, sem que haja a luminosidade das lentes do conjunto, apontando que *“[...] dessa forma, o intérprete penetrará o ‘conteúdo da norma’, para seu melhor e mais seguro entendimento, aplicando o ‘Método Analítico Substancial’. Este lhe oferece dados mais consistentes do que poderia encontrar nos métodos subjetivistas.”* (SOUZA, 2003, p. 235).

5.2 Pressupostos teóricos para a concretização da Ideologia Constitucionalmente Adotada

Estabelecidas as noções elementares da teoria da Ideologia Constitucionalmente Adotada elaborada pelo Prof. Washington Peluso Albino de Souza (2002), na qual analisou a incorporação, pelo texto constitucional brasileiro dos mais variados valores relativos as mais diversas ideologias econômicas, estabelecidos os postulados constitucionais definidores das políticas econômicas a serem instituídas pelo Estado e pelos particulares, com base na realidade sócio econômica, resta o enfrentamento da questão relativa à hermenêutica de aplicação das normas com conteúdo econômico, ou seja, a análise do discurso de fundamentação do Direito Econômico.

Para a realização dessa análise, reveladoras também são as lições de Souza, ao formular uma metodologia própria de fundamentação das decisões de política econômica tomadas no âmbito do Poder Executivo e do Poder Legislativo, assim como aplicável às decisões judiciais que possuam reflexos nas definições dessas políticas. Na perspectiva de Washington Peluso Albino de Souza (2002)

Diremos inicialmente que a Constituição Econômica decorre da harmonização dos componentes da Ordem Jurídica, da Ordem Política e da Ordem Econômica. Por consequência, a sua interpretação exige a aplicação de metodologia mais consentânea com a sua natureza e bastante diversa da aplicada para as Cartas simplesmente “políticas”. Nela, os valores das três “Ordens” *constitucionalizam-se*. Configura-se um todo orgânico, um “sistema” de elementos em perfeita conexão. (SOUZA, 2002, p. 268).

Afirmando a existência de novos paradigmas conceituais para atender esta inter-relação entre a dimensão jurídica, política e econômica do fato social, defende Washington Peluso Albino de Souza (2002) o surgimento da necessidade do enfrentamento da questão, através de uma análise sistêmica, isto é, por meio da harmonização dos valores jurídicos, políticos e econômicos para a construção da norma da Constituição Econômica.

A importação de teorias sem a melhor análise crítica, como a fé cega de alguns que consideram a escola da Análise Econômica do Direito como o melhor critério hermenêutico, como reflexo de uma submissão à ultrapassada ideologia imperialista neoliberal americana, não coaduna a realidade constitucional brasileira, além de já não mais satisfazem os métodos aplicados ao direito privado, com base na ideologia liberal do século XIX.

A perspectiva principiológica dos modelos atuais de Constituição, tal como evidenciado na Constituição de 1988, evidencia sua feição plural, em princípio, com aparente contradição, mas com valores perfeitamente conciliáveis através da interpretação. Os princípios ficam à disposição do hermeneuta que, ao optar por um, para a solução do caso concreto, não elimina os demais, não se configurando esta como uma atividade arbitrária, na medida em que há a exigência de fundamentação com a apresentação das melhores razões, com base no princípio da economicidade de Souza.

Prosseguindo com esse raciocínio, afirma Washington Peluso Albino de Souza (2002) que *“A metodologia sistêmica, portanto, é a que melhor atende a tal circunstância, pois considera a Constituição um conjunto harmônico de normas que comandam a vida político-econômica, confiando aos “princípios” a missão de definirem a sua “ideologia”* (SOUZA, 2002, p. 269), defendendo o ponto de vista de que a mais segura forma de interpretar o texto constitucional é através do tratamento conjunto dos seus elementos componentes. E

complementa, ainda, que “[...] na interpretação Econômica, o raciocínio se traduz pelo fato político-econômico, enquanto ‘problema’ e conteúdo da norma jurídica portadora da ideologia adotada.” (SOUZA, 2002, p. 280)

Nessa perspectiva multidisciplinar, o autor desenvolve, primeiramente, a noção do princípio da economicidade, tanto para a compreensão do fenômeno jurídico-econômico, quanto para a instrumentalização da política econômica, com função interpretativa dos valores ideológicos integrantes da Constituição. Além da economicidade, propõe o autor, também, um método por ele denominado analítico substancial, de maneira a promover a simbiose entre a dimensão econômica, política e jurídica do fato concreto.

Importante é o registro de que não se defenderá o estabelecimento de critérios absolutos de interpretação, pois, nenhuma proposta teórica e/ou metodológica bastar-se-ia por si só para a solução da questão da concretização da norma. A própria ideia de método em ciências sociais tem sido bastante questionada, diante da impossibilidade de se antever formas de proposições estanques, diante da hipercomplexidade e da alta velocidade das transformações das relações sociais e econômicas.

Este também é o mesmo raciocínio desenvolvido por Eros Roberto Grau (2012), em que argumenta a necessidade de aplicação do Direito ao caso concreto para a construção da norma jurídica, afirmando a impossibilidade de uma única solução hermenêutica:

Esta, como penso demonstrar nesse Ensaio e Discurso, é interpretação/aplicação de textos, não de normas, visto que o Direito é alográfico; mas não apenas de textos, senão de textos e de fatos; e mais: interpretar/aplicar o Direito é concretizá-lo, ir dos textos e dos fatos à norma jurídica geral e, em seguida, à norma de decisão, no desenvolvimentos de uma prudência; por isso não existe, no Direito, um única solução correta, senão várias. (GRAU, 2012, p. 157).

O que se pretende é a apresentação de uma alternativa, com base nos ensinamentos de Washington Peluso Albino de Souza e Eros Roberto Grau, para que se busque a concretização dos valores econômicos previstos na Carta de 1988.

5.2.1 Princípio da economicidade

Argumentando a preocupação do pensamento econômico na formulação de conceitos próprios, com conteúdos específicos que permitam oferecer esclarecimentos mais amplos dos fatos submetidos à sua apreciação, Souza defende a ideia da necessidade da construção desses conceitos sob outros prismas, fora da perspectiva do lucro e da rentabilidade.

Dando como exemplo o conceito de valor, afirma o autor a excelente contribuição da filosofia através de outros dimensionamentos da expressão, nos quais valores culturais específicos são postos em evidência e motivam a conduta humana, influenciando a própria conduta social. Nesse sentido, leciona Washington Peluso Albino de Souza (2002)

Ao efetivarmos a *valorização*, se aceitarmos uma sublimação de seu conceito, iremos ao sentido de uma *vantagem* assegurada pela realização do ato, vantagem esta que poderá apresentar característica toda peculiar: moral, estética, política, religiosa, etc. Ora, esta vantagem assim liberada do sentido primitivo de rentabilidade econômica, de lucro materialmente traduzido, é o substrato do que vamos chamar por *economicidade*. (SOUZA, 2002, p. 299).

Ao elaborar um conceito de Direito Econômico, o Prof. Washington Peluso Albino de Souza (2003) aponta, expressamente, o princípio da economicidade, definindo-o como:

Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto a 'juridicização', ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do 'princípio da economicidade' (SOUZA, 2003, p. 23).

Ultrapassada a ideia de valor exclusivamente relacionada ao lucro ou rendimento, o pioneiro professor argumenta que a economicidade assume dupla função dentro do conceito formulado, apontando sua contribuição quanto ao entendimento do conceito, assim como quanto à função que lhe é atribuída.

Em estudo realizado sobre a Teoria das Normas e o Direito Econômico, Giovani Clark e Leonardo Alves Corrêa (2011) formulam entendimento acerca do princípio desenvolvido pelo Prof. Washington Peluso Albino de Souza (2011), afirmando que

O referido princípio (agora entendido como instrumento hermenêutico e não mais como elemento que positivava de uma ideologia constitucionalmente adotada) reflete a preocupação em apresentar uma racionalidade jurídico-econômica, na medida em que busca harmonizar elementos conflitantes e contraditórios. (CLARK; CORRÊA, 2011, p. 40).

Com relação ao entendimento, a economicidade assume o significado de medida do econômico, numa expressão de equilíbrio nas escolhas, na análise de custo-benefício ou de sacrifício-prazer. Mas, é importante o esclarecimento de que tal significado não absorve as bases do utilitarismo benthamiano. Não é esta a proposta do autor. A economicidade entendida como medida do econômico evidencia a escolha dentro de uma linha de maior

vantagem, cujo objetivo é o atendimento dos valores consagrados no texto constitucional, não considerando, exclusivamente, o custo econômico, se a análise estivesse vinculada aos pressupostos da interpretação econômica, por exemplo.

Entendimento do princípio da economicidade como representação da linha de maior vantagem conduz às melhores escolhas para o atendimento da ideologia constitucional como um todo, seja com os valores políticos do liberalismo, seja com os associativistas, distributivistas ou socializantes, com o chamado lucro social, seja com qualquer outro valor expresso na Constituição, assegurando a flexibilidade e atendendo ao caráter de circunstancialidade, de acordo com as peculiaridades dinâmicas do fato econômico.

Já, quanto à função, o princípio da economicidade surge como um instrumento hermenêutico que dá suporte à decisão para a harmonização dos dispositivos constitucionais originariamente antinômicos, mas que, uma vez incorporados à Constituição, passam a ter observância obrigatória, sob pena de restar caracterizada a inconstitucionalidade. Como instrumento hermenêutico, a economicidade garante a flexibilidade, maleabilidade, revisibilidade e mobilidade características da norma de conteúdo econômico, principalmente, em constituições de conteúdo plural, como é a brasileira.

Tomando como exemplo todos os valores conjugados no artigo 170 da Constituição de 1988, considerando todos os valores ideológicos preceituados como fundamentos e princípios da ordem econômica, através do princípio da economicidade todos serão levados em conta e utilizados como parâmetros nas interpretações e decisões, justificando as opções circunstanciais da prevalência de cada valor, em cada caso, como exercício interpretativo. Nesse sentido, defende Washington Peluso Albino de Souza (2003):

A essa altura, recorremos ao princípio da “economicidade”, como vimos em nosso conceito de Direito Econômico. O intérprete o utilizará, não pela aceitação de “conflito” ou de “antinomia”, mas inspirando-se no princípio da “coetaneidade do não coetâneo”, tomando como símile essa expressão histórico-sociológica, ou, então, pela aplicação da ideia de “ambiguidade”, buscada no raciocínio filosófico, especialmente desenvolvido por Merleau-Ponti. Não se tratará de “simbiose”, nem muito menos de adoção de uma alternativa, em definitiva exclusão da outra, tal como se daria na figura jurídica da “antinomia”, pois, em verdade, permanecerão as duas com o mesmo “peso” e a mesma importância, no texto a ser interpretado. 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 (SOUZA, 2003, p. 233).

Exemplificando, prossegue Washington Peluso Albino de Souza (2003)

Pela aplicação da “economicidade”, poderão ser harmonizados, de acordo com as circunstâncias, atendidos os parâmetros do *caput*, o “nacionalismo econômico” com o “capital estrangeiro” (art. 172), seja este por investimentos, pelas empresas multinacionais ou pelas diversas formas de associação com o capital e as empresas nacionais. (SOUZA, 2003, p. 33).

E complementa com diversos outros exemplos, como a harmonização da garantia da propriedade privada e o atendimento de sua função social, nas questões relativas à ocupação distributiva do solo rural e urbano, nacionalização de ou estatização de determinadas atividades para garantia da soberania econômica, ou ainda, na privatização de empresas estatais para garantia de maior desenvolvimento da atividade empresarial e a consequente busca do pleno emprego.

Ressalta o autor, entretanto, a impossibilidade de definição de políticas econômicas ou decisões judiciais ao alvedrio da harmonização dos valores incorporados pela Constituição, não afastando os fundamentos da República, seus objetivos e finalidades, como a dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades, além da promoção do bem de todos indistintamente, valores estes expressos nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição.

5.2.2 Método analítico substancial

O conhecimento sobre Direito Econômico é dotado de determinadas peculiaridades específicas se comparado aos demais ramos do Direito, na medida de sua condição diferenciada de estrita associação com conhecimentos específicos de natureza econômica e política, que contribuem para a formação de seu conjunto normativo e influenciam na concretização de seus preceitos.

Conjugado com a ideia de sistemas e buscando a integração do sistema jurídico com o sistema político e o sistema econômico, defende Washington Peluso Albino de Souza (2002) seu modelo interpretativo sistêmico, afirmando que

De nossa parte, seguindo a interpretação sistêmica, aplicamos o que denominamos Método Analítico Substancial. Partimos da concepção do sistema jurídico, político e econômico, definido constitucionalmente. Passamos à prática da análise dos elementos contidos na norma da Constituição Econômica. Assim, penetrando o conteúdo fático dessa norma, deparamos com os valores que se identificam em

termos de “sistema econômico” que, ainda assim, seria meramente “sistema descritivo”, não esteve embutido no “sistema normativo” constitucional, figurando como seu núcleo econômico. A partir de então, passa a receber o sentido jurídico a ele atribuído por esta inclusão. O conhecimento científico-econômico desde dado informa ao intérprete quanto à sua natureza e funcionamento. Em seguida, verifica-se a maneira pela qual a norma atenderá ao objetivo político, jurídico e econômico a que se destina. Parte-se da afirmativa científico-econômica do “como ser” para chegar à norma jurídica do “dever ser”. (SOUZA, 2002, p. 292).

Apesar de também estar adstrito à hermenêutica aplicável ao Direito em geral, *“por versar sempre sobre o ‘fato econômico’, na modalidade ‘político-econômica’, conta com o auxílio da Ciência Econômica e da Ciência Política, devendo utilizar-se também, subsidiariamente, dos métodos postos em prática por essas ciências.”* (SOUZA, 2003, p. 105)

Diante da apontada peculiaridade, os métodos jurídicos tradicionalmente considerados, nem sempre conduzem ao melhor resultado, mas, também, os métodos da Ciência Econômica e da Ciência Política não conduzem a valores jurídicos, na perspectiva do justo. Diante disso, afirma Washington Peluso Albino de Souza (2003) que

Dessa forma, ao mesmo tempo em que a análise jurídica formal não chega a perceber a relação entre o “fato” e o “direito”, como apontam alguns autores, visto como o dogmatismo jurídico procura, mas não consegue, trazer a realidade até o enunciado da norma, também a análise econômica desprende-se do condicionamento entre interesses na contextura da vida social e, por isso mesmo, afasta-se da realidade tomada em toda a sua inteireza.

No desenvolvimento desse raciocínio chegaremos, então, à presença da “análise” como método comum ao Direito, à Economia e à Política, quando nos encontrarmos diante de normas jurídicas relativas aos fatos político-econômicos. Essa análise penetrará o fato econômico em sua configuração política, enquanto considerado como “substância” ou “conteúdo” das normas de Direito Econômico. (SOUZA, 2003, p. 105).

O denominado Método Analítico Substancial é o que emprega, portanto, a análise, partindo do fato político-econômico, para se atingir a uma conclusão jurídica. Segundo explicações de Souza, trata-se de método misto, que se vale de métodos clássicos, aplicando o processo indutivo para obtenção da explicação do fato sob análise, passando ao processo dedutivo para a aplicação às hipóteses supervenientes. Explicando seu método, Washington Peluso Albino de Souza (2003) o fraciona, da seguinte forma:

- a) “observação” do “fato econômico”, que vai figurar como “núcleo” ou “substância” da “norma de Direito Econômico”, nesta primeira fase do raciocínio. São utilizados métodos da Ciência Econômica;
- b) “caracterização” da “política econômica”, como “elemento substancial”, nesta segunda fase, pelo ajustamento do “fato econômico” à “ideologia”. São utilizados métodos da Ciência Política;

c) elaboração das “hipóteses” e das “conclusões” jurídicas relativas ao “fato político-econômico”, dando-lhes o tratamento de “fato jurídico” em toda a extensão de suas manifestações, não só na identificação da “norma” em que figura como “conteúdo”, mas também da “regra”, assim como na elaboração, na interpretação, na aplicação das leis, ou mesmo na pesquisa científica do Direito Econômico. (, SOUZA, 2003, p. 106).

A utilização desse método interdisciplinar permite o atendimento das finalidades do Direito Econômico de implementação de variadas políticas econômicas, impositivas, proibitivas, permissivas, incentivadoras, planejadoras ou programáticas, possibilitando a tomada de decisões de acordo com a complexa dinâmica social, própria da sociedade pós-moderna.

5.3 Propostas para a racionalidade da decisão judicial sob a perspectiva analítico substancial

De acordo com o que já foi desenvolvido linhas atrás, a dogmática jurídica atual tem tentado buscar alternativas para a legitimação na aplicação do Direito em geral; com o Direito Econômico não tem sido diferente, tendo em vista dificuldade enfrentada pela dogmática positivista, principalmente, a respeito da questão da construção do conteúdo moral da norma jurídica.

Diversas têm sido as propostas teóricas que submetem a Constituição Econômica a diversas modalidades metodológicas, com apresentação de racionalidades das mais variadas linhas, como a teoria formulada pela escola da Análise Econômica do Direito, que eleva a eficiência econômica a valor supremo, substituindo o conceito de justo, como fonte legitimadora do Direito.

Neste capítulo, apresentamos outra alternativa teórica, o Método Analítico Substancial, proposta que trata o dado econômico no processo de sua judicialização, dentro de uma perspectiva sistêmica que garante a integração ideológica de todos os valores/princípios incorporados pela Constituição Econômica. Nessa mesma linha de raciocínio, encontra-se o posicionamento de Eros Roberto Grau (2012), para quem

O que peculiariza a interpretação da Constituição, de modo mais marcado, é o fato de ser ela o estatuto jurídico do político, o que prontamente nos remete à ponderação de “valores políticos”. Como, no entanto, esses “valores” penetram o nível do jurídico, na Constituição, quando contemplados em princípios – seja em princípios explícitos, seja em princípios implícitos – desde logo se antevê a necessidade de os tomarmos, tais princípios, como conformadores da interpretação das regras constitucionais. (GRAU, 2012, p. 158).

Apesar da defesa de Eros Roberto Grau (2012) da tese alexyana de ponderação, técnica não defendida neste trabalho, a consideração integral dos princípios constitucionais, notadamente daqueles que regem a ordem econômica, que deverão ser levados em consideração para a construção da norma jurídica no caso concreto, a consideração da integralidade sistêmica dos princípios constitucionais é exatamente o que contém a proposta encontrada na teoria de Souza, aplicando-se o Método Analítico Substancial, considerando, ainda, o papel descritivo da Economia, apontando os dados da realidade social e econômica, como contributo auxiliar do sistema jurídico. Complementando seus argumentos, Eros Roberto Grau (2012) defende

A aplicação do Direito – e este ato supõe interpretação – não é mera dedução dele, mas sim, processo de contínua adaptação de suas normas à realidade de seus conflitos. Da mesma forma, a ordem jurídica, no seu evoluir em coerência com as necessidades reais, embora haja de respeitar a Constituição, não se resume a uma mera dedução dela.

A Constituição é dinamismo.

É do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao Direito – e à Constituição. Assim, o significado válido dos princípios é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. (GRAU, 2012, p. 163).

A partir da consideração dos valores incorporados na Constituição Econômica, surge a necessidade de ultrapassagem dos pressupostos hermenêuticos vinculados à ideologia liberal e neoliberal reguladora, que apregoa o pressuposto do formalismo jurídico, defendendo simplesmente a invasão na esfera de liberdade dos indivíduos, concebendo somente a positividade da Constituição formal, colocando inteiramente à margem a Constituição material.

É preciso a realização interpretativa da dimensão normativa do texto, não se limitando o intérprete da Constituição à compreensão dos textos na mera perspectiva do dever-ser, sendo necessária, também, a interpretação da realidade, considerando os movimentos dos fatores reais do poder, dentro do momento histórico no qual a Constituição está sendo considerada, passando da dimensão textual para a dimensão normativa.

Partindo do pressuposto de que a Constituição regula uma ordem histórica concreta, sua interpretação e aplicação não podem andar divorciadas dessa realidade histórica, não havendo a neutralidade e objetividade da norma jurídico-econômica e de seu intérprete, conforme defende, por exemplo, o positivismo exegético ou a própria Análise Econômica do Direito.

Conforme construção de Eros Roberto Grau, nem a Constituição nem o Direito podem ser fruto de apenas uma ideologia, aqui concebida como “*conjunto harmônico de princípios que vão inspirar a própria organização da vida social, segundo o regime que irá regê-la*” (GRAU apud SOUZA, 2012, p. 166), mas operam no nível de cristalização de várias mensagens ideológicas.

E é através da consideração sistêmica dos princípios constitucionais, a partir da ideia de economicidade como busca da decisão que encontre a linha de maior vantagem social, levando em conta os diversos valores relativos às variadas ideologias presentes na Constituição, não exclusivamente dentro de uma racionalidade microeconômica que atende aos interesses eminentemente individuais, mas dentro dos reflexos macroeconômicos advindos das decisões judiciais, com a consideração da contribuição descritiva do fato econômico pela economia, é que se busca a efetivação dos valores integrantes do texto constitucional, integralmente considerados, como um dos melhores critérios hermenêuticos para a solução dos conflitos no caso concreto.

5.3.1 Análise de casos de aplicação da teoria

Analisada a dimensão normativa da Constituição Econômica, fruto da construção democrática do texto constitucional de 1988, que incorporou diversos valores econômicos referenciados a variadas ideologias, necessária à análise de alguns julgados prolatados pelo Supremo Tribunal Federal, concretizadores dos princípios da ordem econômica, para que possamos identificar a Análise Substancial do Direito, enquanto paradigma interpretativo da norma constitucional econômica.

Enfrentamos aqui três julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nºs 1.950-3 e 3.512-6 e no Recurso Extraordinário nº 571.969/DF, os primeiros em sede de controle abstrato de constitucionalidade, de relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, e o terceiro através de controle difuso de constitucionalidade, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, no qual utiliza uma hermenêutica concretista que coaduna os pressupostos interpretativos apresentados neste Capítulo.

Partimos, inicialmente, da emblemática decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.950-3⁷⁶, de relatoria do Ministro Eros

⁷⁶ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE,

Grau, proposta pela Confederação Nacional do Comércio, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º, da Lei nº 7.844/92, do Estado de São Paulo, que assegura o direito aos estudantes matriculados em instituições de ensino regular, no Estado de São Paulo, o pagamento de meia-entrada do valor efetivamente cobrado para o ingresso em casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais e circenses, em casas de exibição cinematográficas, praças esportivas e similares das áreas de esporte, cultura e lazer do Estado de São Paulo. O pedido tinha como fundamento jurídico a inobservância dos artigos 170⁷⁷ e 174⁷⁸ da Constituição da República, por ter a lei instituído indevida intervenção indireta do Estado-membro, no domínio econômico, além de outros argumentos de inconstitucionalidade formal que não serão aqui abordados.

CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente." (BRASIL, ADI 1950, 2006a).

⁷⁷ "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." (BRASIL, 1988)

⁷⁸ "Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei." (BRASIL, 1988).

No voto vencedor proferido pelo relator, foram afastadas as alegações relativas ao vício de inconstitucionalidade formal e material, tendo sido reconhecida, por maioria de votos, a compatibilidade da lei paulista com a Constituição da República.

Nos argumentos que fundamentaram seu voto, o Ministro Eros Grau afirma o reconhecimento pela Constituição do sistema capitalista de produção, enfatizando a livre iniciativa, valor supostamente transgredido pela Lei nº 7.844/92, do Estado de São Paulo. Todavia, ressalta o Ministro que a mesma norma não legitima a assertiva de que o Estado somente intervirá no domínio econômico em situações excepcionais. Justificando sua posição, o relator apresenta, na decisão, o conteúdo expresso na Constituição Econômica

A ordem econômica ou Constituição econômica pode ser definida, enquanto parcela da ordem jurídica, mundo do dever ser, como o sistema de normas que defini, institucionalmente, determinado modo de produção econômica. A ordem econômica diretiva contemplada na Constituição de 1988 propõe a transformação do mundo do ser. Diz o seu artigo 170 que a ordem econômica [mundo do ser] deverá estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e deverá ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios. É Constituição diretiva. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos artigos 1º, 3º e 170. Os fundamentos e os fins definidos em seus artigos 1º e 3º são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira. (BRASIL, 2006a).

Na transcrição do trecho do voto acima, podemos observar o posicionamento da Suprema Corte de adesão à teoria da Constituição Econômica, afastando a prevalência de uma ideologia econômica sobre outra, considerando a necessidade de equilibrar todos os valores constitucionalmente assegurados.

E, continuando em sua fundamentação, referenciando Avelãs Nunes, a decisão confirma a necessidade de atuação do Estado na atividade econômica, como forma de preservação do próprio sistema econômico capitalista de mercado, sendo fator de redução de riscos para os indivíduos e para as empresas, aderente à lógica do próprio sistema. Contrariamente ao que defendem os neoliberais reguladores, a decisão, na linha da doutrina de Souza e Grau, considera o mercado uma instituição jurídica que, completamente desregulamentada, só causaria males à sociedade.

Prosseguindo a análise dos fundamentos do voto condutor da decisão, esta reconhece a liberdade, também, como fundamento da República Federativa do Brasil, mas sustenta que a definição da livre iniciativa não pode ser reduzida às noções de liberdade econômica e liberdade de iniciativa econômica, não se resumindo as postulados básicos do liberalismo

econômico, possuindo a livre iniciativa um conteúdo bem mais amplo, pois “*Ela é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’, não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas a empresa*”. (BRASIL, 2006a).

Apesar do posicionamento contrário do Ministro Marco Aurélio, seguido pelo ministro Cezar Peluso, que defendem a ideia de que, no caso, o Estado estaria transgredindo o princípio da livre iniciativa, rendendo cumprimentos “*com o chapéu alheio*” (BRASIL, 2006a), posicionamento este simpático às premissas estabelecidas na *Law and Economics*. Na passagem transcrita no parágrafo anterior, observa-se a completa aversão da Suprema Corte à teoria da Análise Econômica do Direito, e sua adesão à teoria do Método Analítico Substancial, na medida em que considera o conjunto de princípios constitucionais econômicos ordenadores dos fatos econômicos, buscando a concretização da Constituição, através da harmonização de todos os princípios ali consagrados, sem que haja a prevalência de um valor ideológico em detrimento dos demais. Nesse sentido, finalizando a fundamentação de seu voto, o Ministro Eros Grau expõe que

Os preceitos atinentes à ordem econômica contidos em nossa Constituição não podem ser interpretados isoladamente, destacados da totalidade que o texto constitucional é. Disse-o já esta Corte, no exame da ADI 319, relator Ministro MOREIRA ALVES, afirmando o poder do Estado de, por via legislativa, regular a política de preço de bens e serviços. Dever de fazê-lo, diria eu. Função, poder-dever de dar concreção às *normas-objetivo* veiculados pelos artigos 3º e 170 da Constituição.

No caso, se de uma lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Ora, na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. A superação da oposição entre os desígnios de lucro e a acumulação de riqueza da empresa e o direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, como meio de complementar a formação dos estudantes, não apresenta maiores dificuldades. (BRASIL, 2006a).

Nesta fundamentação, o relator partiu da escolha política definidora da Constituição Econômica (ordem política), que incorporou diversos valores ideológicos em seu texto, passando pelo fato econômico, que é a definição de descontos para garantia de acesso dos estudantes paulistas em eventos culturais e esportivos e a confrontação com a livre iniciativa (ordem econômica), para análise da constitucionalidade da lei paulista e construção da norma jurídica no caso concreto (ordem jurídica), utilizando-se, portanto, da teoria defendida por Souza do Método Analítico Substancial, construindo a solução justa para o caso em questão.

O voto vencedor do Ministro Eros Grau é bastante didático, de forma a elucidar seu posicionamento teórico à necessidade de concretização dos valores contidos na Constituição Econômica de maneira global, considerando a totalidade dos princípios incorporados ao texto, para a definição da decisão o mais justa possível.

E, confirmando a adesão da decisão em apreço aos pressupostos teóricos defendidos por Washington Peluso Albino de Souza, Giovanni Clark (2013) defende que

Na ADI 1950 o Supremo Tribunal Federal julgou e admitiu uma típica intervenção por direção onde, por intermédio de lei, o Estado de São Paulo estabeleceu ao setor privado de diversões, esporte, lazer e cultura a meia-entrada aos estudantes do primeiro ao terceiro grau, em suas atividades econômicas. O desconto foi compulsoriamente fixado pelo Estado paulista, intervindo assim no domínio econômico privado, a fim de promover os direitos constitucionais à educação, à cultura e o desporto dos discentes, devendo assim os agentes econômicos privados suportar (racionalizando seus custos, reduzindo suas margens de lucro ou onerando os não estudantes) a política econômica pública, independentemente de qualquer subsídio ou recompensa. (CLARK, 2013, p. 440).

Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.512-6⁷⁹ foi proposta pelo Governador do Estado do Espírito Santo, em desfavor da Lei nº 7.735/04, promulgada pela Assembleia Legislativa do mesmo Estado, que estabeleceu o pagamento de meia entrada para os doadores regulares de sangue, em locais públicos de cultura, esporte e lazer, mantidos pelos órgãos da administração direta e indireta do Estado do Espírito Santo, argumentando a inconstitucionalidade da norma por vício formal, vez que houve invasão de competência privativa do Governador, além do vício de inconstitucionalidade material, por instituir mecanismo de comercialização de sangue, o que é vedado pela Constituição.

⁷⁹ “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.737/2004, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. GARANTIA DE MEIA ENTRADA AOS DOADORES REGULARES DE SANGUE. ACESSO A LOCAIS PÚBLICOS DE CULTURA ESPORTE E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONTROLE DAS DOAÇÕES DE SANGUE E COMPROVANTE DA REGULARIDADE. SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170 E 199, § 4º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. A Constituição do Brasil em seu artigo 199, § 4º, veda todo tipo de comercialização de sangue, entretanto estabelece que a lei infraconstitucional disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue. 5. O ato normativo estadual não determina recompensa financeira à doação ou estimula a comercialização de sangue. 6. Na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.” (BRASIL, ADI 3512, 2006b).

No voto vencedor proferido pelo ministro Eros Grau, relator no processo de controle concentrado de constitucionalidade, sob os mesmos fundamentos apresentados na já analisada Ação Direta de inconstitucionalidade nº 1.950-3, considerou o ministro a constitucionalidade da norma, acrescentando que, para o caso em tela, o § 4º do artigo 199 da Constituição estabelece que a lei regulará as condições que facilitem a coleta de sangue, vedando a comercialização do mesmo, mas admitindo o estímulo à doação, atuando o Estado indiretamente no domínio econômico por indução.

Esclarece a decisão, que a atuação do Estado por indução se dá através de normas dispositivas, com conteúdo cogente diverso das demais normas jurídicas. Trata-se de um estímulo, o que Washington Peluso Albino de Souza denomina sanção premial, para que o indivíduo opte pelo cumprimento da norma de interesse geral, adquirindo, portanto, uma condição favorável estabelecida por ela.

Da mesma forma que fundamentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.950-3, o relator se valeu da decisão política definida no texto constitucional para, em seguida, analisar o fato econômico e, posteriormente, definir a norma aplicável ao caso concreto, em consonância com a Constituição Econômica, o Princípio da Economicidade e com o Método Analítico Substancial.

Nesta decisão, é observada a mesma coerência argumentativa dos fundamentos desenvolvidos na primeira decisão que, apesar de julgarem fatos diversos, possuem a mesma lógica econômica, desvelando o papel de intervenção do Estado, garantindo a concretização dos valores constitucionais, em contraponto à mão invisível do mercado defendida pelas teorias (neo)liberais, garantindo-se, portanto, o atendimento dos fundamentos, objetivos, finalidades e princípios da ordem jurídico-político-econômica brasileira.

Continuando a análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que adotam os critérios hermenêuticos defendidos na presente dissertação, analisamos o voto vencedor da Ministra Carmen Lúcia no Recurso Extraordinário nº 571.969/DF⁸⁰, cujo objeto

⁸⁰ “EMENTA: RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO POR DANOS CAUSADOS À CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO (VARIG S/A). RUPTURA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DECORRENTE DOS EFEITOS DOS PLANOS “FUNARO” E “CRUZADO”. DEVER DE INDENIZAR. RESPONSABILIDADE POR ATOS LÍCITOS QUANDO DELES DECORREREM PREJUÍZOS PARA OS PARTICULARES EM CONDIÇÕES DE DESIGUALDADE COM OS DEMAIS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DO DIREITO ADQUIRIDO E DO ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Recurso extraordinário da União contra acórdão em embargos infringentes. Intervenção do Ministério Público na ação. Legitimidade do Ministério Público para interpor recurso extraordinário, como custos legis (§ 2º do art. 499 do Código de Processo Civil), harmoniza-se com as funções institucionais previstas nos arts. 127 e 129 da Constituição da República. 2. Recurso do Ministério Público não conhecido na parte relativa aos arts. 21, inc. XII, alínea e, 170, parágrafo único, 173 e 174 da Constituição da República. Ausência de prequestionamento. 3. Recurso da União não

litigioso girava em torno do direito de determinada companhia aérea, portanto concessionária de serviço público federal, em obter indenização, em virtude dos danos causados por congelamentos de tarifas adotados como parte da política econômica implementada pela União, entre os meses de outubro de 1985 e janeiro de 1992, o que teria gerado substancial redução no patrimônio líquido da empresa.

Nas alegações formuladas pela concessionária de serviço público, há a defesa de que a insuficiência tarifária decorrente dos planos econômicos executados pela União teria provocado enorme endividamento, comprometendo seu capital de giro agravado pela política de juros elevados, também praticada pelo governo, e que incidiam sobre o financiamento dos valores tomados exatamente para recomposição daquelas perdas. Para tanto, requereu o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, com o ressarcimento dos prejuízos suportados, acrescidos de danos emergentes, lucros cessantes, correção monetária e juros.

conhecido quanto à alegada carência de elementos para a comprovação da quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório em recurso extraordinário (Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal). 4. Responsabilidade da União em indenizar prejuízos sofridos pela concessionária de serviço público, decorrentes de política econômica implementada pelo Governo, comprovados nos termos do acórdão recorrido. Precedentes: RE 183.180, Relator o Ministro Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 1.8.1997. 5. A estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo é expressão jurídica do princípio da segurança jurídica, pelo qual se busca conferir estabilidade àquele ajuste, inerente ao contrato de concessão, no qual se garante à concessionária viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes licitados. 6. A manutenção da qualidade na prestação dos serviços concedidos (exploração de transporte aéreo) impõe a adoção de medidas garantidoras do reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, seja pela repactuação, reajuste, revisão ou indenização dos prejuízos. 7. Instituição de nova moeda (Cruzado) e implementação, pelo Poder Público, dos planos de combate à inflação denominados 'Plano Funaro' ou 'Plano Cruzado', que congelaram os preços e as tarifas aéreas nos valores prevalecentes em 27.2.1986 (art. 5º do Decreto n. 91.149, de 15.3.1985). 8. Comprovação nos autos de que os reajustes efetivados, no período do controle de preços, foram insuficientes para cobrir a variação dos custos suportados pela concessionária. 9. Indenização que se impõe: teoria da responsabilidade objetiva do Estado com base no risco administrativo. Dano e nexos de causalidade comprovados, nos termos do acórdão recorrido. 10. O Estado responde juridicamente também pela prática de atos lícitos, quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais. Impossibilidade de a concessionária cumprir as exigências contratuais com o público, sem prejuízos extensivos aos seus funcionários, aposentados e pensionistas, cujos direitos não puderam ser honrados. 11. Apesar de toda a sociedade ter sido submetida aos planos econômicos, impuseram-se à concessionária prejuízos especiais, pela sua condição de concessionária de serviço, vinculada às inovações contratuais ditadas pelo poder concedente, sem poder atuar para evitar o colapso econômico-financeiro. Não é juridicamente aceitável sujeitar-se determinado grupo de pessoas – funcionários, aposentados, pensionistas e a própria concessionária – às específicas condições com ônus insuportáveis e desiguais dos demais, decorrentes das políticas adotadas, sem contrapartida indenizatória objetiva, para minimizar os prejuízos sofridos, segundo determina a Constituição. Precedente: RE 422.941, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 24.3.2006. 12. Não conhecimento do recurso extraordinário da União interposto contra o acórdão proferido no julgamento dos embargos infringentes. 13. Conhecimento parcial do recurso extraordinário da União, e na parte conhecida, provimento negado. 14. Conhecimento parcial do recurso extraordinário do Ministério Público Federal e, na parte conhecida, desprovido, mantendo-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, conclusivo quanto à responsabilidade da União pelos prejuízos suportados pela Recorrida, decorrentes dos planos econômicos.” (BRASIL, RE 571.969, 2014).

Portanto, a manifestação do Supremo Tribunal Federal girou em torno do exame da questão da existência ou não de responsabilidade da União, como contratante, pelo prejuízo decorrente de política econômica governamental, seja com fundamento na responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição de 1988, seja por dever de manutenção das condições do contrato, conforme determinação do inciso XXI, do artigo 37, também da Constituição da República.

Relatando as experiências econômicas porque passou o Brasil, através de vários planos (Cruzado, Funaro etc.) instituídos entre meados da década de 1980 e meados da década de 1990, por meio da exposição da realidade econômica vivida na época, assim como os objetivos e efeitos produzidos pelas medidas econômicas governamentais, o voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia registra o entendimento de que **“mantiveram-se, sempre, mecanismos de intervenção estatal na fixação de preços, tarifas e salários na busca de controle da inflação”** (BRASIL, 2014), confirmando a existência de provas nos autos que demonstrariam os danos sofridos pela empresa provenientes das medidas econômicas públicas. Contudo, como o Supremo Tribunal Federal não realiza reexame probatório, consignou a Ministra, em seu voto, que a análise do caso se aterá ao pronunciamento da possibilidade de responsabilização do Estado por atitude lícita.

Superando a perspectiva meramente formal de controle de legalidade, a Ministra Carmen Lúcia fundamentou sua decisão, considerando os efeitos econômicos negativos suportados pela concessionária de serviço público, efeitos estes produzidos por política econômica lícita adotada pelo Poder Executivo e Legislativo da União. Nesse sentido, afirma a magistrada em seu voto

Esses atos administrativos e legislativos submetem-se, como é óbvio, num Estado de Direito, aos ditames constitucionais, como aos princípios da legalidade, do respeito ao direito adquirido e do ato jurídico perfeito. E aqueles não foram tidos como inconstitucionais.

Mas parece-me incontestado que o Estado deve ser responsabilizado também pela prática de atos lícitos quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais.

No caso, a concessionária de serviço público, como a Recorrida, não teria como não cumprir o que lhe fora determinado, e, ao cumprir, viu os danos se sucederem até o comprometimento não apenas de seus deveres, que não mais puderam ser cumpridos, como dos seus funcionários, aposentados e pensionistas, cujos direitos não puderam ser honrados. (BRASIL, Recurso Extraordinário nº 571.969, 2014).

No trecho, transcrito anteriormente e extraído da fundamentação do voto vencedor, observa-se, mais uma vez, o afastamento do Supremo Tribunal Federal dos pressupostos defendidos pela escola de Chicago, através da adoção da hermenêutica concretista

desenvolvida por Washington Peluso Albino de Souza e Eros Roberto Grau, na medida em que há a superação do critério formal e meramente exegetico, considerando a dimensão econômica do fato julgado, assim como a pluralidade econômica presente no texto constitucional, principalmente com os efeitos sociais, trabalhistas e previdenciários oriundos das medidas econômicas.

Através da leitura da Constituição Econômica e considerando a ideologia constitucionalmente adotada, a decisão proferida tenta garantir a materialização dos valores econômicos incorporados ao texto, reconhecendo a legitimidade da intervenção do Estado no domínio econômico, ao mesmo tempo considerando os efeitos das medidas interventivas e a necessidade de recomposição dos danos causados, notadamente pelo fato de se tratar de regime de concessão de serviço público, no qual o concessionário não teria condições de adoção de medidas para se proteger, tendo em vista a necessidade de cumprimento do contrato administrativo a que se submeteu, o que a diferencia das demais pessoas e entidades privadas. E, continuando a fundamentação de seu voto, a Ministra Carmen Lúcia complementa que

Não seria, assim, juridicamente razoável impor-se a um grupo de pessoas – funcionários, aposentados, pensionistas e à própria empresa concessionária – ônus superiormente suportado pelas políticas adotadas em relação aos serviços concedidos, deixando-se os danos na conta da possibilidade ou necessidade estatal de adoção de políticas públicas, sem a necessária resposta responsável pelas lesões específicas e comprovadas daí advindas. (BRASIL, Recurso Extraordinário nº 571.969, 2014).

Aqui, pode-se observar a garantia da materialização dos comandos constitucionais da ordem econômica, com o compromisso ético de realizar uma interpretação do texto constitucional além da literalidade da norma, garantindo-se a implementação dos valores econômicos incorporados ao texto, enaltecendo o importante papel do Estado, seja na atividade executiva, legislativa ou judicial, na aplicação da Constituição Econômica, através de sua ideologia própria, sem compromisso com ideologias puras.

Analisadas as três decisões do Supremo Tribunal Federal que demonstram uma interpretação sistêmica dos valores econômicos incorporados pela Constituição e a aplicação do método analítico substancial, pode-se constatar que mencionadas decisões impõem ao setor privado lucrativo limitações e sacrifícios, restringindo, assim, suas margens de liberdade e de lucro, em prol da sociedade e da efetivação da Constituição e de sua ideologia constitucionalmente adotada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada, pudemos identificar a evolução do pensamento econômico que reflete os interesses das classes dominantes, dentro de cada período histórico, assim como a relação entre as respectivas ideologias econômicas e o Direito, tendo em vista a influência que o poder econômico privado exerce, na atividade política definidora do discurso de criação do Direito.

A Constituição brasileira de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, estabelecendo, também, o que se denomina Constituição Econômica, através da definição dos valores econômicos, os fundamentos e princípios vetores das políticas econômicas que serão executadas pelos poderes da república, estabelecendo-se a ideologia constitucionalmente adotada.

Contudo, a Constituição de 1988, como se pode observar, tem passado por inúmeras alterações, através de emendas constitucionais, o que também ocorre com os dispositivos constitucionais com conteúdo econômico, por força dos interesses econômicos do capital privado, principalmente o de origem internacional.

Com o fenômeno da “globalização”, verifica-se a tentativa de uniformização de um discurso ideológico neoliberal regulador, em que o livre mercado vem se tornando um dogma fundamentalista incontestável e as vozes que se levantam contra seus pressupostos, normalmente de implantarem a ideia única do mercado como lei natural da economia, são veementemente combatidos.

Contudo, em que pese a afirmação contrária daqueles que interpretam o texto com ênfase somente nos princípios constitucionais que garantem a livre iniciativa e a propriedade privada, não se pode afirmar que a Constituição de 1988 adotou fundamentos econômicos exclusivamente liberais.

A assembleia constituinte de 1988, ao incorporar o pluralismo como fundamento da República, absorveu também valores de outras ideologias políticas e econômicas, e, através de uma hermenêutica analítico substancial, é possível identificar o que o Prof. Washington Peluso Albino de Souza denominou, pioneiramente, ideologia constitucionalmente adotada.

As alterações promovidas nas normas de conteúdo econômico possuem fundamentos eminentemente reguladores, numa tentativa de desfiguração/mutilação da ideologia adotada na Constituição. Apesar das alterações no regime constitucional estabelecido em 1988, os

maiores excessos ocorreram na legislação infraconstitucional e na imposição dogmática da Análise Econômica do Direito, na interpretação jurídica do Direito Econômico positivo.

O conjunto de normas reguladoras estatais, ditadas pelo poder econômico privado, possui, como braço teórico jurídico, a escola da Análise Econômica do Direito, que tem como pressuposto a prevalência da racionalidade microeconômica sobre a deontologia do Direito.

Possuindo o Direito pressupostos deontológicos próprios, a prevalência de qualquer outro valor sobre tais pressupostos, fere suas bases, colocando em risco a estabilidade da sociedade e da democracia, vez que a lógica da eficiência econômica privada, afasta a do valor de justiça incorporada em nossa Lei Maior de 1988, notadamente a justiça social, objetivo da ordem constitucional econômica expresso no *caput* do artigo 170.

Nesse sentido, as alterações promovidas na Constituição brasileira, com ampliação do número de dispositivos que atendam às pretensões do poder econômico privado, viabilizando, constitucionalmente, o neoliberalismo de regulação, desrespeitaram e mutilaram a diversidade das ideologias políticas que construíram de forma dialética um Texto próprio com valores diversos, nascendo uma ideologia constitucional, a partir da participação e da vontade popular, e não exclusivamente dos interesses dos detentores do poder econômico privado.

Contudo, apesar da forte influência da *Law and Economics* na esfera política brasileira, vez que serviu de base teórica para as emendas constitucionais que têm alterado a Constituição Econômica, tal teoria não possui a mesma difusão dentro do Poder judiciário brasileiro, que atua com o propósito de garantir o Direito Econômico como viabilizador dos direitos fundamentais dos cidadãos, através da harmonização de todos os valores econômicos previstos na Constituição.

Após as pesquisas jurisprudenciais realizadas, pudemos observar que muitas decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros já mencionam a teoria da Análise Econômica do Direito. Entretanto, apesar da menção expressa da teoria, observa-se que os pressupostos por ela defendidos, não são utilizados pelo judiciário brasileiro, podendo ser observada somente uma utilização intuitiva da ideia de eficiência, sem a correspondente prevalência das regras econométricas desenvolvidas pelos economistas e juristas, que deveriam ser o fundamento das decisões judiciais.

Constatada a mencionada inaplicabilidade da teoria da Análise Econômica do Direito no discurso de aplicação do Direito pelos Tribunais brasileiros, procedemos ao estudo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que considera os reflexos econômicos produzidos pelas decisões judiciais, para observarmos a adesão de nossa Corte Suprema à Teoria da Constituição Econômica.

Seja em sede de controle concentrado, ou em de controle difuso de constitucionalidade, pudemos observar a consideração pelo Supremo Tribunal Federal dos plurais valores econômicos incorporados pelo texto constitucional, sem a prevalência dos valores liberais, conforme desenvolvidos pela escola de Chicago.

Aliás, em momento algum, nossa Corte Suprema manifesta sua adesão aos pressupostos da *Law and Economics*. Ao contrário, a partir dos valores plurais incorporados pela Constituição Econômica, o Supremo Tribunal Federal manifesta-se no sentido de garantir a implementação de todos estes valores, notadamente, através da consideração do Direito Econômico de como um direito fundamental a ser garantido a todos os cidadãos, independentemente de sua posição individual de maximizador, ou não, da riqueza da nação, conforme defende a teoria norte-americana.

Não é privilegiando a livre concorrência e a propriedade privada, em detrimento de todos os demais princípios sociais expressos no Texto Constitucional, que se construirá uma sociedade mais livre, justa e solidária, sem pobreza e se promoverá o bem de todos, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

- AVRITZER, Leonardo et al. (Org.) **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Superação das Desigualdades Regionais. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 79-81.
- BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do petróleo e dos recursos minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- BOBBIO, Norberto. Marxismo. In: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política I**. Tradução de João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1998. 2v.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 out. 1988.
- BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 7 jan. 2015.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em: 8 jan. 2015.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 8 jan. 2015.
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 08 de janeiro de 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 janeiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 8 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 35.392/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. **Diário de Justiça**, Brasília, 17 jun. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.036.329/SP. Relator: Ministro Humberto Martins. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.950-3/SP. Relator: Ministro Eros Grau. **Diário de Justiça**, Brasília, 02 jun. 2006a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.512-6/ES. Relator: Ministro Eros Grau. **Diário de Justiça**, Brasília, 23 jun. 2006b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 571.969/DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 mar. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da (2. Região). Apelação Cível nº 2002.51.01.021097-6. Relator: Des. Luiz Antônio Soares. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 abr. 2012.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Custos dos direitos e reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da Constituição**. 20. ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. v.1.

CASTRO, Antônio Carlos Lúcio Macedo de; CLARCK, Giovani. A Ordem Econômica Constitucional de 1988 e suas alterações reguladoras teorizadas pela Escola da Análise Econômica do Direito. In: MORAES FILHO, José Filomeno de; MARTINEZ, Regina Célia; ROB FILHO, Ilton Norberto (Org.). **Teoria do Estado e da Constituição**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 391-409.

CLARK, Giovani. A ADI 1950; O voto aula do direito econômico. In: COSTA, José Augusto F.; ANDRADE, José Maria A. de; MATSUO, Alexandra M. H. (Org.). **Direito: teoria e experiência**. Estudo em Homenagem a Eros Roberto grau. São Paulo: Malheiros, 2013. v.1.

CLARK, Giovani. **O município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CLARK, Giovani. O neoliberalismo de regulação como intervenção do Estado: a regulação e a Constituição de 1988. Lisboa, **Lusíada: Economia & Empresa**, n. 9, p. 9-30, 2009.

CLARK, Giovani. O pioneirismo da Faculdade de Direito da UFMG: a introdução do direito econômico no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Políticos - Série "Estudos Sociais e Políticos"**. Edição Comemorativa dos 120 anos da Faculdade de Direito da UFMG (1892 - 2012). n. 40, p. 143-145, 2012.

CLARK, Giovani. Política econômica e Estado. **Revista de Estudos Avançados**, São Paulo, v. 22, n. 62, p. 207-217. 2008.

CLARK, Giovani; CORREA, Leonardo Alves. Teoria das normas e o direito econômico: Um diálogo com a Filosofia do Direito. In: SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani (Coord.). **Direito econômico e a ação estatal na pós-modernidade**. São Paulo: LTr, 2011.

CLARK, Giovani; CORREA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. **Lusíada: Economia & Empresa**, v. 17, p. 155-182, 2013.

CLARK, Giovani; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Política Econômica Privatizante: o caso da Educação Superior Brasileira. In: SOUZA, Washington Peluso Albino de & CLARK, Giovani (Coord.). **Direito econômico e a ação estatal na pós-modernidade**. São Paulo: LTr, 2011.

CLARK, Giovani; NASCIMENTO, Samuel Pontes do; CORREA, Leonardo Alves. Do Estado Mínimo ao Estado Regulador: uma análise das políticas econômicas estatais neoliberais. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**, v. 2, p. 267-280, 2013.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A análise econômica do direito enquanto ciência**: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. Berkeley Program in Law & Economics Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (University of California, Berkeley, 2007).

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 353, ano 54, p. 14-26, mar. 1965.

CORRÊA, Leonardo Alves. **Direito econômico e desenvolvimento**: uma interpretação a partir da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Publit, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta**: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da Justiça. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim. **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. v.2.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 3. tiragem 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DELACAMPAGNE, Christian. **História da filosofia no século XX**. Tradução de Lucy Magalhães; consultoria Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Análise Econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann: breves considerações críticas. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. esp. em Memória do Prof. Washington Peluso Albino de Souza, p. 327-352, 2013.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forente, 2004.

FORGIONI, Paula Andrea Análise econômica do Direito: Paranóia ou mistificação. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimentos em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FLORES FILHO, Edgard Gaston Jacobs. A nova escola de Chicago e as modalidades de regulação: tendências do *Law and Economics* e aplicações para o direito brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 9, nº 18, p. 43-69, 2º sem. 2006.

GOMES, Laurentino. **1808**: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HARVEY, David. **O neoliberalismo**: história e implicações. Tradução Adail Sobral, Maria Stela Gonçalves. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

HINCAPIÉ, Gabriel Méndez; RESTREPO, Ricardo Sanín. La Constitución Encriptada: Nuevas formas de emancipación del poder global. **Revista de Derecho Humanos y Estudios Sociales**, ano 4, no. 8, Jul-Dic., p. 97-120, 2012.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

HUNT, E. K.; SHERMAN, Howard J. **História do pensamento econômico**. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Tradução de Mario R. da Cruz; revisão técnica de Cláudio Roberto Contador. São Paulo: Atlas, 1982.

KOZICKI, Kátya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LÖWY, Michael. **Ideologias e ciência social**: elementos para uma análise marxista. 19. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de Magalhães. **Filosofia analítica e filosofia política**: a dimensão pública da linguagem. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 13. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

MARICATO, Ermínia. É a questão urbana, estúpida! In: MARICATO, Ermínia et al. **Cidades Rebeldes**: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013, p. 13-26.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**: introdução de Jacob Gorender; tradução Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Apresentação de Jacob Gorender; coordenação e revisão de Paul Singer; Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1983. v. 1-2.

MASSO, Fabiano Del. **Direito econômico esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais**: separação de poderes e deliberação. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MÉSZÁROS, István. **A crise estrutural do capitalismo**. São Paulo: Boitempo, 2011.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **O consequencialismo econômico nas decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária**: um estudo crítico. 2013. Dissertação (Mestrado)- Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2013.

NEURATH, Otto. La sociologie dans le physicalisme. In : BLUMBERG Albert, CARNAP Rudolf, FEIGL Herbert, et al. (ed.). **L'Âge d'or de l'empirisme logique**: Vienne - Berlin – Prague, 1929-1936. Textes de philosophie des sciences . Paris : Gallimard, 2006. p. 253-309. (Bibliothèque de philosophie).

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes 2010.

NUNES, António José Avelãs. As duas últimas máscaras do estado capitalismo. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 409-476, jul./dez. 2011.

NUNES, António José Avelãs. **Introdução à história da ciência econômica e do pensamento econômico**. Coimbra: Serviço de Acção Social da U.C., 1998.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2014.

PAULA, João Antonio de (Org.). **Adeus ao desenvolvimento**: a opção do governo Lula. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Recurso Inominado nº 4738-28.2010.8.16.0012 oriundo do 2º Juizado Especial Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Relator Juiz Gustavo Tinôco de Almeida. **Diário Oficial do Paraná**, Curitiba, 16 out. 2014.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Consulta**. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/consultas>> Acesso em: 20 fev. 2015.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Tradução João Guilherme Vargas Neto. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

PARETO, Vilfredo. **Vilfredo Pareto**: sociologia. Organizador José Albertino Rodrigues. Tradução Ruy R. Cunha. São Paulo: Ática, 1984.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos. 9. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard Allen. **Economic analysis of law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

POSNER, Richard Allen. El Análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones em desarrollo. Sociedad de Economía y Derecho UPC. **Revista de Economía y Derecho**, v. 2, nº 7, Invierno 2005.

QUESNAY, Francois. **Tableau economique des physiocrates**. Paris: Calmann-Levy Rae, 1969. Acrescentei.

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoria crítica constitucional**. San Luís Potosi: USLP, 2013.

RICŒUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução de Alain François [et al.] Campinas, SP: Editora Unicamp, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70051118800. Relator Des. Rubem Duarte. **Diário Oficial do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 19 dez. 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2010.

SEN, Amartya Kumar. **A idéia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre a ética e economia**. São Paulo: Companhia da Letras, 2008.

SMITH, Adam. **Riqueza das nações**. Introdução e supervisão de Maxim Behar e Norberto de Paula Lima; tradução e seleção de Norberto de Paula Lima. Rio de Janeiro: Ediouro, 1986.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: novos paradigmas em face da globalização. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Editora LTr, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5. ed. São Paulo: Editora LTr, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK Giovani. Questões polêmicas de direito econômico. São Paulo: LTr, 2008.

SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK Giovani (Coord.). **Direito econômico e a ação estatal na pós-modernidade**. São Paulo: LTr, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

THE MONT PELERIN SOCIETY. The 2015 **Regional Meeting of The Mont Pelerin Society will be held**. Lima, Peru on March 22-25, 2015. Disponível em: <<https://www.montpelerin.org/montpelerin/home.html>> Acesso em: 14 jan. 2015.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Human Development Report 2014. **Sustaining Human Progress: Reducing Vulnerabilities and Building Resilience**. New York, 2014. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr14-summary-en.pdf>> Acesso em: 8 jan. 2015.

WEBER, Max. **História geral da economia**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. 2. ed., rev. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. Acrescentei

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina direito e economia no Brasil. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, n. 10, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.red.unb.br/index.php/redunb/article/view/7095/5592>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

ZIZEK, Slavoj. Introdução: o espectro da ideologia. In: ADORNO, Theodor W. et al. ZIZEK, Slavoj (Org.). **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 9.