



UNIVERSIDADE
ESTADUAL de LONDRINA

TÚLIO SANTOS CALDEIRA

**O ESTADO E OS DIREITOS EM CRISE:
O SÉCULO XXI E UMA NOVA AGENDA GLOBAL**

Londrina
2019

TÚLIO SANTOS CALDEIRA

**O ESTADO E OS DIREITOS EM CRISE:
O SÉCULO XXI E UMA NOVA AGENDA GLOBAL**

Dissertação apresentada ao programa de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Londrina
2019

TÚLIO SANTOS CALDEIRA

**O ESTADO E OS DIREITOS EM CRISE:
O SÉCULO XXI E UMA NOVA AGENDA GLOBAL**

Dissertação apresentada ao programa de Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Profa. Dra. Tânia Lobo Muniz
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof. Dr. Claudio Ladeira de Oliveira
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Londrina, 19 de dezembro de 2019.

Dedico este trabalho a meus pais, Wania e
Tércio, e à minha irmã Wanessa.

AGRADECIMENTOS

A gratidão é uma forma de reconhecer que não conseguiríamos fazer o que fizemos ou chegar onde chegamos sem ajuda. Trata-se de ter a consciência de que nossas conquistas, por mais meritórias e por maior que tenham requerido esforço e dedicação, são resultado de uma ação coletiva capaz de mover pessoas diferentes em uma direção comum. É com essa ideia que gostaria de agradecer a algumas pessoas que foram essenciais para que este trabalho viesse à existência, e que marcaram a minha trajetória no mestrado.

Primeiramente, agradeço ao meu orientador, o professor Dr. Elve Miguel Cenci, por ter conduzido, com paciência, generosidade e interesse, este trabalho. Suas orientações e direcionamentos, não só na elaboração da pesquisa, mas também durante o estágio de docência, os projetos de pesquisa e todas as demais atividades, foram muito valiosos e importantes em minha formação. Para além disso, agradeço as várias oportunidades que me concedeu para amadurecer como pesquisador e na busca de me tornar um professor, seja incentivando a publicação de artigos científicos, seja abrindo as portas para novos desafios. Devo agradecer, também, a oportunidade que me concedeu de ser bolsista do programa, onde tive um vislumbre mais amplo da vida acadêmica, bem como de seus desafios. Sua responsabilidade e dedicação, tanto na condução dessa pesquisa como na coordenação do programa de mestrado, são uma inspiração e um exemplo para mim. Sua influência na pesquisa é perceptível da introdução à conclusão, contudo, de forma ainda mais intensa nas discussões sobre a crise do Estado-nação, seja pelas aulas ministradas ou da farta e interessante bibliografia indicada. Finalmente, devo agradecer por sua gentileza e amizade que em momento algum faltaram.

Também sou grato à professora Dra. Tânia Lobo Muniz, atualmente diretora do Centro de Estudos Sociais Aplicados. Em primeiro lugar, agradeço por suas aulas no programa e pelo projeto de pesquisa que coordena e que me permitiram compreender melhor o Direito Internacional e estimularam meu interesse por essa temática. Estas contribuições estão plasmadas especialmente no segundo capítulo desta pesquisa em que se discute as alternativas internacionais para a crise do Estado-nação. Em segundo lugar, sou muito grato por ter aceito fazer parte da banca julgadora deste trabalho, bem como por suas preciosas orientações, críticas e sugestões dadas, sem as quais muitos erros teriam permanecido e o trabalho não teria a configuração que possui agora.

Agradeço, ainda, à professora Dra. Marlene Kempfer, a quem devo boa parte do terceiro capítulo do trabalho. Sou grato por suas aulas, pelo seu incentivo e pelas várias indicações bibliográficas que fez, bem como pelas conversas que tivemos sobre o tema da

minha pesquisa. Sua ajuda e seu exemplo me marcaram muito positivamente. Quero agradecer, também, outros professores do programa que deixaram sua marca nesta pesquisa: ao professor Dr. Marcos Antonio Striquer Soares, a quem devo a discussão sobre liberalismo e republicanismo; ao professor Dr. Miguel Etinger Araujo Júnior, a quem devo as contribuições referentes aos direitos sociais ao meio ambiente, ao transporte e à moradia, bem como sobre a análise econômica do direito; aos professores Dr. Cesar Bessa e Dr. Reginaldo Melhado aos quais sou grato pelas informações referentes às transformações do direito do trabalho; à professora Dr. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos Amaral, a quem devo boa parte da base sobre negócio jurídico que introduz o primeiro capítulo; e ao professor Dr. Sergio Alves Gomes, a quem devo as reflexões filosóficas que permeiam todo o trabalho.

Sou imensamente grato aos meus queridos amigos do mestrado, especialmente aos colegas bolsistas, que nestes dois anos compartilharam comigo as vitórias, desafios, alegrias e percalços que fazem parte da realidade acadêmica no Brasil. Sua amizade, tanto dentro quanto fora do ambiente acadêmico, deram um valor especial a esta experiência. Emprestaram seu tempo e sua atenção tanto nas discussões acadêmicas desta pesquisa, como também naqueles outros temas da vida em que buscamos aqueles que reconhecemos como amigos. Agradeço o carinho, incentivo e amizade. Para não cometer nenhuma injustiça ou esquecimento não os cito nominalmente, mas estão sempre em minha memória.

Agradeço, muito especialmente, à minha família, meus pais, Tércio e Wania, e minha irmã, Wanessa, que ao longo desses dois anos me apoiaram, incentivaram, suportaram e cuidaram de mim não deixando que nada faltasse ou me atrapalhasse, permitindo que eu me focasse integralmente nos estudos. Sou grato pelo amor que recebi e pela força, especialmente nos momentos mais difíceis. Eles são as pessoas que mais amo nesta vida e dão sentido às conquistas que tive.

Por fim, agradeço à Deus, que esteve comigo todo esse tempo e me presentou com o privilégio de ser aluno de um dos mais antigos e importantes programas de mestrado do Estado e também do país. Sou grato por Ele me ter concedido proteção, sabedoria, paciência, força e paz, e por todas estas pessoas que Ele colocou ao meu redor e atuaram como anjos em minha vida.

“Todo direito no mundo foi adquirido pela luta; esses princípios de direito que estão hoje em vigor, foi indispensável impô-los pela luta àqueles que não os aceitavam; assim, todo o direito, tanto de um povo, como o de um indivíduo, pressupõe que estão o indivíduo e o povo dispostos a defendê-lo”

Rudolf von Jhering, *A Luta pelo Direito*

CALDEIRA, Túlio Santos. **O Estado e os direitos em crise: o século XXI e uma nova agenda global**. 2019. 291 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2019.

RESUMO

A presente pesquisa, pelo método dialético, buscou demonstrar que a preservação dos direitos individuais, políticos e sociais – atualmente ameaçados – depende da reforma do direito para que este se torne mais eficiente na promoção e defesa dos mesmos por meio de sua internacionalização e adaptação. O trabalho demonstrou que os direitos estão em grave ameaça em vista da crise sistêmica que se instaurou a partir do início do século XXI provocada pela concomitância de quatro crises: jurídico-regulatória, econômica, do Estado-nação e democrática. A partir dessas quatro crises que fragilizam a base de tutela dos direitos, são apresentados os remédios para lidar individual e coletivamente com elas para restaurar a estrutura social, política, econômica e jurídica dos direitos. A crise do Estado-nação – elemento ao redor do qual os demais (regulação jurídica, democracia e economia) gravitam – será resolvida a partir da instituição de uma esfera pública internacional que absorva parte das competências que são atualmente reservadas aos Estados, de forma a dar suporte e efetividade à regulação, à democracia e limites à economia na atual conjuntura globalizada. A crise econômica, por sua vez, deve ser superada por intermédio da regulação internacional com a instituição de uma ordem econômica internacional fundada em princípios que conformem a economia e o capitalismo ao homem, e não o contrário, e que dirija a economia na direção da concretização de valores humanos e do desenvolvimento de todos. A crise democrática terá seu fim quando os mercados – responsável em boa medida pelo enfraquecimento das decisões e da participação democrática – forem efetivamente democratizados por meio da inclusão de todas as pessoas no sistema capitalista pelo franqueamento e facilitação da distribuição mais equitativa e racional do capital entre todos. Finalmente, resolvidas as demais crises, cria-se o ambiente ideal para a resolução da crise jurídico-regulatória, que consiste no estabelecimento de pisos e tetos de garantias, direitos e deveres e na imposição aos negócios jurídicos de valores e objetivos públicos. Restaurado o sistema social os direitos poderão ser novamente reconhecidos e executados contando com uma estrutura que garanta não apenas a sua existência, mas também sua sustentabilidade e exigibilidade.

Palavras-chave: Crise do Estado-nação. Crise dos Direitos. Esfera Pública Internacional. Ordem Econômica. Reforma Jurídica.

CALDEIRA, Túlio Santos. **The state and rights in crisis: the 21st century and a new global agenda**. 2019. 291 pp. Dissertation (Master in Business Law) - Londrina State University, Londrina, 2019.

ABSTRACT

This research, through the dialectical method, sought to demonstrate that the preservation of individual, political and social rights - currently threatened - depends on the reform of the law so that it becomes more efficient in promoting and defending them through their internationalization and adaptation. The work demonstrated that rights are in grave threat in view of the systemic crisis that began in the early 21st century caused by the concomitance of four crises: legal-regulatory, economic, nation-state and democratic. From these four crises that weaken the base of protection of rights, are presented the remedies to deal individually and collectively with them to restore the social, political, economic and legal structure of rights. The crisis of the nation state - an element around which the others (legal regulation, democracy and economy) gravitate - will be solved by the establishment of an international public sphere that absorbs part of the competences that are currently reserved to the states, in order to give support and effectiveness to regulation, democracy and limits to the economy in the current globalized conjuncture. The economic crisis, in turn, must be overcome through international regulation by establishing an international economic order founded on principles that conform economics and capitalism to man, not the other way around, and which directs the economy towards human values and the development of all. The democratic crisis will end when markets - largely responsible for weakening decisions and democratic participation - are effectively democratized through the inclusion of all people in the capitalist system by franchising and facilitating the more equitable and rational distribution of capital among all. Finally, once the other crises are resolved, the ideal environment is created for the resolution of the legal and regulatory crisis, which consists in establishing floors and ceilings of guarantees, rights and duties and imposing public values and objectives on the legal business. Once the social system is restored, rights can be recognized and enforced again with a structure that guarantees not only their existence but also their sustainability and enforceability.

Key words: Nation-state crisis. Rights Crisis. International Public Sphere. Economic Order. Legal Reform.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1: A CRISE SISTÊMICA DO DIREITO, DA ECONOMIA, DO ESTADO E DA DEMOCRACIA E A MORTE DOS DIREITOS	14
1.1. CRISE JURIDICA E DO NEGÓCIO JURÍDICO	16
1.2. CRISE DO MUNDO ECONÔMICO	26
1.3. CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO	58
1.3.1. QUANTO CUSTA O ESTADO?	100
1.3.2. QUANTO VALE A DEMOCRACIA?	100
1.4. A MORTE DOS DIREITOS	122
CAPÍTULO 2: UM MUNDO NOVO: QUEM PROTEGE OS DIREITOS DEPOIS DAS CRISES	138
2.1. TRÊS PROPOSTAS DE TRANSFORMAÇÃO	140
2.1.1. O RETORNO DO ESTADO	141
2.1.2. O ABANDONO AO MERCADO	145
2.1.3. RUMO AO DIREITO INTERNACIONAL	148
2.2. A NOVA COMPOSIÇÃO DE FORÇAS DO SISTEMA INTERNACIONAL	163
2.3. DO PRIVADO DO PÚBLICO: A ESFERA PÚBLICA INTERNACIONAL	171
CAPÍTULO 3: UM DIREITO NOVO: COMO PROTEGER OS DIREITOS DEPOIS DAS CRISES	191
3.1. O DIREITO DAS, PELAS E PARA AS PESSOAS	193
3.1.1. DIREITO ANTICÍCLICO	212
3.1.2. DIREITO DO DESENVOLVIMENTO	231
3.2. A DEMOCRATIZAÇÃO DO CAPITALISMO	255
3.3. O NOVO DIREITO E EQUILÍBRIO EMRE PISOS E TETOS	270
CONCLUSÃO	279
REFERÊNCIAS	282

INTRODUÇÃO

Descrever o pano de fundo da presente pesquisa, isto é, sua problemática, não é difícil, tendo em vista que ela é cotidianamente apresentada nos meios de comunicação de massa. Trata-se da crise dos direitos, processo pelo qual os direitos – como construção histórica que começa com a emergência dos direitos individuais ao fim dos Estados absolutistas, passando pelos direitos políticos e chegando aos direitos sociais quando da formação do Estado de bem-estar social – são represados, mitigados ou mesmo revogados, sob a justificativa de que, sem tais expedientes, outras crises e outros direitos não poderão ser garantidos.

A crise dos direitos, muito mais do que a simples incapacidade material de serem executados, consiste na perda de sua base de justificação e legitimidade, que é o próprio sistema social. Este sistema vem sendo construído, reformado e desenvolvido ao longo da história do Estado-nação (que é o eixo principal de sustentação do sistema). A partir do Estado, como elemento central do sistema, os demais elementos – jurídico, econômico e democrático – foram pensados e organizados. Entretanto, com a passagem do século XX para o século XXI e as profundas transformações (tecnológicas, sociais, culturais, econômicas e políticas) decorrentes, os elementos constituidores do sistema social – jurídico, econômico, estatal e democrático – entram, individualmente, em crise e, coletivamente, se desarranjaram articulando-se de forma disfuncional levando à crise do sistema social como um todo (crise sistêmica).

Em meio à crise jurídica (que faz com que as relações escapem à regulação e se tornem predatórias), à crise econômica (cujo marco foi 2008 e devastou a economia de todos os países provocando desemprego, crescimentos baixos, depressões e instabilidades nas moedas), à crise do Estado-nação (que confrontado com o poder da globalização econômica, das empresas transnacionais e órgãos de regulação globais, se viu forçado a abandonar seus projetos particulares e aderir à competição mundial) e à crise democrática (como resultado da substituição da autonomia popular pela tecnocracia em vista dos problemas e frustrações do modelo representativo), os Estados nacionais, os mercados e a própria população entram em desespero e passam a ser convencidos de que o sacrifício de alguns direitos (que se transformam em muitos com a acentuação da crise) terá o condão de sanar as crises e reabilitar o sistema como um todo. Além disso, os direitos (especialmente os sociais) são apontados como a causa, ou pelo menos uma das causas, da crise sistêmica e que a sua revogação é condição necessária para que a normalidade jurídica, econômica, estatal e democrática seja restaurada.

Essa narrativa leva à deslegitimação dos direitos como garantias humanas e respostas às suas necessidades. Ao apresentar os direitos como causadores da crise do sistema social ou como um “custo” a ser cortado ou economizado para que as crises sejam aplacadas, cria-se um ambiente e uma disposição contrários e avessos aos direitos levando ao fenômeno que é chamado neste trabalho de “morte dos direitos”, que consiste na renúncia de seus próprios titulares convencidos de que abandonando seus direitos serão capazes de restaurar o Estado, a democracia, a economia e o direito em crise.

Fato bastante recente e muito noticiado no Brasil é um exemplo paradigmático desse conceito de “morte dos direitos”. Trata-se de uma série de manifestações de rua ocorridas no início do ano de 2019 com o objetivo de exigir reformas que mitigavam ou mesmo retiravam direitos, como, por exemplo, a reforma da previdência, a reforma trabalhista ou a aprovação de mudanças no sistema penal pedindo menos garantias processuais e mais liberdade para a autoridade policial no uso da força letal. Medidas e movimentos “anti-direitos” como esses não são exclusividade do Brasil, mas se estendem por todo o globo. Somado a isso e também decorrente da crise sistêmica, surgem vários movimentos extremistas, fundamentalistas e populistas que também reivindicam menos direitos para certas minorias étnicas, raciais ou sexuais que conquistaram alguns direitos nas últimas décadas.

É em face dessa realidade de crise dos direitos, da perda de sua legitimidade, da sua substituição e “sacrifício” em nome da resolução de outros problemas ou crises, que surge a problemática da pesquisa: como proteger, manter e efetivar direitos e garantias fundamentais individuais, políticos e sociais históricos em um momento tão desfavorável e em um contexto tão adverso a eles e que tende a constituir a nova realidade? Em termos mais simples e diretos: como reverter e enfrentar a crise (ou morte) dos direitos?

A proposta que a presente pesquisa defende é que a crise dos direitos – por ser uma decorrência ou consequência limite da crise sistêmica – só será resolvida quando o sistema social em crise for estabilizado. A estabilização do sistema social e a superação da crise sistêmica implica, necessariamente, na superação das quatro crises que minam os elementos desse sistema social, isto é, a resolução das crises jurídica, econômica, estatal e democrática. Reabilitar o sistema por meio da solução dessas quatro crises exige lidar com elas individual e conjuntamente, em primeiro lugar estabelecendo uma regulação e garantia institucional dos direitos em nível internacional de natureza pública, e, em segundo lugar, reformulando o próprio direito para melhor se adaptar à realidade do século XXI.

O percurso a ser desenvolvido para a demonstração dessa proposta envolve, primeiro, descrever a crise sistêmica, que compreende a crise jurídica, a crise econômica, a crise

do Estado-nação e a crise democrática; segundo, apresentar o sistema internacional e desenvolver a ideia de esfera pública internacional como substituta do Estado nacional na defesa dos direitos e, terceiro, estudar novas formas de regulação das relações jurídicas, políticas e econômicas que melhor se adaptem à realidade do século XXI.

O trabalho se estrutura em três capítulos. O primeiro segue uma linha descritiva e se propõe a analisar todo o contexto e pressupostos da crise dos direitos, ou seja, descreve a origem e desdobramentos da crise sistêmica como um encadeamento de crises que afetam seus quatro elementos principais: a crise jurídica, a crise econômica, a crise do Estado nacional e a crise democrática. O segundo e o terceiro capítulos focam na proposição da solução para a “morte dos direitos” como decorrência da crise do sistema social, propondo respostas às quatro crises (jurídica, econômica, estatal e democrática). O segundo capítulo é dedicado à solução da crise do Estado-nação propondo o estabelecimento de uma esfera pública internacional que seja capaz de suprir as faltas e incapacidades dos Estados nacionais. O terceiro capítulo, dividido em três partes, objetiva, em cada uma delas, indicar a solução para as outras três crises, que são tratadas conjuntamente sob a ótica de uma solução que contemple o ser humano em sua completude como centro e finalidade. Assim, a crise econômica será tratada por meio de uma regulação econômica global que imponha limites e funções às liberdades econômicas pela construção de um tipo de capitalismo mais adaptado e amigável aos direitos. A crise democrática é resolvida pela democratização do capitalismo como espaço de decisão. E a crise jurídica se resolve por uma nova forma de regular os negócios jurídicos, de forma a alinhá-los aos objetivos de um sistema de proteção dos direitos (individuais, políticos e sociais).

O método utilizado na pesquisa é o dialético, que faz dialogar duas perspectivas: a liberal e a social. Essas perspectivas, a despeito das divergências e antagonismos, podem apresentar interessantes respostas e instrumentos para lidar com a crise dos direitos. Assim, muito além de se assumir unilateralmente apenas uma das perspectivas, a pesquisa se propõe a, criticamente, analisar todas as ideias apresentadas, sistematizá-las, e optar por aquela que melhor tutele e efetive os direitos. Portanto, não se propõe qualquer tipo de “purismo” teórico, mas sim uma síntese naqueles pontos em que possam ser convergentes.

CAPÍTULO 1

A CRISE SISTÊMICA DO DIREITO, DA ECONOMIA, DO ESTADO E DA DEMOCRACIA E A MORTE DOS DIREITOS

“O momento triunfante do capitalismo é seu momento de crise”.

Hernando de Soto, *O mistério do capital*

“Quanto maior for a crise, mais acirradas tendem a ser as discussões e mais substanciais tendem a ser as reformas”.

José Eduardo Faria, *O Estado e o Direito depois da Crise*

Tratar da crise dos direitos exige a recapitulação de uma série de eventos e crises que, em um efeito em cadeia, culminam com a morte dos direitos. Assim, falar da crise dos direitos – aqui entendidos em seu mais amplo significado para incluir os direitos individuais, políticos, sociais e humanos – é lidar com as crises do direito (ou jurídico-regulatória), da economia, do Estado e da democracia. É impossível compreender a crise dos direitos e propor saídas e soluções sem olhar para sua causa, a convergência de crises em três áreas: jurídica, econômica e política.

Sob um olhar mais amplo, crise pode ser entendida como um transtorno que afeta a integração de sistemas e que reverberam seus efeitos na integração social, ou seja, em última análise, crise é toda perturbação que quebre a coesão e organização da sociedade¹. De maneira mais detalhada, José Eduardo Faria indica que a sociedade é composta por uma série de instituições diferentes, regidas por lógicas e racionalidades próprias e com funções diversas. Essas instituições – que vão desde a família, passando pela economia, até o Estado e a política –, em uma situação de normalidade, convivem harmoniosamente e se integram proporcionando equilíbrio social. A crise ocorre quando estas instituições já não mais conseguem se articular de forma racional, gerando conflitos, contradições e distorções sociais, muitas vezes uma invadindo ou colonizando a outra, impondo a lógica e funcionamento de uma instituição a outra².

¹“Habermas entende por crise aqueles transtornos que se produzem na integração do sistema e que põem em perigo a integração social” (DERANI, 2008, p. 180).

²“Nos termos em que foi colocada por autores clássicos como Ripert, Cruet, Morin, Dabin, Savatier, Duguit, Waline e Carbonnier, muitos dos quais oriundos do direito privado, essa ideia de crise encerra uma concepção bastante específica de sociedade, encarada como um sistema formado por diferentes instituições, cada uma delas

A crise dos direitos parte exatamente dessa ideia de sociedade e de crise. Os direitos estão morrendo porque há, desde a acentuação da globalização, uma desorganização das instituições econômicas, jurídicas e políticas. A economia, em vista de sua integração mundial, passa a governar as outras instituições impondo sobre elas sua própria lógica de funcionamento e fazendo com que sua função seja também a das outras. O mundo econômico “coloniza” (ou condiciona) o jurídico e o político que internalizam as virtudes e os defeitos da economia capitalista, contudo, de forma disfuncional, já que tanto o jurídico quanto o político funcionam sob outras premissas e organização.

Por estarem colonizados e coordenados pela economia, o direito, o Estado e a democracia seguem tanto as venturas quanto as desventuras da economia. É assim que, quando a economia capitalista passa por alguma crise (como a de 2008, por exemplo), a política e o direito entram em crise também. De maneira mais específica, a crise econômica produz uma crise nos Estados, que, por sua vez, abalam a democracia e, por fim, levam à crise dos direitos.

A economia capitalista, quando em crise, busca a estabilização. É neste momento que ela exige maior liberdade (ou menor intervenção) e mecanismos de redução de custos de produção, o que rivaliza com a intervenção econômica estatal e os custos decorrentes da regulação. É por isso que a crise econômica leva à diminuição do Estado, em sua estrutura, seus serviços, seu orçamento, sua arrecadação e, principalmente, sua regulação. Despojado de suas principais funções, o Estado deixa de imprimir na sociedade seus valores e objetivos tornando a democracia sem valor aos olhos da população, já que mesmo que consigam, pela participação política, fazer o Estado atuar em seu favor, não obterão efeitos práticos, pois o Estado não tem força para regular e coordenar a vida social. Desabilitados os dois instrumentos de produção, tutela e legitimação dos direitos – o Estado e a democracia – estes ficam muito mais expostos à crise. É exatamente isso que José Eduardo Faria e Rolf Kuntz demonstram quando indicam as consequências da influência da economia globalizada nos planos social, político, jurídico e institucional³.

com lógicas e racionalidades próprias. No limite, o equilíbrio social seria possível graças a uma articulação funcional dessas instituições, sejam elas familiares, educacionais, culturais, religiosas, econômicas, políticas etc. Nesse sentido, o modo pelo qual a sociedade é pensada ou concebida resulta na maneira pela qual se admite a racionalidade de suas formas de organização institucional. A ideia de crise aparece quando as racionalidades parciais já não se articulam umas com as outras, gerando assim graves distorções ou disfunções estruturais para a consecução do equilíbrio social. Cada instituição aparece como independente em relação às demais, de modo que a crise representaria a sociedade como eivada de incoerências e invadida por contradições. Assim, considerada, essa ideia de crise configura um conceito analítico que serve para opor uma ordem ideal a uma ordem real, na qual a ordem jurídica é contrariada por acontecimentos para os quais ela não consegue oferecer soluções ou respostas técnica e funcionalmente eficazes” (FARIA, 2004, p. 40-41).

³“Se a desregulamentação da economia, a revogação dos monopólios públicos, a abertura comercial e a inserção das economias periféricas e semi-periféricas nos mercados globais abriram caminho para ganhos expressivos de

Este primeiro capítulo se destina a demonstrar exatamente esta sequência de crises, como ocorrem, quais suas consequências e sua lógica. Inicia com os negócios jurídicos, vai para a economia, passa pelo Estado, depois pela democracia, chegando, finalmente, nos direitos. O objetivo é construir um diagnóstico do que tem ocorrido com os direitos.

1.1 CRISE JURÍDICA E DO NEGÓCIO JURÍDICO

O negócio jurídico notadamente ocupa lugar de destaque na vida humana. Ele está presente em numerosas atividades que as pessoas realizam no seu dia a dia. Desde aquelas atividades mais triviais, como a compra de algum produto, até as decisões mais solenes e importantes da vida, como o casamento, são materializadas e instrumentalizadas por negócios jurídicos. Há pouca coisa com as quais as pessoas entram em contato no se cotidiano que não seja mediado ou, pelo menos envolva indiretamente, algum negócio jurídico.

A importância do negócio jurídico, porém, não para na operacionalização das atividades individuais das pessoas no atendimento de suas necessidades. O negócio jurídico possui um significado social e histórico. Foi ele, segundo o relato de Benjamin Constant, que proporcionou a passagem da barbárie para a civilização, pois com o negócio jurídico as sociedades deixaram de obter ou tentar obter o que desejavam por meio da guerra e da violência e passaram a conseguir o que queriam por meio do comércio e das transações de forma consensual⁴. O negócio jurídico, nestes termos, deixa de ser um mero instrumento de atendimento de desejos individuais para se tornar também um mecanismo de pacificação e de viabilização da própria sociedade como vivenciada atualmente.

Não é por outra razão que até mesmo na filosofia o negócio jurídico ganha uma dimensão especial e de destaque como o fundamento e marco inicial da construção das sociedades e dos Estados. Os filósofos, especialmente os contratualistas (tais como Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau e Immanuel Kant), entendem que a base de

produtividade e competitividade, no plano social elas modificaram as condições estruturais dos padrões de trabalho e levaram ao fim as políticas de emprego, seguridade pública e bem-estar social; no plano político, à internacionalização das decisões e ao déficit de legitimidade dos processos deliberativos da democracia representativa; no plano jurídico, à desconstitucionalização dos direitos sociais; e, no plano institucional, a alterações paradigmáticas tanto no arcabouço do direito positivo quanto nas competências e no alcance da jurisdição dos tribunais” (FARIA; KUNTZ, 2002, p. 7-8).

⁴ “A guerra é anterior ao comércio: pois a guerra e o comércio nada mais são do que dois meios diferentes de atingir o mesmo fim: o de possuir o que se deseja. O comércio não é mais que uma homenagem prestada à força do possuidor pelo aspirante à posse. É uma tentativa de obter por acordo aquilo que não se deseja mais conquistar pela violência” (CONSTANT, 1985, p. 12).

legitimidade do poder político se encontra no contrato social, que é o instrumento pelo qual a sociedade abandona seu estado de natureza para fundar um estado social e organizar a vida em sociedade⁵. A visão contratualista é, de fato, muito importante na construção do Estado e da política como se conhece hoje. Porém, na atualidade (em que se vive a era digital), não é mais o “contrato social” que define as relações políticas, mas um outro tipo de negócio jurídico. O escândalo do Facebook e da Cambridge Analytica nas eleições americanas de 2016 e no Brexit de 2017 provam isso, já que foi graças à venda das informações obtidas pelo Facebook à Cambridge Analytica que a eleição de Donald Trump e a saída do Reino Unido da União Europeia aconteceram⁶. Sem falar, é claro, no negócio jurídico bilionário das doações para campanhas eleitorais, igualmente importantes na definição de quem ganha e quem perde.

Por estar em todos os lugares e permitir que quase todas as atividades (das mais comuns às mais importantes, das mais públicas às mais íntimas) aconteçam, nada mais óbvio do que ver o negócio jurídico como o elemento central de dinamicidade das relações⁷. Ademais, é igualmente justo entender o negócio jurídico como um dos atos mais importantes que as pessoas realizam, já que é por meio desses negócios que quase tudo em suas vidas é definido e produzido⁸.

Ora, se o negócio jurídico é tão importante e quase onipresente na vida das pessoas e da sociedade, se é decisivo do pequeno ao grande, se foi o pivô de mudanças na história e se é tão influente que é usado filosoficamente para justificar o poder (e conquistá-lo), nada mais coerente e prudente que regular juridicamente seus limites. Isto é, se o negócio jurídico é o movimenta as relações, pois move as pessoas, move a história, move o pensamento e move o poder, porque não regular o negócio jurídico de maneira a mover o mundo de uma forma a alcançar certos valores e objetivos? É exatamente por esse motivo que o direito se propõe a regular os negócios jurídicos.

⁵ “O pensamento jusfilosófico moderno, no movimento que se dá do Absolutismo ao Iluminismo, foi produzido por uma série de pensadores de grande vulto. O último e marcante deles foi Kant. Mas Hobbes, Locke e Rousseau, que influenciaram decisivamente os seus tempos no que tange à política e às lutas sociais, são também três pensadores muito distintos no que diz respeito aos horizontes postulados, ainda que sejam todos defensores da ideia de contrato social. Ocorre que cada um desses filósofos desenha o contrato social de um modo específico, para proveitos políticos também específicos” (MASCARO, 2016, p. 162).

⁶ O escândalo veio à tona em 2018, quando a imprensa americana descobriu que o Facebook vendeu informações de mais de 50 milhões de seus usuários para a empresa Cambridge Analytica (empresa de análise de dados que trabalhou na campanha de Donald Trump para a presidência em 2016 e a favor da saída do Reino Unido da União Europeia em 2017). A empresa usou os dados privados dos usuários e de seus contatos para disseminar propaganda e informação eleitoral para influenciar as eleições (BBC, 2018).

⁷ “As declarações de vontade são, como diz Sohm, ‘a força que mantém o mundo das relações jurídicas de ordem privada em movimento ininterrupto’” (BEVILÁQUA, 2001, p. 292).

⁸ “Entre os juristas alemães, responsáveis, como já acentuamos, pela própria noção de negócio jurídico, concebido como entidade autônoma, Von Tuhr destaca tal entidade como o mais importante dos atos que o homem pode realizar no mundo do direito, embora não o único” (ABREU FILHO, 1997, p. 21).

Antes, porém, de regular o negócio jurídico, o direito o define. A doutrina indica que os negócios jurídicos são espécies dos fatos jurídicos. Tais fatos são aqueles capazes de produzir efeitos jurídicos, isto é, de gerar, transformar, modificar ou extinguir direitos⁹. Os fatos jurídicos, por sua vez, se dividem em duas categorias: a) os fatos em sentido estrito (também chamados de fatos naturais) em que não há interferência humana e b) os atos jurídicos fruto da vontade do homem. Isso significa, no dizer de Emílio Betti, que a diferença entre o fato jurídico e o ato jurídico está na consciência e na vontade humanas (BETTI, 2003, p. 19).

Os atos jurídicos, a seu turno, cuja característica é a vontade, também se ramificam em duas espécies: a) atos jurídicos em sentido estrito, que são fruto da vontade humana, contudo, seus efeitos jurídicos são predeterminados pela lei não havendo ingerência da vontade na determinação de tais efeitos e b) negócios jurídicos, que, assim como os atos jurídicos em sentido estrito, também são fruto da vontade, mas cujos efeitos são determinados pelo homem no exercício de sua autonomia privada¹⁰. É por esse motivo que Francisco Amaral indica que a causa do ato jurídico em sentido estrito é a autonomia da vontade, enquanto que a causa do negócio jurídico é a autonomia privada (AMARAL, 2014, p. 84).

Negócio jurídico, portanto, é o ato jurídico realizado pelo homem que cria um liame de causalidade entre a sua vontade e os efeitos jurídicos estabelecidos pela autonomia privada, com o objetivo de criar, modificar, adquirir, transferir ou extinguir um direito¹¹. Ou, para usar o conceito sucinto e direto de Thomas Hobbes (2014, p. 113), “é a palavra com que os homens designam a transferência mútua de direitos”.

Da definição acima deduzida nota-se que a marca distintiva do negócio jurídico é a autonomia privada, pois aquele é a expressão ou instrumento desta¹². Esta autonomia é um

⁹ “Fato jurídico assim, se entende como todo fato capaz de gerar direitos, transformá-los ou modificá-los e extingui-los” (SILVA, 2008, p. 345).

¹⁰ “Dessa análise, empreendida na doutrina, emerge, sem sombra de dúvida, o predomínio da concepção dualista, uma vez que realmente os negócios jurídicos se distinguem dos chamados atos não-negociais, ou dos atos jurídicos *stricto sensu*. É que nos primeiros – como já acentuamos – há sempre aquela relação de causa e efeito entre a vontade humana e os efeitos por ela pretendidos, efeitos estes que merecem a aprovação do ordenamento jurídico. Nos atos de outra categoria, chamados pela doutrina alemã de atos não-negociais (ou atos jurídicos em sentido estrito), embora haja o elemento comum às duas figuras (ato e negócio jurídico) – ou seja, a circunstância de ser um fato conforme a vontade humana, ou um fato voluntário, esta vontade, em tais atos, não se destina à produção de efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico, sendo, assim, tais atos do homem meros pressupostos de efeitos preordenados pela lei, na perfeita conceituação de Passarelli” (ABREU FILHO, 1997, p. 22).

¹¹ “Atuação do homem, gerando aquela sincronização entre sua vontade e os efeitos por ele desejados, efeitos estes admitidos pelo ordenamento jurídico. É exatamente nesta circunstância que reside a caracterização do negócio jurídico, ou seja, naquela relação de causalidade entre a vontade do homem e a obtenção dos efeitos jurídicos por ele pretendidos, efeitos estes reconhecidos pelo direito. São eles sempre atos de vontade deliberada e conscientemente emitida para a obtenção de resultados desejados” (ABREU FILHO, 1997, p. 16).

¹² “O negócio jurídico é instrumento de autonomia privada, precisamente no sentido de que é posto pela lei à disposição dos particulares, a fim de que possam servir-se dele, não para invadir a esfera alheia, mas para comandar na própria casa, isto é, para dar uma organização básica aos interesses próprios de cada um, nas relações recíprocas” (BETTI, 2003, p. 74).

poder conferido ao particular de autorregular suas relações jurídicas, isto é, determinar livremente a disciplina jurídica do exercício de sua vontade¹³. Trata-se da representação da liberdade, esta entendida como liberdade de livre iniciativa e liberdade contratual¹⁴. Em síntese, a autonomia privada é o poder do particular de criar normas jurídicas para regular suas relações jurídicas, é, portanto, um poder normativo (ABREU FILHO, 1997, p. 41).

Se a autonomia privada é esse poder que, por meio do negócio jurídico, move o mundo e as relações entre as pessoas, é natural buscar regulá-la para que essas relações tomem a forma que se deseja e que se entende mais justa. Em outros termos, regular o negócio jurídico é imprimir à sociedade a forma que se almeja. É por esse motivo que o Estado – ao assumir novas funções e responsabilidades quando deixa de ser meramente Estado liberal para se tornar Estado social ou intervencionista – começa a regular as relações regidas pela autonomia privada. A partir desse marco a relação entre o Estado e o negócio jurídico não se dá mais nos termos do voluntarismo, mas sim do dirigismo, pois o ente público é consciente de que se puder regular a autonomia privada terá o controle da direção da vida social¹⁵.

Neste sentido, a regulação estatal do negócio jurídico parte de três premissas. Primeiro, a autonomia privada é derivada do ordenamento jurídico e se submete a ele, afinal, esta autonomia produz normas que devem estar em equilíbrio e serem coerentes com o restante desse ordenamento e dos valores por ele assumidos¹⁶. Segundo, este poder privado encontra seus limites em um poder público, isto é, no poder soberano do Estado, de tal forma que quando

¹³“O poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar as vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos” (PERLINGIERI, 1999, p. 17).

¹⁴“A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. É uma das mais significativas representações da liberdade como valor jurídico, expresso no Preâmbulo constitucional, no princípio da liberdade de iniciativa econômica (CR, art. 170) e na liberdade contratual (CC, art. 421)” (AMARAL, 2014, p. 84).

¹⁵“Partindo de um modelo ideal de liberalismo econômico, verificamos que, nele, as partes na reação contratual transformavam em ato toda a potência de suas vontades. Imperava então o voluntarismo contratual, caracterizado por um largo poder de auto-regulação no negócio jurídico, apenas não irrestrito porque restringido pela necessidade de submissão da vontade das partes ao interesse coletivo. A construção contratual, então, surgia como manifestação da prerrogativa, das partes, de criar o seu próprio direito. Ampliando-se, no entanto, as funções do Estado, passa ele, mediante a dinamização de instrumentos e mecanismos vários, a condicionar e a direcionar o exercício daquela prerrogativa. Do momento do voluntarismo, passamos ao do dirigismo contratual – na expressão cunhada por Jossierand. A ação intervencionista do Estado acaba por impor a reformulação da teoria ortodoxa dos fundamentos do contrato, levando a uma minimização dessa prerrogativa” (GRAU, 2005, p. 95).

“O princípio da autonomia privada tem sido objeto, nas últimas décadas, de um processo de revisão crítica, reduzindo o seu campo de atuação com a intervenção do Estado, embora permaneça como essência do negócio jurídico, particularmente de sua principal categoria, o contrato” (AMARAL, 2014, p. 87).

¹⁶“Se os particulares, nas relações entre eles, são senhores de procurar atingir, graças a sua autonomia, os escopos que melhor correspondam aos seus interesses; a ordem jurídica continua, porém, a ser árbitro para valorar tais escopos, segundo os seus tipos, de acordo com a relevância social, tal como ela a compreende, de harmonia com a sociabilidade da sua função ordenadora” (BETTI, 2003, p. 76).

a autonomia privada avança e ultrapassa os limites traçados a ela pelo ordenamento jurídico passa a afrontar o poder soberano do Estado¹⁷. Terceiro, a autonomia privada como poder deve ser exercida dentro dos limites do interesse comum evitando que se torne abusiva ou antissocial¹⁸.

Assim, autonomia privada, por ser um poder, é limitada e regulada pelo Estado para que não se torne opressora. Esta limitação e regulação se dá pelo Estado por meio da atribuição de função ao negócio jurídico (“funcionalização”). É importante esclarecer, contudo, que subordinar a autonomia privada à regulação e funcionalização não descaracteriza ou extingue a autonomia privada nem o negócio jurídico, pois esta autonomia não é um valor em si mesmo e não pode ser avaliada de forma isolada ou fora de seu contexto mais amplo¹⁹.

A funcionalização da autonomia privada consiste em fazer com que sua expressão esteja conectada com os valores do ordenamento jurídico em sua visão sistêmica ou global, ou seja, consiste em fazer com que o negócio jurídico reproduza ou operacionalize os princípios assumidos pelo Estado. Nessa perspectiva, a funcionalização julga a autonomia privada pelos resultados ou repercussões sociais que produz exigindo que haja uma coincidência entre os efeitos do negócio jurídico para a sociedade e os compromissos assumidos pelo Estado e pela Constituição. A validade e legitimidade do exercício do poder da autonomia privada é condicionada, assim, aos efeitos ou consequências sociais decorrentes desse exercício. A partir desse ponto de vista os negócios jurídicos não são analisados apenas sob a ótica legalista dos requisitos de validades, tais como, no ordenamento jurídico brasileiro, são apresentados no art. 104 do Código Civil, mas a esses requisitos formais é adicionada uma avaliação da legitimidade do exercício do poder da autonomia privada pela observação dos resultados práticos e dos

¹⁷“Dessarte, embora seja o negócio jurídico, como expressão de autonomia privada, um ato de vontade, vontade esta que desempenha o duplo papel de gerá-lo e de consubstanciar sua própria estrutura (no que se diferencia dos atos jurídicos *stricto sensu*, em que à manifestação da vontade seguem-se os efeitos preestabelecidos pela lei), é bom que se acentue que esta vontade não é soberana e independente. Como bem ressalta Santoro-Passarelli, esta vontade somente é idônea para produzir determinados efeitos, porque outra vontade, essa sim, soberana, aquela que se exprime no ordenamento jurídico, a autoriza a isso. Haverá, portanto, uma sincronização, uma sintonia, entre a vontade produtora de efeitos e o ordenamento, denominando-se esta vontade que gera efeitos, com mais precisão terminológica, autonomia” (ABREU FILHO, 1997, p. 40-41).

¹⁸“A intervenção estatal na esfera da autonomia privada teria o respaldo de se ajustar à necessidade comunitária e se justificaria pelos propósitos de servir ao bem comum” (ABREU FILHO, 1997, p. 38).

¹⁹“A autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais. Também o poder de autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro” (PERLINGIERI, 1999, p. 277).

efeitos que produz na sociedade em comparação com os princípios da ordem jurídica, como os assumidos no art. 170 da Constituição Federal²⁰.

Esta avaliação de legitimidade da autonomia privada a reconhece como poder, e, como qualquer poder, deve ser limitado e, acima de tudo, deve ser legítimo. A base de legitimidade do Estado brasileiro, por exemplo, está na democracia. A base de legitimidade da autonomia privada está na identidade entre efeitos que produz socialmente e os valores da ordem estatal. Sendo o Estado social direcionado por funções distributivas, promocionais e inovadoras, cabe ao negócio jurídico reproduzir esses valores.

A legitimidade da autonomia privada, em termos bastante esquemáticos, é reconhecida pelo ordenamento jurídico quando: a) respeita e promove a dignidade humana, b) cumpre sua função social, c) respeita a boa-fé e d) se exerce com equidade ou justiça (AMARAL, 2014, p. 77). Estes são alguns dos valores que se podem extrair, ainda que não esgotem, do art. 170 da Constituição Federal.

A dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil nos termos do art. 1º, III da Constituição Federal, significa colocar o homem como centro e fundamento do direito, isto é, olhar o ser humano sempre como sujeito de direito e nunca como objeto do direito²¹. Isso implica reconhecer que o direito como um todo deve operacionalizar este valor, não estando a dignidade humana restrita à relação entre particular e Estado, mas também, e principalmente, entre particular e particular, expressando o que a doutrina jurídica chama de eficácia horizontal (ou civil) dos direitos fundamentais, ou ainda, de constitucionalização do direito privado, quebrando a antiga e já superada separação entre sociedade civil e sociedade política (NERY JUNIOR; NERY, 2013, p. 186).

²⁰ “A funcionalização dos institutos jurídicos significa, então, que o direito em particular e a sociedade em geral começam a interessar-se pela eficácia das normas e dos institutos vigentes, não só no tocante ao controle ou disciplina social, mas também no que diz respeito à organização e direção da sociedade, abandonando-se a costumeira função repressiva tradicionalmente atribuída ao direito, em favor de novas funções, de natureza distributiva, promocional e inovadora, principalmente na reação do direito com a economia. Surge, assim, o conceito de função no direito, ou melhor, dos institutos jurídicos, inicialmente em matéria de propriedade e, depois, de contrato. Representa, assim, a função econômico-social, a preocupação com a eficácia social do instituto, e, no caso particular da autonomia privada, significa que o reconhecimento e o exercício desse poder, ao realizar-se na promoção da livre circulação de bens e de prestação de serviços e na auto-regulamentação das relações disso decorrentes, condicionam-se aos efeitos sociais que tal circulação possa causar, tendo em vista o bem comum e a igualdade material, ideia que ‘se desenvolve paralelamente à evolução do Estado moderno como ente ou legislador racional’. De tudo isso resulta que a funcionalização de um princípio, norma, instituto ou direito implica, na sua posituação normativa, o reconhecimento de limites que o ordenamento jurídico, ou algum de seus princípios vinculantes, estabelece para o exercício das faculdades subjetivas (em face de situações concretas) que possa caracterizar abuso de direito” (AMARAL, 2014, p. 93).

²¹ “Os valores fundamentais, encartados na estrutura político-jurídica da Carta Magna, refletem-se em princípios gerais de direito quando informam seus elementos e privilegiam a realidade fundamental do fenômeno jurídico, que é a consideração primordial e fundamental de que o homem é sujeito de direito e nunca, objeto de direito” (NERY JUNIOR; NERY, 2013, p. 185)

Francisco Amaral (2014, p. 81) apresenta, em um célebre exemplo, a ideia geral e concreta de dignidade humana muitas vezes obscurecida e mal compreendida em razão da vagueza e abstração com que o tema é tratado. O autor relata o caso de um anão francês que era utilizado como projétil humano em um bar para entreter os fregueses embriagados. As autoridades francesas, ao tomarem conhecimento do fato, proibiram que o estabelecimento continuasse com a atração e que o anão não poderia desempenhar aquela atividade, pois feria a dignidade humana. O caso chegou a ser analisado pela corte internacional europeia que manteve a decisão de proibir a atividade, mesmo sob protestos do próprio anão que se viu desempregado.

Desse exemplo, se nota que o conceito de dignidade humana analisa a pessoa sob uma ótica completa. Um homem, para ter seu sustento, tinha que se submeter a ser arremessado por alguns metros como um objeto. Quando se reduz a pessoa ao aspecto material de seu sustento é possível aceitar essa atividade como lícita, mas isso levaria ao absurdo de reconhecer como igualmente lícito o ato daqueles que vendem seus órgãos duplos para sobreviver, ou mesmo aqueles que se submetem a situações análogas à escravidão em troca de um teto ou de alimento.

O ser humano é muito mais complexo e o direito deve analisar sua situação desta perspectiva holística e global. Os negócios jurídicos, por se referirem muitas vezes a questões materiais correm o risco de serem avaliados sob essa luz parcial. A dignidade humana como baliza de legitimidade da autonomia privada busca ampliar esse campo de visão. José Afonso da Silva arremata a delimitação da dignidade humana como uma análise da completude do homem dizendo que não se reduz a tratar dos aspectos individuais, mas também do âmbito social, ou seja, não basta traçar uma proteção ao redor do homem reconhecido em sua personalidade, se as bases materiais para que ele exista são deixadas desguarnecidas²².

A função social, que se estende do contrato à propriedade (os dois institutos basilares do direito civil), exige a prevalência do social sobre o individual²³, ou, em outros termos, significa o respeito tanto ao que o particular aventou no uso de sua autonomia privada quanto

²²“Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma ideia qualquer apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana” (SILVA, 2014, p. 107).

²³“Outro princípio do direito civil brasileiro é o que reconhece a existência de uma função social os dois institutos básicos do direito civil patrimonial, a propriedade e o contrato. Com as transformações da sociedade contemporânea, a ideia do social começa a prevalecer sobre a do individual, levando a uma intervenção crescente do Estado no domínio econômico, que suscita dois novos temas, o da função social e o do abuso do direito” (AMARAL, 2014, 92).

tutelar os interesses públicos igualmente envolvidos no ato do particular, de forma a impedir o abuso do poder da autonomia privada²⁴.

Em termos mais diretos, a função social evita que nas relações jurídicas os benefícios sejam privatizados e os prejuízos socializados²⁵. Assim, a função social atua tanto na regulação quanto na interpretação dos negócios jurídicos funcionando como parâmetros mínimos de sociabilidade olhando a autonomia privada sob um prisma teleológico para que cumpra as finalidades sociais e econômicas²⁶. Por esse motivo, a função social deve ser entendida como um princípio exógeno, pois trata dos efeitos sociais da relação jurídica no âmbito social, isto é, para fora da interação interna entre as partes da relação, daí porque ser vista de uma perspectiva vertical.

A boa-fé, por sua vez, é um princípio endógeno à relação jurídica, pois trata da interação entre os participantes da relação de uma perspectiva horizontal. Ela consiste no estabelecimento de standards de comportamento que são legitimamente esperados das partes. São três estes comportamentos: lealdade, informação e cooperação. A lealdade impede que durante a relação jurídica qualquer uma das partes aja de forma desleal com a outra parte, sendo, portanto, uma prescrição negativa. A informação determina que as partes sejam transparentes e que disponibilizem toda a informação (correta e em sua inteireza) necessária à boa relação. Por fim, a cooperação exige uma atuação proativa no sentido de facilitar a relação reciprocamente, sendo uma prescrição positiva²⁷.

Finalmente, a equidade, neste sentido também entendida como justiça ou equilíbrio, impõe limites à autonomia privada para a superação das desigualdades materiais, privilegiando não a perspectiva da eficiência ou maior produtividade – especialmente se isso envolve exploração de uma parte pela outra –, mas a igualdade material, tanto como meio pelo qual a relação jurídica se estabelece como quanto seu fim²⁸.

²⁴“Logo, em razão da função social, os pactos devem respeitar imediatamente o benefício colimado pelas partes e mediatamente o interesse público, levando-se em conta a constitucionalização do direito privado, com a aplicação do que determina o § 4º do art. 173 da CF/1988, que exige, em qualquer negócio jurídico, a ausência do ‘abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’” (LISBOA, 2014, p. 610).

²⁵“A realização do princípio da função social da propriedade reformula uma prática distorcida de ação social traduzida na privatização dos lucros e socialização das perdas” (DERANI, 2008, p. 239).

²⁶“O mesmo conceito de função social aplica-se com as devidas qualificações à liberdade de contratar. Ela passa a sofrer restrições, pela ampliação da ideia de ordem pública, levando, no fundo, ao chamado dirigismo contratual, isto é, o estabelecimento de determinados parâmetros aos quais a liberdade contratual deve se conformar. No campo da análise e interpretação da lei, elas passam a ser cada vez menos semânticas e literais, e sempre mais teleológicas, quer dizer, voltadas às suas finalidades econômicas, em sentido amplo” (NUSDEO, 2008, p. 210).

²⁷“Seu conteúdo compõe-se de um dever de lealdade, que impede comportamentos desleais (sentido negativo) e de um dever de cooperação entre os contraentes (sentido positivo)” (AMARAL, 2014, p. 90).

²⁸“As normas em questão são harmonizáveis com os princípios constitucionais. No atual contexto, estas normas não são o instrumento para atuar uma maior produtividade, favorecendo a exploração de alguns em favor dos

Esta preocupação na regulação da autonomia privada e do negócio jurídico, como se disse acima, é fruto da assunção pelo Estado de novas competências e responsabilidades como Estado social, dentre as quais coordenar e regular a economia. Há uma relação umbilical entre o negócio jurídico e a economia, como as várias citações do art. 170 da Constituição Federal para tratar da funcionalização da autonomia privada evidenciam. Portanto, a atribuição de maior ingerência estatal sobre a economia implica, necessariamente, em maior ingerência nos negócios jurídicos.

A autonomia privada, na visão da doutrina civilista, tem como finalidade a circulação dos bens, isto é, a distribuição ou alocação dos bens existentes²⁹. Não é por outra razão que o conceito de economia é idêntico, isto é, a economia consiste na forma como os recursos escassos são distribuídos na sociedade³⁰. Há, portanto, uma identidade entre negócio jurídico e economia, de tal maneira de Eros Roberto Grau entende os negócios jurídicos como a base constituidora da economia, que a direção dos contratos implica na direção da própria economia e que impor fins públicos (dignidade humana, função social, boa-fé e equidade) aos negócios jurídicos é o mesmo que impor esses fins à própria economia³¹.

A identificação entre economia e negócio jurídico é de fato tão real que a ordem econômica, entendida como o sistema de normas que regem a atividade econômica, é idêntica ao regime jurídico próprio dos negócios jurídicos³². Prova incontestável de que esta conexão é verdadeira é o fato de o mercado, como instituição, ser uma criação jurídica³³.

outros; elas podem ser úteis para superar a desigualdade de fato e para criar os pressupostos de uma igualdade de tratamento” (PERLINGIERI, 1999, p. 280).

“Quanto à sua natureza, a equidade é um princípio ético, um modelo ideal de justiça, um princípio inspirador do direito que visa a realização da perfeita igualdade material, transformando-se em modelo jurídico a que recorre o órgão jurisdicional quando em face de um conflito de interesses específico” (AMARAL, 2014, p. 99).

²⁹“Estudando a matéria sob a rubrica da análise da função que a autonomia privada desempenha, assinala, com inteira procedência, Orlando Gomes que, para uns, a autonomia privada teria como fundamento prático a propriedade privada, porque somente nos regimes que a admitem ocorreria a circulação de bens e a prestação de serviços entre indivíduos. E, invocando a lição de Scognamiglio, assevera o civilista baiano que ‘a *ratio* do reconhecimento da autonomia privada assenta na função da circulação dos bens, tanto assim que, num regime plenamente coletivizado, é apenas concebível e na prática dificilmente realizável’. E conclui: ‘onde não existem esferas particulares de interesse, a autonomia privada está ausente’” (ABREU FILHO, 1997, p. 43).

³⁰“Economia é a ciência social que estuda como o indivíduo e a sociedade decidem (escolhem) empregar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre as várias pessoas e grupos da sociedade, a fim de satisfazer as necessidades” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 2).

³¹“A ação estatal sobre os contratos é de importância capital, dada a sua configuração como instituto fundamental na economia de mercado. Isso porque a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica” (GRAU, 2005, p. 95).

³²A ordem econômica é o “conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, desde uma visão macrojurídica, conformação que se opera mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado. Tais princípios gravitam em torno de um núcleo, que podemos identificar nos regimes jurídicos da propriedade e do contrato” (GRAU, 2005, p. 70).

³³“O mercado é uma instituição jurídica. Dizendo-o de modo mais preciso: os mercados são instituições jurídicas” (GRAU, 2005, p. 29).

Essa correspondência com a economia permite compreender porque o negócio jurídico é o elemento de dinamicidade das relações, pois é a economia que faz tudo entrar em movimento, seja por meio do consumo do que se precisa, seja o mercado de trabalho que permite às pessoas seu sustento, seja a produção (agrícola, industrial e de serviços) que supre as necessidades humanas, bem como seus caprichos.

Ademais, identificar o negócio jurídico com a economia mostra a importância da regulação da autonomia privada no sentido de imprimir à economia os valores e a ordem que se assumiu no ordenamento jurídico. Quando os negócios jurídicos internalizam esses valores e os executam, tornam as relações mais justas, melhores, igualitárias, com dignidade humana, função social, boa-fé e equidade. Fazendo com que a economia também funcione sob esses mesmos padrões.

No entanto, com as múltiplas mudanças trazidas pelo século XXI, o direito perde a capacidade de conformar os negócios jurídicos segundo esses padrões de funcionalização. Há uma crise jurídica que rouba a eficiência do direito na regulação das relações jurídicas, pois elas escapam ao controle de um direito rígido e estatal que não acompanha satisfatoriamente negócios jurídicos transnacionalizados, desterritorializados e digitais. O direito, outrora pensado e projetado para operar dentro de um determinado contexto social, é inadequado para regular negócios jurídicos que emergem de uma sociedade absolutamente diferente daquela que projetou a estrutura jurídica vigente. O descompasso entre o direito e o mundo social que ele pretende regular é que gera a crise jurídica que torna o direito incapaz de imprimir seus valores e sua regulação aos negócios jurídicos.

Assim, a pergunta que deve ser respondida é: o que acontece quando os negócios jurídicos deixam de seguir esses valores deixando de ser funcionalizados segundo o ordenamento jurídico, seja porque tais normas foram revogadas, seja porque os atores privados sentem-se confortáveis em descumpri-las? O resultado é que o negócio jurídico, que antes atuava como elemento dinamizador das relações transforma-se na causa de uma sequência de crises que culmina com a crise dos direitos.

Quando a autonomia privada passa a ser um poder sem limites as relações jurídicas se tornam um absoluto caos em que vige a lei do mais forte. Isso quer dizer que a própria economia (constituída pela autonomia privada e pelos negócios jurídicos) se torna descontrolada, disfuncional, produzindo transtornos sociais e destruindo a ordem da sociedade, pois a ela não mais se impõe a regulação que exige dignidade humana, função social, boa-fé e equidade.

Assim, a falta ou desrespeito à regulamentação e funcionalização dos negócios jurídicos e da autonomia privada (isto é, a crise jurídica) levam, inevitavelmente, cedo ou tarde,

à crise econômica, pois se a base da economia capitalista é o negócio jurídico e a autonomia privada, quando estes fogem ao controle só podem levar a uma situação tal que o único resultado é o colapso do mundo econômico.

1.2 CRISE DO MUNDO ECONÔMICO

A prova da força e do poder dos negócios jurídicos de produzir crises no mundo econômico fica muito clara com a crise econômica de 2008. A autonomia privada, especialmente dos agentes financeiros, foi deixada livre e desimpedida pela onda desregulamentadora da economia norte americana, o que fez com que os impulsos e negócios não encontrassem qualquer limitação ou barreira nas bolsas de valores e instituições financeiras resultando, no fim, naquela que ficou conhecida como uma das mais devastadoras crises econômicas da história mundial.

José Eduardo Faria (2017, p. 31-49) e Michael Goodwin (2014, p. 256-267) apresentam um panorama geral do desenrolar dessa crise. Ela começa com os negócios jurídicos, mais especificamente com as hipotecas. Em 2007 o sistema financeiro norte americano passou a ter uma grande oferta de crédito, fruto da convergência da desregulamentação do mercado e da baixa dos juros³⁴. Tirando proveito dessa tendência, as instituições passaram a ofertar crédito com garantia hipotecária para pessoas sem qualquer condição de arcar com a dívida. Estas pessoas usavam o crédito para comprar imóveis, na maioria das vezes casas. Os devedores, portanto, garantiam o crédito para a compra da casa própria com a própria casa que queriam adquirir. Somado a isso, um mesmo imóvel podia ser hipotecado mais de uma vez, em vista da ausência de proibição legal.

O resultado disso foi que, a princípio, houve um boom do setor imobiliário, artificialmente produzido pela disponibilidade irresponsável de crédito. Esse boom elevou vertiginosamente o valor dos imóveis, porém, a valorização era igualmente artificial, resultado

³⁴José Luiz Conrado Vieira explica com maior detalhamento a origem ou os precedentes dos fatos que levaram à crise 2008: a baixa dos juros e a desregulamentação. “A primeira dessas bolhas, já no ano de 2000, envolveria a bolsa de valores norte-americana Nasdaq e o segmento de ações de empresas de alta tecnologia atuantes na Web (rede mundial de computadores). Quando essa bolha estourou, o banco central norte-americano (Federal Reserve Bank) promoveu uma forte redução dos juros num curto espaço de tempo, que viabilizaria outros processos especulativos, notadamente o do setor imobiliário. Para muitos, daí resultariam, mais adiante, os problemas no mercado do *subprime* e, finalmente, a crise financeira de 2008 propriamente dita, viabilizados por instrumentos e formas não tradicionais de criação e transferência de ativos e de riscos que prosperaram num ambiente de baixa regulação e baixa fiscalização, formando o ‘caldo de cultura’ propício à expansão e transbordamento (para vários segmentos do sistema financeiro) da bolha do mercado imobiliário” (VIEIRA, 2015, p. 142).

da demanda também artificial. Contudo, tais imóveis supervalorizados artificialmente eram o lastro de garantia para as hipotecas, o que fez com que as instituições financeiras emprestassem certas quantias de dinheiro muito superiores ao valor real dos imóveis que garantiam os empréstimos.

Estas hipotecas, ademais, eram seguradas por outras instituições financeiras. Estas instituições, contudo, em vista da desregulamentação dos mercados, operavam sem lastro suficiente, ou seja, seu capital era muito inferior aquele que elas seguravam. Aliado a isso, mas sem isentar as seguradoras de suas responsabilidades, as instituições de avaliação de crédito (como a famosa *Standard & Poor's*), inadvertidamente, classificavam as hipotecas como títulos seguros (AAA) estimulando o mercado a segurar e transacionar com essas hipotecas.

A crise dos mercados financeiros começou quando as instituições emprestadoras tentaram receber os valores, mas sem sucesso, mesmo executando as hipotecas e retomando os imóveis. Elas perceberam que haviam emprestado a pessoas que não tinham qualquer condição de pagar e que muitos dos empréstimos feitos eram garantidos por um mesmo imóvel insuficiente para garantir todas as dívidas. Isso gerou pânico no mercado. Primeiro, o valor das casas despencou revelando seu real valor (muito inferior ao valor dos empréstimos feitos), pois a torrente de crédito fácil secou diminuindo a demanda artificial e, somado a isso, a retomada dos imóveis pelas execuções fez crescer a oferta. Em segundo lugar, as seguradoras dos créditos hipotecários perceberam que, em vista dos altos índices de inadimplência e da defasagem entre o valor das dívidas e o valor dos imóveis garantidores, seriam chamadas a cobrir prejuízos para os quais não tinham condições financeiras.

O resultado ficou representado pela quebra do banco Lehman Brothers em 15 de setembro de 2008, quando o mercado financeiro mundial presenciou queda de uma instituição “grande demais para falir”. Este foi o marco inicial da crise financeira que se abateu sobre os EUA e o mundo e que culminou na quebra em efeito cascata de outros bancos, seguradoras e países. Os efeitos só não foram ainda maiores e mais devastadores graças à atuação do governo americano que ajudou os bancos, e apenas os bancos, já que as pessoas foram jogadas na rua porque perderam suas casas, enquanto os CEOs do topo da pirâmide do setor financeiro, grandes responsáveis pelo desastre, receberam seus bônus sem grandes problemas graças à ajuda milionária do governo.

Juntamente com os bancos e seguradoras, muitos países foram sugados pelo vórtice da crise, pois negociavam seus títulos (dívidas soberanas) neste mesmo sistema, que, agora, em

razão das hipotecas que foram irresponsavelmente comercializadas no mercado financeiro³⁵, estava destruído. Assim como os EUA, a Europa se viu afundando, e dois anos depois passava pelos momentos mais críticos de sua história recente temendo não apenas pela saúde financeira do bloco, mas também pela sua permanência em vista da crise grega.

Como resultado, a realização de negócios jurídicos (hipotecas) de forma irresponsável provocou uma crise econômica de proporções globais e que atingiu bancos centenários, seguradoras poderosas e países inteiros. As causas da crise, 11 anos depois da explosão da bolha, são muito bem conhecidos e exaustivamente documentados, mas, em 2008, os economistas foram pegos de surpresa e se viram impotente frente a crise econômica que ajudaram a produzir³⁶.

Dentre os dois fatores principais para a crise (a baixa dos juros e a desregulamentação do setor financeiro), o fator mais relevante foi o jurídico, isto é, a demolição das barreiras e limites jurídico-prudenciais do sistema financeiro por meio da revogação normativa. A desregulamentação, que já vinha ocorrendo a pelo menos há três décadas, foi o que permitiu a concentração do setor financeiro³⁷, que chegou a níveis nunca antes registrados na história³⁸. Esta concentração, por sua vez foi o que permitiu o agigantamento desse setor levando tanto à irresponsabilidade, quanto à vulnerabilidade de todo o sistema e à financeirização completa da economia mundial³⁹. Esta substituição da base da economia – do capital produtivo para o capital

³⁵ Hernando de Soto (2001, p. 21) explica que “a criação de valores (como títulos cobertos por hipotecas) que podem ser descontados e vendidos em mercados secundários” é uma forma muito utilizada no Ocidente para a produção de capital (financeiro). O abuso dessa estratégia aliado à irresponsabilidade dos critérios para a concessão dos empréstimos é que puseram abaixo o sistema financeiro americano e mundial, pois demonstrada a inviabilidade das hipotecas, esses títulos comercializados em “mercados secundários” (a bolsa de valores e mercado de balcão) deixaram de ter valor desequilibrando todas as demais transações financeiras, dado seu peso no contexto do mercado financeiro.

³⁶ “A verdade é que, do ponto de vista da informação tanto quanto do controle, os órgãos de regulamentação e de supervisão se revelaram a um só tempo despreparados e ineficientes, em matéria de prevenção, detecção, comunicação, gestão e neutralização de riscos sistêmicos globais. No universo acadêmico, igualmente, enquanto alguns apontavam o dedo da censura a todas as direções, sem saber qual era efetivamente o foco de suas críticas, outros, mais prudentes, chamavam a atenção para nossos limites cognitivos – uma ignorância sistêmica relativa às implicações políticas, jurídicas, sociais e culturais de uma crise bancária, financeira e econômica cuja complexidade não conseguimos dominar” (FARIA, 2017, p. 11-12).

³⁷ “Alguns fatores responsáveis pela crise de 2007-2008 foram inéditos e específicos, advindos dos movimentos de liberalização econômica, desregulamentação financeira e integração comercial iniciados três décadas antes, quando as regulações bancárias – como é o caso da lei Glass-Steagall – foram relaxadas ou eliminadas, abrindo caminho para a concentração do setor” (FARIA, 2017, p. 33).

³⁸ “Em 1980, havia 14.434 bancos nos Estados Unidos, quase o mesmo número de 1934. Em 1990, eram 12.347. Em 2000, 8.315. Em 2008, cerca de 7,1 mil. Em 1984, as cinco principais instituições bancárias americanas controlavam 9% do total de depósitos. Em 2008, controlavam cerca de 40%” (FARIA, 2017, p. 33).

³⁹ “Simão Davi Silber (2010, p. 86-88) resume dizendo que ‘a desregulamentação e as inovações financeiras permitiram o gigantismo do setor financeiro tornando-o extremamente vulnerável a choques, crises bancárias e a bolhas nos preços dos ativos’ e que ‘a expansão de crédito na esteira da desregulamentação e inovações financeiras levou a uma expansão de crédito de tais proporções que os preços dos ativos cresceram sistematicamente ao longo da década’” (VIEIRA, 2015, p. 143).

financeiro, que caracteriza a financeirização⁴⁰ – levou à especulação financeira, que descolou o mundo econômico de sua base real e material, o que culminou na irresponsabilidade e uso abusivo da estratégia que resultou na crise de 2008.

As consequências dessa crise são tão bem documentadas e conhecidas quanto suas causas. Estas consequências foram: a estagnação econômica, o desemprego, o aumento da pobreza, elevação da desigualdade, entre tantos outros. Mas há uma consequência que merece ser destacada, especialmente em vistas do objeto de estudo desse trabalho: a falência das instituições, com foco central no Estado. A crise de 2008 levou o Estado e as instituições e procedimentos que gravitam ao seu redor à exaustão, pois se viram impotentes para lidar com as causas e com as consequências da crise⁴¹. Foi exatamente o que se viu, em uma situação limite, nos casos da Islândia e da Grécia, massacradas pelo peso da pressão econômica e internacional tendo que sacrificar sua soberania e o bem-estar de seus cidadãos para continuar em pé (GOODWIN, 2014, p. 262-263).

A crise de 2008, como expressão do potencial dos negócios jurídicos em desencadear crises que podem colocar o mundo econômico de cabeça para baixo e que reverberam seus efeitos nas esferas políticas, sociais e jurídicas, está longe de ser uma exceção. Ela, na realidade, é apenas mais uma na longa linhagem de crises que definem o próprio capitalismo e sua lógica de funcionamento. Wolfgang Streeck chega a dizer que na economia capitalista a crise é a regra e não a exceção⁴², já que, para usar a expressão de Hernando de Soto apresentada na epígrafe desse capítulo, o momento triunfante do capitalismo é a crise.

⁴⁰“Silva (2009, p. 12) ressalta que o neologismo financeirização refere ‘não apenas o crescimento da importância dos sistemas financeiros na geração de lucros, muito além da esfera do crédito, mas a difusão de uma ótica especulativa por todo o aparato produtivo da economia monetária contemporânea’. Mollo (2008, p. 8), após falar do deslocamento entre finanças e produção e seu reflexo nas crises ‘inevitáveis em economias muito alavancadas’, observa que ‘a configuração atual do mundo globalizado mostra tal descolamento, com o predomínio das finanças, que se convencionou chamar de financeirização das economias’, e explica, completando: ‘ou seja, ao invés das finanças se desenvolverem para potencializar a produção, crescem no sentido de incremento de operações simplesmente especulativas’” (VIEIRA, 2015, p. 105-106).

⁴¹“Propiciada pelo avanço das tecnologias de comunicação e de informação ocorrido nas três últimas décadas do século XX, a expansão e interconexão dos mercados bancário e de capitais em escala global tornou-se sinônimo de equilíbrio e integração. Contudo, esse processo jamais esteve imune a contágios, efeitos em cadeia e amplificação de desastres – e o exemplo mais ilustrativo disso foi a crise financeira entre 2007-2008 e agravada no período de 2011 a 2012: o que começou como uma grande crise hipotecária nos Estados Unidos, na sequência do domínio da economia por lógicas estritamente financeiras, transbordou rapidamente as fronteiras, convertendo-se em crise de liquidez e insolvência na zona do euro, na Europa. E isso culminou em estagnação econômica, índices elevados de desemprego e desequilíbrios comerciais em quase todo o mundo, levando desenhos institucionais, padrões normativos, procedimentos políticos e mecanismos judiciais de resolução de conflitos consagrados há mais de dois séculos a um surpreendente processo de exaustão paradigmática e de esgotamento histórico” (FARIA, 2017, p. 12).

⁴²“Vou considerar a ‘Grande Recessão’ e o (quase) colapso subsequente das finanças públicas como a manifestação de uma tensão elementar subjacente à configuração político-econômica das sociedades capitalistas avançadas – uma tensão que faz do desequilíbrio e da instabilidade regra, e não exceção, e que encontrou expressão numa sucessão histórica de distúrbios no interior da ordem socioeconômica” (STREECK, 2012, p. 35).

Estas crises, que definem a própria lógica de funcionamento do capitalismo, são cíclicas, já que as dinâmicas que as produzem são perenes e constantes, muito embora, a velocidade e periodicidade com que ocorrem possam variar⁴³. O direito e a economia não estão isolados nesta visão do capitalismo, pois a própria história dá indícios disso. Eric Hobsbawm (2016, p. 266), como historiador, por exemplo, enxerga no movimento econômico capitalista a mesma marca cíclica que alterna booms e recessões.

Em termos de estrutura e de fases das crises, o capitalismo se move por meio de ciclos de: estabilidade, prosperidade, euforia e crise⁴⁴. De forma mais específica Schumpeter tenta explicar este ciclo apontando que seu movimento é fruto de um processo intrínseco ao capitalismo que ele nomeia de “destruição criativa”, pelo qual o progresso ocorre quando há emergência de novas tecnologias que superam as antigas fazendo o sistema entrar em crise, e, dessa crise, a nova tecnologia emerge como monopolista da produção até ser superada por uma outra tecnologia mais nova reiniciando o ciclo⁴⁵.

Mas, dos vários economistas ao longo da história, um se destacou na apresentação dos ciclos econômicos como característicos e inevitáveis no capitalismo, indicando sua periodicidade e funcionamento, além de comprovar a correspondência entre as fases desses ciclos e certos efeitos na economia, na política, nas relações internacionais e no direito. Trata-se de Nikolai Dimitrievich Kondratieff⁴⁶, economista soviético nascido em 04 de março de 1892 e falecido em 17 de setembro de 1938, fuzilado pelo regime stalinista.

⁴³“Enfim, ao se falar de mudanças, diferenças e semelhanças não se pode esquecer de um elemento recorrente na economia capitalista, com forte presença nas duas últimas décadas: as crises financeiras ‘cíclicas’, que experimentam mudanças ao longo do tempo em termos de alcance, velocidade e periodicidade, mas pouco ou nada mudaram no tocante à dinâmica que as produz (estrutura e fases) e a muitos dos seus efeitos” (VIEIRA, 2015, p. 93).

⁴⁴ “Vale ressaltar, também, as observações de Yoshiaki Nakano (2010) no sentido de que as crises não são processos imprevisíveis e de que ciclos econômicos e crises financeiras ‘resultam da operação normal da moderna economia de mercado capitalista, como demonstram Keynes e Minsky’, existindo uma fragilidade financeira intrínseca ao sistema capitalista ‘de forma que a própria estabilidade gera prosperidade, euforia e crise financeira’. E completa: ‘os estudiosos da história mostram que cada crise financeira é produto de uma série de acidentes históricos específicos, mas a estrutura e as fases do processo, que culmina em crise, são sempre as mesmas e são conhecidas’” (VIEIRA, 2015, p. 94).

⁴⁵ “Preocupado em entender a dinâmica do capitalismo e seu impacto sobre a vida dos cidadãos, famílias e nações, Schumpeter relacionava o desenvolvimento à inovação, à capacidade de resposta do agente inovador que dá saltos para o futuro. A abertura de novos mercados e o desenvolvimento organizacional da produção ilustram o processo de mutação que revoluciona a estrutura econômica de dentro de si mesma, incessantemente destruindo as velhas formas e incessantemente criando novas formas. É o processo essencial ao capitalismo – dizia. Ele também definia o desenvolvimento econômico como um fenômeno dinâmico e dependente das transformações tecnológicas introduzidas nos mercados por uma elite de empreendedores, dando a este conceito um sentido bastante amplo” (FARIA, 2017, p. 24).

⁴⁶ Na bibliografia pesquisada o nome “Kondratieff” também pode ser encontrado grafado com “v” ao final (Kondratiev). Neste trabalho optou-se pelo uso da primeira forma por ser esta a usada pelo próprio economista ao assinar seu artigo “*The Long Waves in Economic Life*” para a “*The Review of Economics and Statistics*” de 1935. É importante destacar, contudo, que na reprodução de excertos de outros autores é possível que o nome seja encontrado na outra forma em vista de se manter a fidelidade na reprodução dos textos que fundamentam esta

Kondratieff defende que a economia capitalista se desenvolve a partir de ciclos que duram cerca de 50-60 anos. Em seus estudos, o economista soviético detecta que o início desses padrões cíclicos coincide com a revolução industrial, quando o capitalismo assume uma nova configuração e forma de funcionamento, cuja uma das principais características é justamente a ciclicidade em vista dos movimentos de inovação tecnológica. Estes ciclos descritos por Kondratieff receberam o nome de “ciclos longos” (para diferenciá-los dos ciclos curtos ou junglarianos com duração de 10 anos) e contam com basicamente duas fases: uma expansiva e outra depressiva⁴⁷.

Ao longo da história, a contar da revolução industrial (em 1780), Kondratieff constatou pelo menos três ciclos longos, que também ficaram conhecidos como 1º, 2º e 3º Kondratieff. Cada um desses ciclos ou ondas duram entre 50 e 60 anos possuindo uma fase ascendente ou expansiva, na qual registra-se crescimento econômico acelerado e muito acentuado, seguida de uma fase descendente ou depressiva em que há, inicialmente um período de desaceleração/estabilização e, posteriormente, forte e abrupta queda, que corresponde às crises econômicas⁴⁸.

Em um panorama geral, o primeiro ciclo longo (ou 1º Kondratieff) ocorreu de 1780 a 1844, sendo que a fase ascendente do ciclo foi de 1790 a 1810 e a fase descendente de 1810 a 1844. O segundo ciclo longo se estendeu de 1844 a 1890, cuja fase expansiva durou de 1844 a 1870 e a fase depressiva de 1870 a 1890. Finalmente, o terceiro ciclo longo compreende o período de 1890 a 1945, em que a fase ascendente se estendeu de 1890 a 1920 e a fase descendente de 1920 a 1945 (SANDOVAL, 1990, p. 68).

Como se nota, a noção de Kondratieff demonstra que o capitalismo se desenvolve e sua história se desenrola por meio de uma sequência incansável de crises, ou para usar a figura

pesquisa. De qualquer forma, tanto a primeira forma quanto a segunda são consideradas corretas em razão da ambiguidade na tradução do alfabeto russo para o português.

⁴⁷“A Revolução Industrial dos fins do séc. XVIII inaugurou os ritmos industriais de várias durações, principalmente os ciclos decenais (junglarianos) e os ciclos longos, de cinquenta anos (Kondratieff), cada ciclo com fase expansiva (‘a’) a fase depressiva (‘b’). Marx e Engels constataram os ciclos decenais entre 1848 e 1857, que foram sistematizados estatisticamente por Junglar em 1860. Engels assinalou também a chamada ‘longa depressão do final do séc. XIX’ e a sistematização estatística dos ciclos longos foi feita entre 1918-21 por N. Kondratieff (1929)” (MAMIGONIAN, 1999, p. 152).

⁴⁸“Os ciclos longos são chamados de ciclos de Kondratieff porque, embora autores anteriores já houvessem percebido o fenômeno, foi Nikolai Kondratieff, em um artigo clássico publicado em 1926 que os detectou e comprovou de forma definitiva. Kondratieff nesse artigo verificou a ocorrência de três ondas longas, a partir do final do século XVIII. Quando escrevia seu artigo, a economia mundial encontrava-se na fase b, de declínio, da terceira onda longa, que estender-se-ia até 1940-45. A primeira onda longa fora aproximadamente de 1790 a 1844-45 e a segunda, de 1844-45 a 1890-96. Para comprovar sua tese Kondratieff utilizou uma extensa série de dados estatísticos, que mostravam que durante 25 a 30 anos a economia crescia com rapidez, sendo as fases de expansão dos ciclos normais mais longos e as de desaceleração mais curtas, o inverso ocorrendo nos 25 a 30 anos seguintes, nos quais, afinal, a economia crescia muito mais lentamente, ocorrendo, portanto, um relativo declínio” (BRESSER-PEREIRA, 1986, p. 185-186).

de Schumpeter, um eterno movimento de destruição e reconstrução. As descobertas de Kondratieff, embora tenham influenciado a ciência econômica de forma ímpar, não agradaram nem os capitalistas, nem os comunistas (o que inclusive levou a sua prisão e posterior execução no governo de Stalin). Os capitalistas não ficavam confortáveis com a ideia de que o capitalismo, embora pudesse dar durante os períodos de crescimento, tirasse o que havia dado nos períodos de crise. A ideia do capitalismo como um regime de perpétuo progresso e crescimento se via confrontado pelas ideias de Kondratieff. Já o lado comunista não reconhecia as teses do economista soviético porque não podiam admitir, dentro de uma perspectiva marxista, que o capitalismo que entrava em crise pudesse se recuperar dela⁴⁹.

A riqueza da concepção de Kondratieff não está apenas em demonstrar a sequência e a ocorrência das crises e ciclos de um ponto de vista econômico. A explicação inclui também uma série de tendências políticas, jurídicas e de relações internacionais conectadas às tendências econômicas que foram muito bem descritas em cada um dos ciclos econômicos estudados por ele. Os ciclos de Kondratieff, portanto, comportam tanto uma explicação econômica quanto uma explicação política (MAMIGONIAN, 1999, p. 152).

Em termos econômicos a dinâmica de funcionamento dos ciclos é muito próxima àquela apontada por Schumpeter (já que ele foi fortemente influenciado por Kondratieff). Assim, os ciclos, compostos por duas fases principais (uma de ascensão seguida por outra de depressão), iniciam sua fase de ascensão com a presença de tecnologias já consolidadas na produção e cujos rendimentos são elevados. Neste início de fase são poucas as empresas que dominam a tecnologia da produção, o que lhes rende grande lucratividade.

Contudo, à medida que o ciclo se desenrola mais empresas passam a dominar a tecnologia, que é pulverizada ou “democratizada”. Neste ponto, há uma desconcentração das empresas e dos próprios rendimentos. Em face da saturação do mercado decorrente do ingresso das novas empresas que passam a dominar a técnica, há uma redução sensível da lucratividade, isto é, a taxa de lucro cai. Aliado a isso, a tecnologia existente se estagna em vista de sua posição de domínio na produção⁵⁰.

⁴⁹“Segundo a teoria de Nikolai D. Kondratieff nos anos 20, a economia capitalista se desenvolve em ciclos de aproximadamente 50 anos. A ideia contraria tanto os dogmas leninistas de crise geral quanto a posição dos teóricos do liberalismo de prosperidade indefinida da economia” (TOLMASQUIM, 1991, p. 28).

“Até hoje tanto entre marxistas como não-marxistas há resistência à aceitação dos ciclos longos, pois como assinalou Rangel, para a URSS não convinha admitir que o capitalismo em depressão poderia sair da crise e voltar a se expandir e para o ocidente não interessava admitir que após longos anos de expansão poderia advir um período depressivo na economia. A possibilidade de administrar os ciclos decenais foi teorizada por Keynes e posto em prática nos anos 30 na Alemanha, Estados Unidos, etc. Já a administração dos ciclos Kondratieff não foi teorizada e esta omissão é uma das raízes da crise da URSS” (MAMIGONIAN, 1999, p. 152-153).

⁵⁰“Esses ciclos longos estão intimamente relacionados ao processo de efetivação tecnológica. A implantação da ‘nova técnica’ se utiliza intensamente das instalações arcaicas preexistentes, engendrando o crescimento

É exatamente neste momento que as novas tecnologias passam a surgir e começam a fazer pressão sobre as antigas competindo com elas. Inicia-se, assim, a segunda fase do ciclo, a fase depressiva. À medida que o ciclo se desenvolve as novas tecnologias vão sucateando as antigas, que outrora dominavam o contexto econômico. Nesta condição que a parte destrutiva do ciclo começa a aparecer, pois as tecnologias antigas são pouco a pouco “destruídas” pela pressão do novo e pela perda de sua rentabilidade⁵¹.

Como as antigas tecnologias entram em declínio, a economia entra em recessão e começam a despontar as novas tecnologias que tomarão o lugar de domínio ocupado pelas antigas tecnologias. A fase de recessão, ao contrário da fase de ascensão, é concentradora, pois poucas são as empresas que detêm o domínio da nova tecnologia. Sendo poucas as empresas, grandes são os lucros, o que torna o mercado extremamente concentrado. Esta concentração vai crescendo a medida e na proporção que as tecnologias antigas vão ruindo até o limite de deixarem de existir. Graças a essa concentração, que chega em seu auge no fim de um ciclo e início de outro, que é possível à nova técnica se consolidar como dominante, reiniciando, assim, as condições cíclicas⁵².

Embora a explicação econômica dos ciclos longos seja muito importante, cabe destacar a explicação política que decorre dos ciclos econômicos. Aos movimentos da economia, segundo os estudos de Kondratieff, correspondem certas tendências e efeitos na esfera social, política e internacional. É possível prever certos comportamentos a partir do que constatou o economista soviético. É claro que elas representam apenas tendências devendo ser vistas dentro de cada contexto e de seus limites. Assim, quando se analisa os ciclos longos da economia mundial é aceitável que existam divergências quando comparados aos ciclos longos de cada

econômico e do emprego. Num primeiro momento, dado o aumento da demanda, não há competição entre as novas instalações e as anteriores (o que provocaria o seu conseqüente sucateamento), com um ganho social líquido de produtividade. Terminada a primeira onda de investimentos, no entanto, há uma saturação do mercado e a convivência inicial das diferentes gerações de técnicas empregadas é rompida, a nova técnica tendendo a generalizar-se. Dessa forma, a cada vez se tem de sucatear uma nova instalação mais moderna, com sacrifício de recursos materiais e humanos (rebaixamento de mão-de-obra para semi ou não qualificada). Ou seja, a produtividade marginal do capital diminui, desestimulando novos investimentos” (TOLMASQUIM, 1991, p. 28).

⁵¹“As fases depressivas, nas quais as taxas de lucro estão baixas, correspondem a períodos de extremo desafio para a retomada da lucratividade perdida, por um esforço intenso de invenções, que se transformam em tecnologia nova, mais nova e depois novíssima, que permitem desencadear uma nova onda de investimentos maciços, sucateando o capital fixo envelhecido, por ter alcançado 1) alto grau de avanço técnico e 2) preço baixo, conseqüentemente atrativo ao papel de ‘destruição criadora’ (Rangel e Schumpeter)” (MAMIGONIAN, 1999, p. 153).

⁵²“En su conferencia-libro sobre el tema de los ciclos largos, Kondratiev trata de dar una explicación a la existencia de aquellos, señalando en calidad de hipótesis y como causa principal la necesidad de una acumulación de capital de largo plazo para la renovación de lo que él llama ‘fuerzas productivas básicas’. Indica que a los ciclos largos se les puede examinar como la alteración y restablecimiento del equilibrio económico de un período prolongado. El comienzo del ascenso coincide con el momento en que la acumulación de capital y la captación de ahorros alcanzan tal intensidad que es posible una inversión rentable del capital a fin de crear las fuerzas productivas básicas y para un reequipamiento radical de la técnica” (SANDOVAL, 1990, p. 69).

país separadamente. Embora os estudos de Kondratieff sejam úteis tanto numa perspectiva local quanto mundial, se privilegiará a segunda (exceto quando se tratar do caso dos ciclos longos na economia brasileira), pois reflete as tendências globais que mais interessam a este estudo.

O próprio Nikolai Dimitrievich Kondratieff (1935, p. 111) resume sua tese e descobertas em cinco premissas básicas que apresentam as tendências gerais para o ciclo econômico, tanto em sua fase expansiva quanto depressiva:

(1) As ondas longas pertencem realmente ao mesmo processo dinâmico complexo em que os ciclos intermediários da economia capitalista com suas principais fases de recuperação e depressão seguem seu curso. Estes ciclos intermediários, no entanto, garantem um certo carimbo da própria existência das ondas longas. Nossa investigação demonstra que, durante o aumento das ondas longas, predominam os anos de depressão durante a baixa.

(2) Durante a recessão das ondas longas, a agricultura, como regra, sofre uma depressão especialmente pronunciada e longa. Foi o que aconteceu depois das guerras napoleônicas; aconteceu novamente desde o início da década de 1870 em diante; e a mesma cena pode ser observada nos anos após a Guerra Mundial.

(3) Durante a recessão da onda longa, são feitos um número especialmente grande de descobertas e invenções importantes na técnica de produção e comunicação, que, no entanto, são geralmente aplicados em grande escala apenas no início do próximo prolongamento.

(4) Ao aumentar a grande expansão, a produção de ouro aumenta de maneira geral, e o mercado mundial [para bens] é ampliado em geral pelos países coloniais.

(5) É durante o período de ascensão da onda longa, isto é, durante o período de alta tensão na expansão das forças econômicas, que, como regra geral, as guerras e revoluções mais desastrosas e extensas ocorrem.

Destes cinco pontos ou conclusões gerais, o terceiro e o quinto – que tratam da revolução tecnológica e da revolução política – ganham uma coloração especial sendo reafirmados e bem descritos na literatura econômica. A respeito da fase depressiva do ciclo comenta-se que é o período marcado por uma postura defensiva na economia (protecionismos, reformas econômica e fiscal, etc.) e ofensiva militarmente⁵³. Ainda sobre a fase de depressão econômica, é neste momento em que ocorrem as maiores e mais sensíveis mudanças econômicas, políticas, sociais, jurídicas e espaciais⁵⁴.

⁵³“As fases depressivas são fases de expansão geográfica, expansão extensiva dos capitais até então hegemônicos no mundo, mas expansão defensiva economicamente (e ofensiva militarmente), como a chamada expansão imperialista, inglesa principalmente, na fase ‘b’ do 2º Kondratieff (1873-1896) ou também a expansão das multinacionais, principalmente americanas, na fase ‘b’ do 3º Kondratieff (1920-1948): GM e Ford ocupando a Europa e companhias petrolíferas ocupando o Mundo” (MAMIGONIAN, 1999, p. 153-154).

⁵⁴“Os períodos depressivos (vivemos num deles de 1973-1996) correspondem a mudanças profundas de conjunturas econômicas, políticas, sociais e espaciais. Assim a conjuntura depressiva de 1920-1948 provocou nova relação mundo-nação: a Inglaterra abandonou definitivamente o livre-cambismo e houve fechamento de mercados

O Brasil, obviamente, não escapa dessas tendências, e os períodos de expansão e depressão econômicos produzem efeitos políticos e sociais no país. Embora esses efeitos possam ser um pouco diferentes quando comparados à economia mundial ou, principalmente, à economia dos países ricos desenvolvidos, não se pode ignorar que, mesmo que diferentes, os ciclos são sentidos em todos os lugares, ainda que os sintomas sejam diversos. Tanto o grande transatlântico quanto a pequena canoa sentem os efeitos de uma onda forte, mas as consequências, por razões óbvias, são diferentes para cada um deles, ainda que a onda seja a mesma.

No caso brasileiro, olhando em perspectiva e ao longo dos anos, chega-se à conclusão que as ondas econômicas, especialmente em seus períodos depressivos, causam grandes tumultos e mudanças políticas e sociais no país. São exemplos desses efeitos a independência (fase depressiva do 1º Kondratieff), a abolição da escravidão e a proclamação da república (fase depressiva do 2º Kondratieff) e a Revolução de 30 (fase depressiva do 3º Kondratieff)⁵⁵.

Em vista dessa análise política dos ciclos longos de Kondratieff, cabe, ainda que de forma panorâmica, percorrer cada ciclo para verificar os acontecimentos mais relevantes de cada um deles e quanto foram afetados pelos movimentos econômicos (vide quadro 1.1). Cabe alertar que o objetivo não é comprovar a validade dos argumentos de Kondratieff, mas sim o de indicar o quanto a economia pode afetar o mundo político, social e jurídico.

O primeiro ciclo longo – ou 1º Kondratieff – ocorreu, como acima apresentado, entre os anos de 1780 a 1844. O ciclo, assim como a análise econômica proposta pelo economista soviético, se inicia com a revolução industrial. Com essa mudança econômica que mereceu a alcunha de “revolução” a humanidade conseguiu dar um salto na produção e criar uma economia com crescimento autossustentado. Neste mesmo período, seguindo as tendências acima indicadas, houve uma forte concentração e acumulação econômica, o que permitiu que

nacionais nos EUA, Alemanha, França e na periferia do sistema capitalista (substituições de importações se aceleraram). O período depressivo atual, sem o fechamento abrupto do mercado americano, diferentemente da queda do comércio mundial dos anos 30, significa ampliação das trocas internacionais e chance para a exportação dos mais competitivos: 1) Japão e Alemanha ao centro do sistema, 2) Brasil, Coreia do Sul, Taiwan na periferia. A crise da economia americana coloca a questão: ‘globalização’ ou projetos nacionais emergentes (Brasil, Coreia do Sul, China, etc.)” (MAMIGONIAN, 1999, p. 155).

⁵⁵“Os períodos expansivos e os períodos depressivos criam situações distintas, nas relações centro-periferia, como assinalou Rangel para o Brasil, mas válidos para a periferia em geral. Os períodos depressivos desencadeados no centro (1815-48 / 1873-96 / 1920-48 / 1973-96) exigem, pelas tensões econômicas, sociais e políticas mudanças dos pactos de poder. No caso do Brasil, Independência, Abolição-República, Revolução de 30 e políticas de substituição de importação, usando capacidades deixadas ociosas pelas crises” (MAMIGONIAN, 1999, p. 155).

os investimentos necessários pudessem ocorrer. A economia, neste período crescia de forma acelerada⁵⁶.

Esta onda de crescimento representada pela primeira fase do 1º Kondratieff, contudo, encontrou seu fim a partir de 1810, e a economia antes ascendente se tornou decadente. Após um período de prosperidade e de desconcentração econômica, a economia passa a se mover em sentido contrário, o da concentração. Isso fica bem claro na figura da Inglaterra, que protagonizou a revolução industrial. O país entra em crise e perde seu protagonismo, em grande parte em razão da concentração econômica com a formação de oligopólios que impedem a competição e também em vista da perda da capacidade de renovação e inovação tecnológicas. Estas duas características, que fizeram com que o berço da revolução industrial perdesse sua centralidade econômica, são compatíveis com as tendências da segunda fase dos ciclos longos, cuja marca é a concentração econômica e incapacidade de inovar, que levam à recessão econômica⁵⁷.

Embora a fase depressiva do primeiro ciclo longo tenha ocorrido em 1810, são os anos finais do ciclo (1830-1840) em que os efeitos descritos por Kondratieff se mostram de forma mais evidente. Inicialmente, neste período, registra-se uma crise econômica que provoca queda

⁵⁶“O que significa a frase ‘a revolução industrial explodiu’? Significa que a certa altura da década de 1780, e pela primeira vez na história da humanidade, foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornaram capazes da multiplicação rápida, constante, e até o presente ilimitada, de homens, mercadorias e serviços. Este fato é hoje tecnicamente conhecido pelos economistas como a ‘partida para o crescimento autossustentável’. Nenhuma sociedade anterior tinha sido capaz de transpor o teto que uma estrutura social pré-industrial, uma tecnologia e uma ciência deficientes, e conseqüentemente o colapso, a fome e a morte periódicas impunham à produção. A ‘partida’ não foi logicamente um desses fenômenos que, como os terremotos e os cometas, assaltam o mundo não técnico de surpresa. Sua pré-história na Europa pode ser traçada, dependendo do gosto do historiador e do seu particular interesse, até certa do ano 1000 de nossa era, se não antes, e tentativas anteriores de alçar voo, desajeitadas como as primeiras experiências dos patinhos, foram exaltadas com o nome de ‘revolução industrial’ – no século XIII, no XVI e nas últimas décadas do XVII. A partir da metade do século XVIII, o processo de acumulação de velocidade para partida é tão nítido que historiadores mais velhos tendem a datar a revolução industrial de 1760. Mas uma investigação cuidadosa levou a maioria dos estudiosos a localizar como decisiva a década de 1780 e não a de 1760, pois foi então que, até onde se pode distinguir, todos os índices estatísticos relevantes deram uma guinada repentina, brusca e quase vertical para a ‘partida’. A economia, por assim dizer, voava” (HOBSBAWM, 2016, p. 59).

⁵⁷“As perdas de poder econômico das potências hegemônicas (Inglaterra – 1ª Revolução Industrial e EUA – 2ª Revolução Industrial) no final de dois Kondratieffs de dominação estão ligadas a perda de capacidade de renovação tecnológica decorrente da substituição da concorrência por domínios oligopólios propiciadores de super-lucros: império colonial inglês com mercados cativos no século XIX e caracterização oligopólica das multinacionais americanas (p. ex. GM, Ford, Chrysler na indústria automobilística mundial)” (MAMIGONIAN, 1999, p. 154).

sensível do crescimento⁵⁸. Não é por acaso que na década de 30 ocorrem as mudanças sociais e políticas mais abruptas do período⁵⁹.

O resultado da crise econômica foi afundar a Europa na miséria e fome que são o contexto perfeito para o descontentamento, ressentimento e revolta social. A década de 30 registrou um número relevante de revoltas populares, que iam desde os proletários pauperizados até comerciantes pequeno-burgueses e fazendeiros. Cada grupo lutando contra os efeitos da crise na economia europeia⁶⁰. No final, os grupos acabaram se unindo e convergindo na busca de democracia e de um Estado republicano (divergindo, porém, no grau e radicalidade desses dois conceitos).

Para além das questões políticas, também a condição social da segunda parte do 1º Kondratieff parece exemplificar com perfeição as tendências descritas pelo economista

⁵⁸“Não obstante embora a expansão da indústria algodoeira e da economia industrial dominada pelo algodão zombasse de tudo o que a mais romântica das imaginações poderia ter anteriormente concebido sob qualquer circunstância, seu progresso estava longe de ser tranquilo, e por volta de 1830 e início de 1840 gerava grandes problemas de crescimento, para não mencionarmos a agitação revolucionária sem paralelo em qualquer outro período da história britânica recente. Esse primeiro tropeço geral economia capitalista industrial reflete-se em uma acentuada desaceleração no crescimento, talvez até mesmo um declínio, da renda nacional britânica nesse período” (HOBSBAWM, 2016, p. 74).

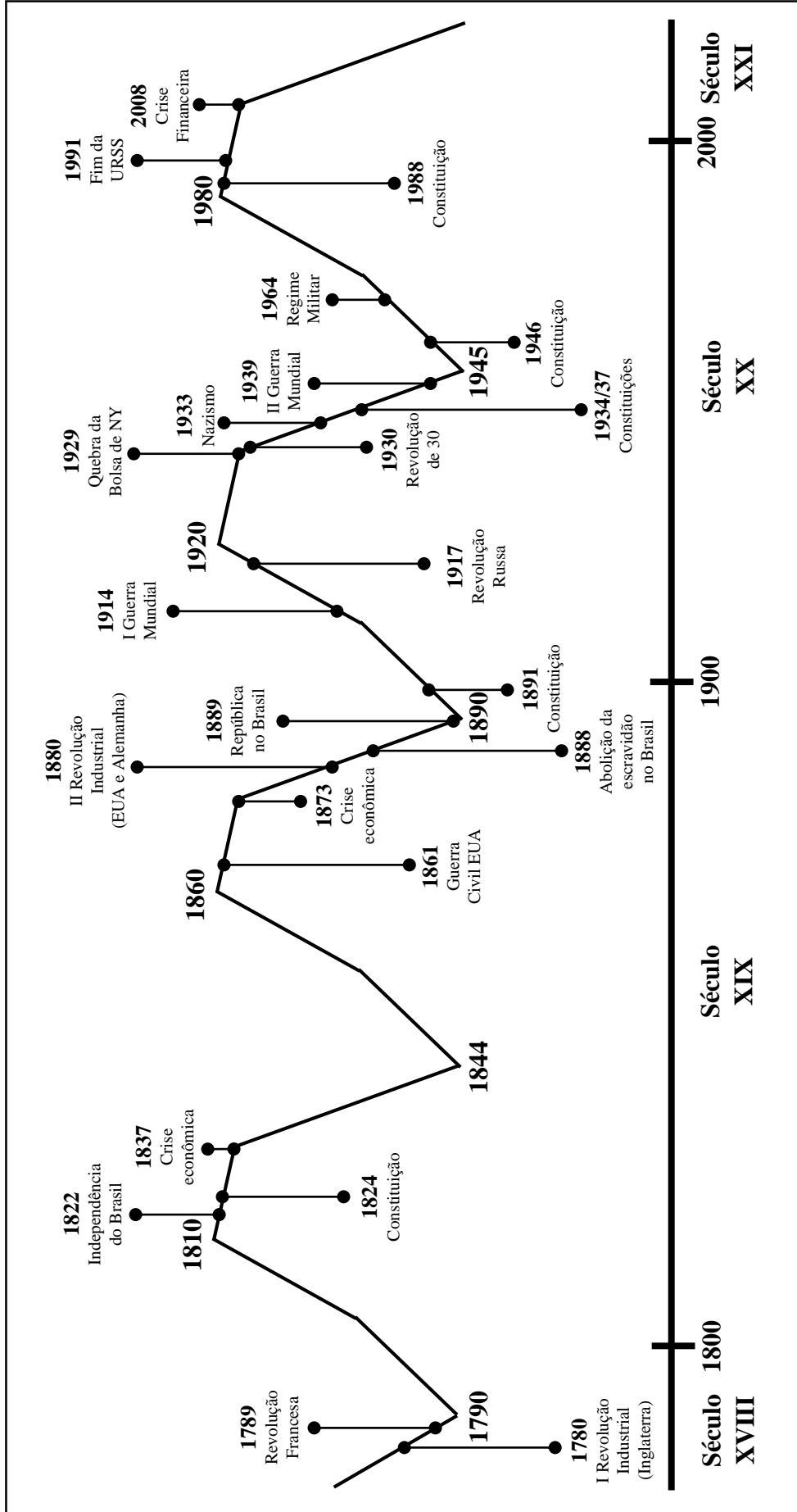
⁵⁹“Por trás destas grandes mudanças políticas estavam grandes mudanças no desenvolvimento social e econômico. Qualquer que seja o aspecto da vida social que avaliarmos, 1830 determina um ponto crítico; de todas as datas entre 1789 e 1848, o ano de 1830 é o mais obviamente notável. Ele aparece com igual proeminência na história da industrialização e da urbanização no continente europeu e nos Estados Unidos, na história das migrações humanas, tanto sociais quanto geográficas, e ainda na história das artes e da ideologia. E na Grã-Bretanha e na Europa ocidental em geral, este ano determina o início daquelas décadas de crise no desenvolvimento da nova sociedade que se concluem com a derrota das revoluções de 1848 e com o gigantesco salto econômico de 1851” (HOBSBAWM, 2016, p. 183).

⁶⁰“Suas mais sérias consequências foram sociais: a transição da nova economia criou a miséria e o descontentamento, os ingredientes da revolução social. E, de fato, a revolução social eclodiu na forma de levantes espontâneos dos trabalhadores da indústria e das populações pobres das cidades, produzindo as revoluções de 1848 no continente e os amplos movimentos cartistas na Grã-Bretanha. O descontentamento não estava ligado apenas aos trabalhadores pobres. Os pequenos comerciantes, sem saída, a pequena burguesia, setores especiais da economia eram também vítimas da revolução industrial e de suas ramificações. Os trabalhadores de espírito simples reagiram ao novo sistema destruindo as máquinas que julgavam ser responsáveis pelos problemas; mas um grande e surpreendente número de homens de negócios e fazendeiros ingleses simpatizavam profundamente com essas atividades dos seus trabalhadores ludistas porque também eles se viam vítimas da maioria diabólica de inovadores egoístas. Exploração da mão de obra, que mantinha sua renda em nível de subsistência, possibilitando aos ricos acumular lucros que financiavam a industrialização (e seus próprios e amplos confortos), criavam um conflito com o proletariado. Entretanto, um outro aspecto dessa diferença de renda nacional entre pobres e ricos, entre o consumo e o investimento, também trazia contradições com o pequeno empresário. Os grandes financistas, a fechada comunidade de capitalistas nacionais e estrangeiros que embolsava o que todos pagavam em impostos – certa de 8% de toda a renda nacional –, eram talvez ainda mais impopulares entre os pequenos homens de negócios, fazendeiros e outras categorias semelhantes do que entre os trabalhadores, pois sabiam o suficiente sobre dinheiro e crédito para sentirem uma ira pessoal por suas desvantagens. Tudo corria muito bem para os ricos, que podiam levantar todos os créditos de que necessitavam para provocar na economia uma deflação rígida e uma ortodoxia monetária depois das guerras napoleônicas: era o pequeno que sofria e que, em todos os países e durante todo o século XIX, exigia crédito fácil e financiamento flexível. Os trabalhadores e a queixosa pequena burguesia, prestes a desabar no abismo dos destituídos de propriedade, partilhavam portanto dos mesmos descontentamentos. Estes descontentamentos por sua vez uniam-nos nos movimentos de massa do ‘radicalismo’, da ‘democracia’ ou da ‘república’, cujos exemplares mais formidáveis, entre 1815 e 1848, foram os radicais britânicos, os republicanos franceses e os democratas jacksonianos americanos” (HOBSBAWM, 2016, p. 74-76).

soviético. Em razão da crise econômica e diminuição dos lucros, as empresas começam a cortar gastos. O alvo principal é a mão-de-obra. Eric Hobsbawm (2016, p. 79) comenta que a redução dos salários foi abrupta. Um tecelão, por exemplo, em 1795 recebia um salário de 33 shillings, mas em 1834, no auge da crise, o mesmo tecelão teria que viver em um período de recessão e inflação com 4 shillings.

O fato é que a convergência de todos esses fatores econômicos, políticos, ideológicos e sociais fizeram com que o período de 1815 a 1848 presenciasse três grandes ondas revolucionárias, e que produziram o sistema de pensamento que mais duramente criticou o capitalismo, o socialismo (HOBSBAWM, 2016, p. 180).

Quadro 1.1
Os Quatro Ciclos Longos



A situação brasileira neste período não foi muito diferente, especialmente na fase depressiva do primeiro ciclo longo. A maior e mais importante mudança fruto desse período foi a independência, tornando o Brasil um país independente de Portugal em 1822. A independência, entre outros fatores correlatos, foi fruto do agigantamento do poder de uma elite rural de senhores de escravos, que, em vista da substituição de importações possível em razão da criação de um mercado consumidor nacional grande o suficiente, tornou-se independente das exportações. Ora, quando os senhores escravistas se viram independentes do mercado consumidor da metrópole para ter seus ganhos, foi nesse momento que prescindiram também de sua tutela política⁶¹. Além das mudanças políticas, o mesmo período produziu mudanças jurídicas, com a Constituição de 1824.

O segundo ciclo longo – 2º Kondratieff – iniciou em 1844 e se estendeu até 1890. Após as crises e revoltas dos anos 30 e 40 do século XIX, a economia capitalista volta a crescer – seja pela expansão das fábricas, pela população da tecnologia à vapor ou pelo aumento do mercado consumidor decorrente da maior integração geográfica no mundo – o que proporcionou um período de paz e tranquilidade social, reforçadas pela diminuição do custo de vida (proveniente da deflação) e a abertura de muitas oportunidades em vista da migração para a América. Agora, após o colapso na economia europeia, assume o protagonismo os EUA, muito mais fortalecidos economicamente após a vitória do norte sobre o sul na guerra civil americana (1861-1865). Os EUA passam nesta primeira fase do ciclo longo por uma onda de euforia econômica em que os investimentos, especialmente em infraestrutura, são intensos. O país constrói sua indústria de escala, que demanda muito investimento. Um setor de destaque nessa época é o ferroviário que, impulsionado pelo governo que queria integrar todas as regiões por meio desse transporte, atraiu muitos investidores, principalmente as maiores instituições financeiras do país.

Entretanto, após 1860, quando se inicia a fase depressiva do segundo ciclo longo, essas instituições financeiras se veem sem condições de arcar com os investimentos que fizeram na malha ferroviária. Em 1873 a maior instituição financeira dos EUA quebra provocando uma onda de pânico financeiro fazendo com que haja retiradas de dinheiro em massa dos bancos mergulhando o sistema financeiro americano na falta de liquidez. Essa perturbação econômica

⁶¹ “Na fase b do Primeiro Kondratieff (1815-48), a relativa auto-suficiência foi buscada através da diversificação das fazendas de escravos: aumentou-se a parte do produto destinado ao autoconsumo e diminuiu-se a parte exportável, tornando a economia nacional mais independente com relação às importações. Do ponto de vista nacional, houve uma espécie de substituição de importações. Desse período resultou a primeira dualidade, isto é, um pacto de poder pela aliança entre as classes dos senhores de escravos, que passara do regime colonial, com a classe de comerciantes, dissidentes do capitalismo mercantil português” (TOLMASQUIM, 1991, p. 31).

é resultado da queda abrupta das taxas de lucro, juros e preços. Os preços, nesta época, foram empurrados para baixo em decorrência da tendência deflacionária provocada pela expansão das fábricas (que gerou mais oferta para uma demanda constante) e pela evolução tecnológica que tornou a produção mais barata e eficiente (o que aumentou a produção por fábrica incrementando ainda mais a oferta). A queda dos preços, porém, não afetou apenas a indústria, a agricultura viu seus preços despencarem no período, seja pelo incremento tecnológico, seja pelo aumento da produção e a melhoria da logística na distribuição. Somado ao fator “preço”, havia o fator “custo” que permanecia constante graças à estabilidade do preço da mão-de-obra e a necessidade da indústria em investir em novas máquinas ou pagar aquelas que haviam sido adquiridas (o que era cada vez mais difícil em razão da queda dos preços). O resultado dessa equação de queda de preços e constância dos custos foi a derrubada da taxa de lucros e a consequente depressão econômica. E, como descrito por Kondratieff, todos os sintomas da fase depressiva de um ciclo longo se manifestaram: a) depressão do setor agrário em vista da queda do preço dos produtos, b) concentração econômica materializada pelos monopólios, oligopólios e trustes que se proliferaram à época em razão dos pequenos empresários não conseguirem resistir à depressão sendo absorvidos pelos grandes e em vista do protecionismo, c) concentração de renda, cuja imagem mais marcante é o da belle époque e d) emergência de novas tecnologias com a 2ª revolução industrial encabeçada pelos EUA e Alemanha com o Taylorismo⁶².

Se o segundo ciclo provocou uma guerra civil nos EUA e o confronto de duas formas de produção (uma escravista e outra capitalista), no Brasil a situação não foi muito diferente. Em 1888 ocorreu a abolição da escravidão, e no ano seguinte a própria monarquia deixa de existir implantando-se a república. No Brasil, portanto, o 2º Kondratieff não apenas reorganizou a forma de produção (pautada na mão-de-obra escrava), mas também a forma de governo⁶³. Neste mesmo período é promulgada a Constituição republicana de 1891.

O terceiro ciclo longo – 3º Kondratieff – se deu entre 1890 e 1945. Este ciclo inicia com o imperialismo europeu que conseguiu criar um mercado mundial por meio do comércio internacional (LEWANDOWSKI, 2004, p. 21). O imperialismo e seu expansionismo levaram à I Guerra Mundial, cumprindo a tendência descrita por Kondratieff de que as fases de ascensão

⁶²O tema é extensamente debatido e explorado por Eric Hobsbawm no capítulo 2 de “A Era dos Impérios” (2016).

⁶³“Com a fase b do Segundo Kondratieff (1873-96), nova fase de substituição de importações, só que sem retorno expressivo ao sistema de subsistência em torno da economia da casa-grande. A sede desse novo esforço foram as cidades, com a proliferação de unidades artesanais e algumas manufaturas pré-industriais. O promotor desse movimento não foram os senhores de escravos, mas sim o capital mercantil, que passava a assumir a liderança da segunda dualidade, com uma dissidência da classe de senhores de escravos, a nova classe dos latifundiários feudais” (TOLMASQUIM, 1991, p. 32).

econômica dos ciclos são pródigos em revoluções e guerras. Porém, na década de 1920, o sistema econômico dava mostras de exaustão. O fim da década foi marcado pela quebra de bolsa de Nova Iorque precipitando a economia americana na crise e, a reboque, do resto do mundo.

Nesta conjuntura, estavam presentes os pressupostos para o que se tornaria um dos mais terríveis episódios da história humana: o nazismo e a onda de totalitarismos na Europa. Depois da I Guerra Mundial a Alemanha ficou econômica e politicamente arrasada após a humilhação do Tratado de Versalhes, que arrastou o país para uma crise sem precedentes⁶⁴. Aliado a isso, a economia mundial após 29 só tornava o cenário econômico e social mais desesperador. Foi assim que uma população pobre e humilhada buscando salvação e uma elite econômica compostas por uma alta burguesia e industriais insatisfeitos apoiaram o projeto hediondo de Hitler⁶⁵.

Além da Alemanha, outros países aderiram a regimes totalitários de inspiração fascista. Uma tendência documentada e adiantada por Kondratieff que, como visto acima, defendia que nos períodos de recessão costumam acontecer as mudanças políticas mais profundas. Foi assim que Portugal em 1933, a Espanha em 1939 e a América Latina mergulharam no autoritarismo⁶⁶.

⁶⁴“Na verdade, mais do que o próprio conflito, as duas condições impostas à Alemanha no Tratado de Versalhes é que causaram, dentre outros males, o desemprego em massa e a inflação astronômica, no início da década de 20, que levaram a República de Weimar, de crise em crise, ao colapso total, que se concretizou com a ascensão de Adolf Hitler ao poder em 1933. Iniciou-se, assim, o Terceiro Reich, de triste memória” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 31).

⁶⁵“[Hitler] posto em liberdade, mudou de tática, partindo para a luta parlamentar. Apoiado por setores da alta burguesia, especialmente pelos grandes industriais, intimidados com a depressão econômica que se seguiu à quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, e com os desdobramentos da Revolução Bolchevique, conduziu seu partido, o Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães (Nazista), à vitória nas eleições de 1932” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 32).

⁶⁶“Os exemplos nazista e fascista, cujas ideologias pouco diferiam entre si, fizeram escola em todo o mundo. Na Espanha, em 1939, o General Francisco Franco, apoiado por Hitler e Mussolini, no comando das forças nacionalistas, venceu as tropas republicanas, tomando Madri. Com a ocupação da capital pelos franquistas, terminou a longa guerra civil deflagrada em 1936, quando o exército e setores conservadores da sociedade espanhola rebelaram-se contra o governo eleito da Frente Popular, integrado por socialistas, comunistas e anarquistas. A ditadura de Franco, inspirada nos modelos italiano e alemão, durou até 1975. Em Portugal, o professor de finanças Antonio de Oliveira Salazar, depois de um golpe de Estado deflagrado em 1926, assumiu o cargo de primeiro-ministro, no ano de 1933, instalando o Estado Novo Corporativo. Retirou-se do poder apenas em 1968, mas o regime que implantou subsistiu até a Revolução dos Cravos em 1974”.

“O ideário teuto-italiano repercutiu na América do Sul. O coronel Juan Domingo Perón, que governou a Argentina após o golpe militar de 1943, realizou um estágio de treinamento na Itália, por quase dois anos, a partir de 1939, de onde retornou como um ‘admirador de Mussolini e do Estado Fascista, determinado a emular o do Duce’. No Brasil, instituiu-se a Ação Integralista Brasileira, que preconizava um governo forte, ultranacionalista, cujos fundamentos doutrinários foram explicitados no Manifesto à Nação Brasileira, de Plínio Salgado, em 1932. A ditadura que Getúlio Vargas implantou no Brasil, de 1937 a 1945, também se inspirou nos regimes autoritários” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 33-34).

A convergência de poderes absolutos que desprezavam liberdades e direitos básicos e se fundavam em ideologias ultranacionalistas e belicistas culminou na II Guerra Mundial. A guerra permitiu aos EUA desenvolver novas tecnologias que após 1945 deram início ao novo ciclo longo. Ademais, a completa destruição da base produtiva da Europa, em especial da Alemanha e do Japão, fez com que essas economias tivessem muito espaço para crescer no início do ciclo seguinte além de forçar a criação de tecnologias novíssimas para superar as americanas, o que cumpre as previsões do modelo de Kondratieff que prevê o surgimento de novas tecnologias na fase depressiva do ciclo⁶⁷.

O terceiro ciclo longo também deixou suas marcas na política brasileira. A crise de 1929 levou ao achatamento de salários e uma série de problemas econômicos que resultaram no desemprego em massa e outras consequências sociais. Esta realidade repercutiu politicamente levando a revoluções e mudança de governos⁶⁸. A Revolução de 30 que fez Getúlio Vargas ascender ao poder e alinhou o país às tendências fascistas da Europa são um exemplo veemente dos resultados da fase depressiva do ciclo longo na realidade brasileira. Não apenas a ascensão de Vargas, mas sua queda em 1945 também reproduz a tendência, já que o terceiro ciclo se encerra também em 1945. Neste período as mudanças jurídicas foram tão radicais quanto as políticas, porquanto foram elaboradas três Constituições nessa fase 1934, 1937 e 1946.

O quarto ciclo longo – 4º Kondratieff –, atual ciclo em progresso, iniciou em 1945 com o fim da II Guerra Mundial. No início do ciclo a economia cresceu impulsionada pela

⁶⁷“No período da Segunda Guerra Mundial, a corrida armamentista pré-bélica e o esforço de guerra engendraram um ritmo intenso de pesquisa e desenvolvimento, aproveitando o imenso acervo de precondições científicas e técnicas existentes. Alguns países, principalmente os Estados Unidos, aproveitaram a técnica disponível para reestruturar o seu parque produtivo. Isto foi possível graças às colossais reservas de capacidade ociosa de que dispunham e que foram exploradas para atender à situação de guerra, gerando um excedente econômico suficiente para compensar os dispêndios improdutivos, os efeitos das destruições e a formação de capital implícita na implantação de indústrias novas e tecnologicamente renovadas”.

“Os EUA se capitalizaram à base de ‘técnica nova’, necessariamente condenada à superação pela ‘técnica novíssima’ que nasceria com a sua implantação. A Alemanha e o Japão estavam com seus parques produtivos superados e destruídos, e com um desemprego disfarçado virtual, isto é, um potencial produtivo imediato, decorrente do emprego de recursos existentes, mas só disponíveis com o uso de uma técnica desenvolvida no período da guerra. A implantação da nova tecnologia num parque produtivo semidestruído e arcaico detonaria um crescimento explosivo da economia”.

“Se a Europa, com a Alemanha à frente, foi a sede da primeira leva de ‘milagres’, ao Japão coube um ‘milagre’ maior, expresso por ritmos ainda mais fortes de crescimento. Isto porque a implantação da ‘novíssima tecnologia’ na Alemanha possibilitou o surgimento de uma tecnologia mais nova ainda, resultante de sua experiência” (TOLMASQUIM, 1991, p. 29-30).

⁶⁸“A grande depressão de 1929/30, iniciada nos Estados Unidos, alastrou-se por quase todo o mundo, inclusive Brasil, que durante muitos anos passou a queimar café como forma de aliviar seus estoques. O desemprego em massa, o achatamento salarial e diversas outras consequências repercutiram politicamente com revoluções e um clamor geral no sentido de passar o Estado a tomar alguma iniciativa para reverter aquele estado de coisas” (NUSDEO, 2008, p. 141).

reconstrução dos países devastados pela guerra proporcionados pelo New Deal e pelo Plano Marshall. Nesta época, especialmente nos EUA, havia pouca desigualdade social. Foi, porém, a partir da década de 80 que a fase ascendente do ciclo (que teve seu apogeu nas décadas de 50 e 60) começou seu declínio⁶⁹. Nesta época foi eleito presidente nos Estados Unidos Ronald Reagan, representando um ideal conservador, cujo objetivo era desregular a economia e diminuir os impostos (principalmente dos mais ricos) (GOODWIN, 2014, p. 200-204).

O final da fase de ascensão e começo da fase depressiva do quarto ciclo, portanto, é marcada por fortes ondas desreguladoras da economia (COOTER; ULEN, 2010, p. 24). Foi, porém, na década de 90 em que se deu definitivamente a passagem da primeira fase do ciclo para a segunda. Nesta época há predomínio da economia sobre a regulação estatal, há aumento sensível das desigualdades, diminuição do Estado (seja como regulador, seja como ator econômico), concentração do capital e financeirização da economia⁷⁰. Foi também nos anos 90 que a União Soviética deixa de existir por não conseguir mais manter-se economicamente.

Todas essas tendências seguem o panorama indicado por Kondratieff, que se intensificaram ainda mais após a crise de 2008, que marcou o declínio quase vertical da economia mundial. Uma rápida olhada pelo mundo mostra o declínio e a crise das economias, a desregulamentação econômica, o surgimento de nacionalismos e protecionismos, acentuação da desigualdade de renda e a crise dos Estados e das democracias. Além das mudanças

⁶⁹“Esta, como é sabido, surge nos anos 30 com o New Deal rooseveltiano; expandiu-se na segunda metade dos anos 40 com os esforços de reconstrução, recuperação e crescimento no Pacífico e na Europa Ocidental patrocinados pelo Plano Marshall e empreendidos em caráter complementar aos esquemas de segurança política e militar constituídos sob a égide da *Pax Americana*; e chegou ao apogeu nas décadas de 50 e 60 com os expressivos níveis de produção, consumo, produtividade e salários, produzindo um ambiente econômico internacional altamente favorável a políticas de desenvolvimento industrial e a programas de bem-estar – estes últimos fundados na aspiração de realizar os valores da liberdade e igualdade, certeza jurídica e solidariedade, considerados antinômicos nos tempos do Estado liberal clássico. A partir dos anos 70, porém, com a crescente instabilidade das principais variáveis macroeconômicas, essa era passou a se caracterizar pela drástica redução de seu ritmo de crescimento. E, nos anos 80, passou a mostrar uma progressiva incapacidade tanto para planejar racionalmente sua intervenção no processo de mudança social quanto para produzir respostas a um só tempo eficientes e sistematicamente coerentes ao conjunto disperso e contraditório de tensões, conflitos e demandas gerados pelos desdobramentos da desorganização monetária e dos dois choques energéticos. A ascensão e a decadência do intervencionismo estatal num curto espaço de tempo de quatro décadas retratam, assim, a trajetória dessa era” (FARIA, 2004, p. 112).

⁷⁰“Os anos 90 representam o período histórico de intercrucamento entre duas eras econômicas. Uma é a do pós-guerra, caracterizada pelo planejamento estatal, pela intervenção governamental, pelas inovações conceituais e paradigmáticas em matéria de regulação dos mercados, pela utilização do direito como instrumento de controle, gestão e direção, pela participação direta do setor público como agente financiador, produtor e distribuidor e por políticas sociais formuladas com o objetivo de assegurar patamares mínimos de igualdade, a partir dos quais haveria espaço para uma livre competição. A outra era é a da economia globalizada, que se afirma a partir da retomada dos fluxos privados de acumulação de capital e é progressivamente marcada pela desregulação dos mercados, pela ‘financeirização’ do capital, pela extinção dos monopólios estatais, pela privatização de empresas públicas, pela desterritorialização da produção e por uma nova divisão social do trabalho” (FARIA, 2004, p. 111).

econômicas, o século XXI, com destaque para a última década, foi palco de importantes mudanças tecnológicas⁷¹.

O Brasil, neste último Kondratieff, reproduz as mesmas tendências mundiais. As décadas de 60 e 70, que caracterizaram o apogeu da fase expansiva do ciclo, foram marcadas pelo que ficou conhecido como o “milagre econômico”, em que ocorreu grande crescimento econômico, embora acompanhado do aumento da desigualdade social⁷². A segunda parte do ciclo (depressão) começa na década de 1980, que ficou conhecida no Brasil como a “década perdida” e levou a mudanças drásticas no cenário político, como a promulgação da Constituição de 1988, a queda do regime militar e, no plano internacional, ao Consenso de Washington. (TOLMASQUIM, 1991, p. 31).

Estes são, portanto, em uma visão bastante sintética, os quatro ciclos longos da economia, que se estendem desde a revolução industrial de 1780 até os dias atuais, nos quais vivencia-se o declínio do quarto Kondratieff. De um ponto de vista político, esta narrativa mostra a influência que a economia e os ciclos pelos quais ela passa possuem sobre os destinos políticos, sociais e jurídicos do mundo. A história brasileira é um testemunho incontestável disso. Focando apenas nos dois exemplos mais claros (um político e um jurídico) cada ciclo longo provocou a queda de um regime político e estabeleceu uma nova Constituição. No primeiro ciclo (1790-1844), o Brasil conquistou a independência em 1822 e ganhou sua primeira Constituição de 1824. O segundo ciclo (1844-1890) presenciou a proclamação da república em 1889 e sua nova Constituição em 1891. O terceiro ciclo (1890-1945) trouxe o Estado Novo com Getúlio Vargas em 1930 e uma sequência de três Constituições em 1934, 1937 e 1946. Finalmente, no quarto e atual ciclo (1945-atual) viu-se a ascensão e queda do regime militar e a promulgação da oitava Constituição em 1988.

Há duas variáveis que explicam ou ao menos indicam porque a economia capitalista é cíclica e tão instável, isto é, porque tende à crise: a) o capitalismo é intrinsecamente falho, pois

⁷¹“Enfim, temos um mundo diferente, sim, mas sob certos aspectos nem tanto. Algumas diferenças podem não ser tão evidentes ou tão rapidamente percebidas quanto as que se verificam na esfera tecnológica. É o caso da mudança operada na dinâmica da acumulação capitalista no mundo, que teve o seu eixo principal deslocado da produção para as finanças, com um ativismo sem precedentes, por vezes referido pelo termo ‘rentismo’, sem que muitos sequer tivessem atentado para o processo” (VIEIRA, 2015, p. 91).

⁷²“A economia brasileira cresceu razoavelmente entre o fim dos anos 1960 e a maior parte da década de 1970. Apesar disso, verificou-se uma disparidade muito acentuada de nível de renda, tanto entre diferentes grupos socioeconômicos como entre regiões brasileiras. Tal situação fere, evidentemente, o sentido de equidade ou justiça social”.

“No Brasil, os críticos do ‘milagre econômico’ argumentam que a concentração de renda no país piorou entre os anos 1967 e 1973 devido a uma política deliberada do governo de primeiro crescer para depois distribuir (a chamada teoria do bolo)” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 110).

possui falhas estruturais e b) a economia não consegue regular e ajustar a si mesma, dependendo sempre de um suporte e balizas externas.

O primeiro aspecto ou característica que justifica a instabilidade da economia é a existência de falhas de mercado. A economia aponta cinco falhas: 1) pouca mobilidade dos fatores de produção, 2) falta de acesso à informação relevante, 3) concentração econômica e impossibilidade de competição, 4) existência e produção de externalidade e 5) inexistência de interesse no fornecimento e prestação de certos serviços (COSTA, 2015, p. 183-184). Fábio Nusdeo nomina estas falhas, respectivamente, de falha de mobilidade, falha de transparência, falha de estrutura, falha de sinal e falha de incentivo⁷³.

A falha de mobilidade ocorre quando o sistema de preços não funciona como deveria na determinação da alocação e mobilidade dos meios de produção (mão-de-obra, insumos, máquinas, investimentos, etc.). Essa falha se dá sempre que há uma rigidez no mercado, que pode ser de natureza física, operacional, institucional ou psíquica⁷⁴. Mais grave, entretanto, que a falha de mobilidade fruto da rigidez, é a provocada pela força das grandes empresas, já que conseguem subverter a ideia clássica de que a demanda condiciona a oferta, pois tais empresas fazem com que a demanda esteja a serviço da oferta que pretendem realizar (seja em termos de quantidade, quanto de qualidade)⁷⁵.

A falha de transparência ocorre quando as informações essenciais às negociações e à tomada de decisões no ambiente dos negócios são insuficientes, pouco claras, incompletas, incompreensíveis ou falsas provocando um desequilíbrio entre as partes negociantes⁷⁶. Inicialmente defendia-se que a única informação necessária para as transações estava nos preços, que sintetizavam tudo o que as pessoas precisavam saber para tomar sua decisão. Todavia, há uma série de outras informações igualmente importantes que não podem ser

⁷³“Tais inoperacionalidades provêm de falhas de mobilidade; de transparência; de estrutura; de sinal e de incentivo apresentadas pelos mercados no seu funcionamento diuturnamente” (NUSDEO, 2008, p. 139).

⁷⁴“Uma presunção básica para o funcionamento dos mercados sempre foi a de serem os fatores de produção dotados de razoável mobilidade, a fim de poderem reagir aos sinais indicativos, representados pelos preços, os quais promoveriam em curto tempo os deslocamentos necessários a fim de se reverterem automaticamente certas situações indesejáveis, como, por exemplo, a superprodução ou a subprodução. A essa capacidade de autocorreção do mercado chamou-se de automatismo. E o nome é bom, porque os empresários-produtores eram vistos como autônomos, para, guiados pelo seu hedonismo, poderem responder rápida e fielmente às decisões soberanas do consumidor-rei, via impulsos do sistema de preços. Tal agilidade, entretanto, na prática não ocorre. Existe, isto sim, uma rigidez mais ou menos pronunciada em quase todos os fatores, impedindo-lhes esses deslocamentos céleres automáticos e oportunos. Rigidez de toda ordem: física, operacional, institucional, psicológica” (NUSDEO, 2008, p. 139-140).

⁷⁵“E, ao contrário do que ensina a teoria econômica clássica, a oferta de bens num mundo globalizado não é condicionada pela sua procura por parte dos consumidores, mas é determinada pelos interesses das grandes corporações e dos investidores internacionais” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 105-106).

⁷⁶“A quarta fonte de falha de mercado é um desequilíbrio de informação entre as partes envolvidas numa troca ou intercâmbio, um desequilíbrio tão grave que impede a troca” (COOTER; ULEN, 2010, p. 63).

extraídas apenas do preço do bem⁷⁷. Além dos preços não expressarem tudo e serem cada vez menos confiáveis (dada a falha de mobilidade), muitas informações importantes são ocultadas ou omitidas no momento da negociação e conclusão das transações⁷⁸.

A falha de estrutura decorre da perda da competitividade e da concorrência das empresas em vista da concentração, isto é, da capacidade de uma empresa (monopólio) ou algumas (oligopólio) se tornarem grandes e importantes demais a ponto de influenciar unilateralmente o mercado e excluir qualquer outra empresa de participar da concorrência⁷⁹. Em um retrospecto histórico, esta falha pode ser explicada em vista de o liberalismo econômico ter sido pensado, à época de Adam Smith e os demais pensadores clássicos, da perspectiva de um mercado atomizado, composto por pequenas empresas que competiam em condições de igualdade entre si (NUSDEO, 2008, p. 146). Todavia, uma série de fatores modificou esse cenário conduzindo à concentração econômica por meio de monopólios e oligopólios, que são fruto do surgimento da economia de escala entre outros motivos⁸⁰. Isso demonstra que os mercados não são regidos, de fato, pela concorrência, já que uma grande parte das empresas é excluída da competição. Prova, ainda, a completa inexistência daquela figura idealizada de um

⁷⁷“Um outro pressuposto básico do sistema descentralizado vem a ser o acesso de todos os operadores de um mercado, às informações sobre o mesmo e sobre as características dos produtos nele negociados”.

“Classicamente, havia a crença de os preços conterem em si a informação relevante essencial para os agentes interessados, pois seria o sinal inconfundível de escassez ou da abundância, conforme subissem ou abajassem. Tal escassez ou abundância estariam refletidas nos preços não apenas a cada momento, quanto às condições presentes, mas em sua potencialidade, isto é, no tocante às perspectivas futuras” (NUSDEO, 2008, p. 143).

⁷⁸“Note-se, ainda, ser também um pressuposto correlato a perfeita identificação dos produtos e de suas qualidades ou atributos por parte dos adquirentes, donde haver um preço para cada tipo de produto, ainda quando não passem de simples diferenciações do mesmo bem. Dir-se-á que esse tipo de desinformação tende a ficar cada vez mais raro num mundo informatizado como o presente. Mas, mesmo assim, um grande número de fatos, à falta de alguma regulamentação oficial, tende a passar despercebido, quando não ocultado deliberadamente. São diversas as informações passíveis de serem escamoteadas ao mercado, inclusive nesta época de grande expansão dos meios de comunicação ou até mesmo por causa deles mesmos” (NUSDEO, 2008, p. 144).

⁷⁹“Um outro pressuposto básico do sistema de mercado, imprescindível para lhe assegurar o pretendido automatismo e adaptabilidade a condições mutantes, vem a ser o da chamada atomização, isto é, o mercado para bem funcionar deve ser composto por um número razoavelmente elevado de compradores e vencedores em interação recíproca, e nenhum deles excessivamente grande ou importante”.

“O conceito de grande ou pequena unidade em economia é muito específico. Ele não está necessariamente ligado aos dados característicos da unidade em si, tais como tamanho, volume da produção ou número de empregados, mas sim à posição relativa da mesma no conjunto dos integrantes daquele mercado. O que determina se uma empresa é grande ou pequena vem a ser a sua capacidade ou não de influir sobre as condições do mercado onde opera, principalmente sobre os preços nele praticados. É o que no jargão inglês é chamado de *Market share*” (NUSDEO, 2008, p. 146).

⁸⁰“As economias de escala não são, porém, o único fator conducente à concentração. Existem também monopólios ou oligopólios derivados de situações de fato, como por exemplo, o acesso a uma fonte de matéria-prima rara ou uma condição tecnológica exclusiva como a patente de invenção. Seriam também casos particulares de um monopólio natural, distintos, porém do caso mais geral acima apresentado” (NUSDEO, 2008, p. 149).

mercado perfeito ou mesmo de uma imaginária concorrência perfeita que é capaz de trazer equilíbrio às relações⁸¹.

A falha de sinal consiste na geração de externalidades⁸². A externalidade é a produção de efeitos que transcendem as partes de uma transação, trata-se, portanto, de um custo social que não é suportado por aqueles que fazem parte da relação, mas por terceiros alheios a ela⁸³. A externalidade é uma diferença entre os custos privados e os custos sociais de um determinado negócio, sendo que essa diferença pode ser tanto negativa (quando os malefícios são suportados pelo social) quanto positiva (quando o social é atingido pelos benefícios da relação) (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 87). A existência dessas externalidades são uma falha, pois, no caso das externalidades negativas, fazem com que terceiros sejam onerados com custos de relações das quais não participaram e não auferiram qualquer benefício, ou, no caso das externalidades positivas, terceiros que se locupletam com os benefícios sem terem arcado com os ônus, sendo, assim, beneficiados às custas daqueles que realizaram a relação⁸⁴.

Finalmente, a falha de incentivo ocorre quando o mercado se recusa a prestar certos serviços, pois não têm interesse econômico neles, isto é, não encontra incentivo em sua

⁸¹“Deve-se salientar que, na realidade, não existe o mercado tipicamente de concorrência perfeita, sendo talvez o mercado de produtos hortifrutigranjeiros o exemplo mais próximo a esse modelo” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 96).

⁸²“É esse fenômeno [externalidade], juntamente com a concentração, um dos grandes calcanhares de Aquiles do sistema de autonomia ou de mercado. Basicamente, ele decorre do fato de, numa atividade econômica, nem sempre, ou raramente, todos os custos e os respectivos benefícios recaírem sobre a unidade responsável por sua condução, como seria pressuposto. Tal fato representa um sério entrave ao funcionamento do sistema, pois, se assim é, boa parte de todo o cálculo econômico realizado pelos centros decisórios descentralizados passa a ser viciado por não poder incorporar todas as informações relevantes, transmitidas via sistema de preços” (NUSDEO, 2008, p. 152).

⁸³“E, é claro, há os casos notáveis de danos públicos, como quando as indústrias poluem e destroem o meio ambiente. Em geral, o mercado não leva esses custos em conta, de forma que os bens produzidos são vendidos por preços muito inferiores aos seus custos sociais marginais. Há uma divergência entre a contabilidade privada e social que o mercado deixa de registrar” (RAWLS, 2016, p. 334).

“Pigou va a establecer una distinción conceptual entre el producto privado y el producto social, entre coste privado y coste social de cualquier recurso o actividad económica. Esa distinción es la base para que Pigou, en *‘The Economics of Welfare’* (1920) generalice los casos de ‘fallos de mercado’ en la producción de eficiencia social, en tanto que se demuestra que en múltiples circunstancias esa correspondencia entre costes y beneficios sociales no se produce al existir una diferencia entre los costes privados de una actividad (los costes que asume el agente que la realiza) y los costes sociales de la misma, es decir, los que recaen sobre el agente de la actividad más los que recaen sobre la sociedad. Esa divergencia es la que se conoce como economía o diseconomía externa o externalidad. En una caracterización más precisa, el ‘efecto externo’ o ‘externalidad’ puede conceptuarse como ‘cierto tipo de efecto favorable o desfavorable producido por un agente económico (un individuo o una empresa) sobre la producción, renta, ocio o bienestar de otro agente económico, siendo un efecto tal que el carácter de las instituciones sociales, jurídicas y económicas no permiten el pago o ingreso de un precio por el beneficio o daño causado por dicho efecto’. Una externalidad sería un coste o un beneficio que no asume quien lo causa y que forma parte de su actividad económica” (PACHECO, 1994, p. 135).

⁸⁴“A razão pela qual o mercado falha na presença de custos externos é que o gerador da externalidade não precisa pagar pelo prejuízo que causa a outros e, assim, exerce muito pouco autodomínio. Ele age como se o custo da destinação do resíduo fosse zero, quando, na verdade, há custos reais em jogo, como as pessoas da cidade rio abaixo podem atestar. Em sentido técnico, o gerador da externalidade produz produto demais e dano demais porque há uma diferença entre custo marginal privado e custo marginal social” (COOTER; ULEN, 2010, p. 61-62).

prestação⁸⁵. Este é o caso dos serviços públicos, pois eles não podem ser apropriados de forma exclusiva e o seu consumo por uma pessoa não afeta a possibilidade de consumo de outra pessoa. Isso faz com que o mercado não possa controlar quem consome o serviço ou produto, o que inviabiliza a cobrança de sua prestação de forma individualizada, e também faz com que o mercado não possa determinar o preço do bem ou serviço já que não há uma relação direta entre consumo e escassez (isto é, entre demanda e oferta e a proporção dela decorrente entre alta ou baixa de preços)⁸⁶. É em razão dessa característica dos serviços públicos escaparem desses vetores de mensuração pelo lucro que afasta o interesse dos mercados em prestá-los⁸⁷. Esta falha é bastante antiga e já foi apontada por Adam Smith que dizia que os mercados não são perfeitos e que o Estado precisa se encarregar de certos bens e serviços essenciais, como a limpeza das ruas, a defesa e a construção de estradas, pois os mercados não os prestam⁸⁸. Isso faz com que estes bens e serviços, caso deixados a cargo exclusivamente dos mercados, não sejam prestados ou sejam prestados de forma insuficiente, ainda que se trate de necessidades essenciais.

A segunda característica ou fato que justifica e aponta porque a economia é cíclica e tendente à crise é a incapacidade dos mercados de se autorregularem sozinhos e sua tendência quase inescapável à crise. Essa constatação do capitalismo não conseguir se regular sozinho não é nova, desde a revolução industrial o mercado já dava evidências claras de que não possuía essa capacidade⁸⁹, até porque a instabilidade, as mudanças e as crises são da natureza do

⁸⁵“Falha de incentivo: bens e serviços de caráter público ou coletivo, por serem inapropriáveis e nem sujeitos a exclusividade, não geram o necessário incentivo para a sua produção, o que não significa que não sejam úteis ou necessários” (NUSDEO, 2015, p. 31).

⁸⁶“A terceira fonte de falha de mercado é a presença de uma mercadoria chamada bem público. Um bem público é uma mercadoria com duas características muito estreitamente relacionadas: 1) consumo não rival: o consumo de um bem público por uma pessoa não deixa menos para qualquer outro consumidor, e 2) não excludente: os custos da exclusão de beneficiários não pagantes que consomem o bem são tão altos que nenhuma empresa privada maximizadora de lucro está disposta a fornecer o bem” (COOTER; ULEN, 2010, p. 62-63).

⁸⁷“Os mercados surgem como o mecanismo de controle preferencial sempre que os objetivos são nítidos, a informação está disponível a custo baixo, as externalidades positivas ou negativas não são relevantes e o poder do monopólio é limitado. É por isso que, de modo ideal, os mercados controlam as empresas comerciais que têm um objetivo bem definido – o lucro – e, na maioria dos setores, aquelas que enfrentam uma competição real; mas os mercados não são eficazes no controle de ações ou organizações que não têm objetivos nítidos e mensuráveis, como o lucro. A maior parte das ações que envolvem valores que não podem ser medidos em termos monetários torna a coordenação de mercado imperfeita, quando não simplesmente inviável. Somente o Estado, através do sistema jurídico, é capaz de regular tais ações” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 277).

⁸⁸ “Adam Smith no fue nunca dogmático: sabía que los mercados no eran perfectos. Los mercados no hacían cumplir las leyes ni protegían las fronteras ni provenían servicios públicos, como la limpieza de las calles, esos que todo el mundo desea pero nadie se siente muy proclive a ofrecer” (GOODWIN, 2014, p. 26).

⁸⁹“As crises periódicas da economia, que levavam ao desemprego, quedas na produção, bancarrotas etc., eram bem conhecidas. No século XVIII elas geralmente refletiam alguma catástrofe agrária (fracassos na colheita, etc.) e já se provou que no continente europeu os distúrbios agrários foram a causa primordial das maiores depressões até o final de nosso período. As crises periódicas nos pequenos setores manufatureiros e financeiros da economia eram também conhecidas, na Grã-Bretanha pelo menos desde 1793. Depois das guerras napoleônicas, o drama periódico do boom e da depressão – em 1825-1826, e, 1836-1837, em 1839-1842, em 1946-1848 – dominou claramente a

capitalismo e a forma como o progresso ocorre neste sistema econômico⁹⁰. Adam Smith foi um dos primeiros a indicar a necessidade de alguma forma de regulação externa aos mercados, pois estes tendem a ignorar os riscos quanto maiores forem os rendimentos ou a mera expectativa de rendimentos de um dado negócio, investimento ou atividade⁹¹. Séculos depois, John Maynard Keynes repetia a mesma premissa demonstrando que os economistas clássicos tinham razão e que o capitalismo dificilmente mudaria esta característica com o tempo⁹². Quando todos os aspectos da vida eram deixados ao arbítrio dos mercados o resultado era uma violenta instabilidade e constante ameaça que apenas afundava a sociedade no medo, na dúvida e na crise afastando oportunidades de investimento, de criação de empregos e de crescimento econômico⁹³. A síntese é que o chamado *laissez-faire* é inepto e perigoso, seja para a economia, seja para os direitos (KUNTZ, 2002, p. 48). É por causa disso que tanto as pessoas, quanto os

vida econômica da nação em tempos de paz. Por volta da década de 1830, uma época crucial no período histórico que estudamos, mais ou menos se reconhecia que as crises eram fenômenos periódicos regulares, ao menos no comércio e nas finanças” (HOBSBAWM, 2016, p. 76-77).

⁹⁰“Crítico da economia convencional, cuja atenção aos problemas de alocação em mercados competitivos perfeitos despreza a mudança e relega para segundo plano o papel do empresário, Schumpeter entendida que o capitalismo ‘é, por natureza, uma forma ou método de transformação econômica’, motivo pelo qual o sistema capitalista é sempre propenso a oscilações de prosperidade e retração. A instabilidade e a incerteza são inerentes ao capitalismo de livre mercado, não uma exceção. ‘Progresso econômico, na sociedade capitalista, significa tumulto’ – dizia. Para o economista austríaco, ‘ao se alterar em consequência da própria lógica que lhe é peculiar, o progresso econômico acaba transformando incessantemente o conjunto social, isto é, toda a sociedade’” (FARIA, 2017, p. 25).

⁹¹ “‘Limitar los tipos de interés’ era un tema clave. Smith entendió que, si la recompensa crece demasiado, los inversores se olvidan del riesgo. Con los tipos de interés limitados, Smith confiaba que la gente tomaría riesgos razonables y evitaría las apuestas salvajes” (GOODWIN, 2014, p. 26).

⁹²“Investindo contra o pensamento econômico convencional, postulando a incapacidade dos mercados para corrigir a subutilização dos recursos produtivos e o desemprego e defendendo a ampliação dos poderes dos bancos centrais com o objetivo de dotá-los de controles mais efetivos sobre as taxas de juros, Keynes argumentava que, no âmbito de uma economia capitalista dotada de instituições financeiras capazes de criar poder de compra além das disponibilidades correntes, não seria necessária a existência de uma poupança prévia para que os investimentos se efetivassem. Os investimentos, afirmava ele, dependeriam tão-somente das expectativas de lucro dos empresários e da disposição dos gestores das finanças em acreditar na correção daquelas estimativas e adiantar o dinheiro suficiente para aquisição de máquinas, edificação de instalações e contratação de trabalhadores” (FARIA, 2004, p. 113).

⁹³“Para Keynes, uma economia capitalista do tipo *laissez faire* – ou seja, baseada no livre mercado enquanto princípio regulador de todos os aspectos da vida econômica da sociedade, como a prevista pelo liberalismo político e pelos economistas clássicos – fica permanentemente sujeita a flutuações violentas e abruptas. Por isso, essas flutuações tendem a disseminar dúvidas e incertezas entre os agentes, levando-os a suspender decisões de investimentos capazes de gerar empregos e abrindo, por consequência, caminho para situações de crise econômica e social. Nesse sentido, o futuro não depende de um conjunto de expectativas matemáticas. Pelo contrário, afirmava Keynes, ele é inerentemente incerto, imprevisível e contingente, não se desenhando como sombra estatística projetada por dados conhecidos no passado e no presente. Em termos concretos, a decisão dos empresários de investir em máquinas, equipamentos e novas fábricas, gerando desse modo mais postos de trabalho e mais renda, é condicionada por uma ampla e densa gama de fatores – das oscilações dos mercados a mudanças de governos, da política econômica vigente a peculiaridades psicológicas de investidores e consumidores” (FARIA, 2017, p. 22).

direitos e o próprio capitalismo devem ser protegidos da possível existência de mercados autorregulados⁹⁴.

Esta incapacidade dos mercados de se autorregularem é fruto de uma síntese perigosa: de um lado as graves falhas, limitações e dificuldades dos mercados e de outro a grande e crescente complexidade do mundo econômico, social, político, cultural e jurídico, que dificilmente poderiam ser, já nos primeiros séculos, resumidos aos cálculos econômicos de preço e da lógica mercadológica⁹⁵. Precisamente por esse motivo e para fazer frente a estas limitações que os mercados sempre foram, em maior ou menor grau, regulados, sendo que o Estado é o grande viabilizador do capitalismo, sem o qual os mercados simplesmente não funcionam⁹⁶. Por isso, uma economia desregulada, sem a presença, intervenção, regulação e atuação estatal não faz o menor sentido⁹⁷. Todas as vezes que se tentou implantar um sistema econômico que prescindisse de uma mínima regulação e controle estatais, as consequências foram catastróficas não só à economia, mas a todos os aspectos da vida. Depois de algumas dessas experiências, a economia se convenceu de que os mercados só são viáveis e operacionais mediante a presença e estabelecimento de alguns pressupostos de funcionamento, pressupostos estes que os pensamentos liberalizantes não foram capazes de proporcionar dadas as limitações,

⁹⁴“O fato é que, a deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males. ‘Por mais paradoxal que pareça – diz Karl Polanyi – não eram apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham que ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado autorregulável, mas também a própria organização da produção capitalista” (GRAU, 2005, p. 30).

⁹⁵“Face à complexidade do mundo moderno e às falhas do idealizado livre mercado, hodiernamente admite o Direito Público, em todo o mundo capitalizado, a regulação do domínio econômico pelo Estado, tanto sob a forma programática (especialmente nos textos constitucionais), quanto por normas legislativas (cogentes ou permissivas) e atividades administrativas, visando inclusive à proteção dos direitos fundamentais” (COSTA, 2015, p. 189).

“Em síntese, isso se deveu à consciência de que o mercado, malgrado suas evidentes qualidades, não é um mecanismo apto a resolver e a equacionar todas as situações que se lhe apresentam. Por um lado, ele contém falhas operacionais incontornáveis; por outro, não consegue assegurar a realização de certas metas ambicionadas pela sociedade através de seus canais de expressão política” (NUSDEO, 2015, p. 30).

⁹⁶“Por causa da decrescente capacidade auto-reguladora do mercado e da crescente heterogeneidade da sociedade, os governos tiveram de exercer um papel cada vez mais controlador, diretivo, coordenador, indutor e planejador” (FARIA, 1995, p. 255).

“A teoria liberal, como o rigor de separação da atividade social e atividade estatal, promove um elogio ao mercado autorregulado. Na verdade, uma doutrina que nunca se realizou nos moldes de sua idealização. A presença do Estado, garantindo e equilibrando as relações econômicas, sempre existiu, com diferença de intensidade, desde o alvorecer da econômica burguesa”.

“O Estado, parte integrante da sociedade, é também parte indispensável ao funcionamento do mercado, o que afasta obrigatoriamente a ilusão neoliberal em voga de um ‘fundamentalismo mercantil’ – uma crença inabalável no poder do mercado em gerenciar com máxima eficiência os recursos disponíveis. Daí a asserção clássica de que o Estado como agente econômico não é a negação do modo de produção capitalista, mas responde à necessidade de sua lógica interna de expansão” (DERANI, 2008, p. 175).

⁹⁷“Uma economia puramente de mercado assim como uma economia totalmente coordenada pelo Estado nunca existiram na história. Tanto um sistema econômico radicalmente liberal quanto um sistema econômico totalmente estatista carecem de sentido. Os mercados devem ser regulados e moderadamente ajustados pelo Estado e pelas instituições da sociedade civil” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 145-146).

falhas e incapacidades do mercado⁹⁸. É o que se extrai da história regulatória dos EUA, especialmente quando da implantação do *New Deal* e do *New Social Regulation* na década de 1930 como resposta ao caos provocado pela crise de 1929, que foi causada justamente pela negação do papel do Estado na regulação da economia, que deixada a seu próprio arbítrio, acabou se tornando destrutiva, disfuncional e suicida⁹⁹.

Do pensamento de Kondratieff, dos quatro ciclos longos e das características do capitalismo acima apresentados, ainda que em poucas linhas, é possível extrair duas premissas principais. A primeira é que a economia capitalista se desenvolve por meio de ciclos, sendo, portanto, eminentemente instável, proporcionando tanto momentos de grande crescimento quanto provocando crises. A segunda premissa demonstra o alto grau de influência que a economia e seus ciclos exercem sobre a política, a sociedade e as relações internacionais. Com destaque especial para a influência econômica sobre o Estado e seus rumos. Governos, democracias e regimes sobem e descem junto com os ciclos econômicos. Não há Estado grande ou poderoso o suficiente que permaneça intacto frente às ondas de Kondratieff. O mais importante para esta pesquisa, todavia, é constatar que o direito também não escapa às tendências da economia capitalista¹⁰⁰.

Esta influência da economia e de seus destinos sobre a política, o Estado e o direito se justificam por pelo menos quatro razões: 1) a economia se apresenta como uma ciência objetiva

⁹⁸“Notáveis, por outro lado, foram os progressos da ciência econômica, cujos conhecimentos saíram dos restritos círculos intelectuais e acadêmicos onde se produziam para ganhar o debate político e atenção do público. E, assim, aos poucos, em grande parte impulsionada pelos desafios políticos, a análise econômica foi submetendo os mecanismos de funcionamento do mercado a uma crítica abalizada, acabando por prevalecer a conclusão de ser ele, o mercado, em si, viável e operacional. No entanto, tal operacionalidade estaria na dependência de diversos pressupostos que a estrutura legal própria do liberalismo não havia logrado captar, muito menos tratar. Como evidente, à ausência daqueles pressupostos, a mecânica operacional do sistema passava a rodar em falso, produzindo resultados também falhos, distanciados do esperado e, em muitos casos, francamente inacreditáveis” (NUSDEO, 2008, p. 139).

⁹⁹“Dessa forma, podemos dizer que a experiência norte-americana de controle do desenvolvimento econômico por meio de agências de regulação passou a ter grande importância na década de 1930 com o *New Deal*, após a crise de 1929. Neste contexto, o desenvolvimento da regulação (*regulation*) nos Estados Unidos teve dois momentos fundamentais: o *New Deal* (1933-1940) a *New Social Regulation* (1965-1980). No primeiro momento, a preocupação principal era o controle do poder monopolista e da concorrência destrutiva. No segundo momento, além das preocupações iniciais, buscou-se corrigir com maior intensidade os problemas de informação imperfeita aos consumidores e a pequenos acionistas, de segurança dos produtos, de proteção do meio ambiente, de certeza dos resultados da intervenção regulatória e de maior equidade distributiva”.

“Apesar dessas ressalvas, deve ficar claro que a regulação dos Estados Unidos se desenvolve em torno da ideia de correção das imperfeições do mercado como justificativa para limitação da liberdade de iniciativa” (MATTOS, 2002, p. 46-48).

¹⁰⁰O retrospecto histórico feito até aqui sob a ótica da teoria econômica de Kondratieff, embora útil e necessária, não tem a pretensão de indicar o fator ou a força econômica como fatal, única ou soberana sobre os acontecimentos históricos. Não se busca reduzir tudo à economia, pelo contrário, o presente estudo buscará, mais a frente, refutar uma visão economicista do mundo. Assim, não se ignora que todos os fatos históricos aqui narrados são resultado de múltiplos fatores além do econômico. Todavia, a força da economia deve ser reconhecida e suas tendências levadas em conta.

isenta de ideologia, 2) os poderes econômicos são parte das forças que regem a vida social, política e jurídica, 3) o direito está conectado ao mundo social e 4) a saúde, intercorrências e destino da economia impactam diretamente a saúde, intercorrências e destino da democracia e do Estado.

O primeiro motivo para explicar a influência da economia sobre a política e o Estado é que as premissas e diagnósticos elaborados pela economia possuem um forte impacto sobre as decisões, pois gozam de uma presunção de veracidade e objetividade, seja por sua complexidade pouco acessível à maioria, seja porque se pretende “matemática”, isto é, objetiva e demonstrável. Essa percepção, no entanto, não é verdadeira, pois a economia não é uma ciência exata, mas uma probabilística¹⁰¹. Em vista disso, a ciência econômica constrói modelos que tendem (e precisam) desconsiderar uma série de variáveis econômicas para chegar a resultados. Essa desconsideração de variáveis geralmente é representada pela presunção: “permanecendo todo o restante constante”¹⁰². Isso, porém, é um risco, pois estes modelos são teóricos e ideais e, por isso, não possuem total conexão com a realidade que devem normatizar, o que leva a distorções e crises (GOODWIN, 2014, p. 40-41).

Contudo, a visão da economia como uma ciência objetiva e matemática faz com que ela se torne quase inquestionável. Basta que um economista, com base em tais modelos probabilísticos, diga que é preciso cortar direitos trabalhistas ou fazer uma reforma da previdência, que todas as pessoas se convencem, mesmo que haja uma legião de juristas, sociólogos ou políticos dizendo o contrário. Se, portanto, a economia sempre tem razão porque

¹⁰¹“Como as relações econômicas não são exatas, mas probabilísticas, recorre-se à estatística” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 12).

¹⁰²“A ousada inovação dos racionalistas clássicos havia sido demonstrar que algo como leis logicamente compulsórias era aplicável à consciência e ao livre-arbítrio humano. As ‘leis da economia política’ eram desse tipo. A convicção de que eram tão distantes do gostar e do desgostar quanto as leis da gravidade (com as quais eram constantemente comparadas) emprestava uma impiedosa certeza aos capitalistas no início do século XIX, e tendia a imbuir seus oponentes românticos de um antirracionalismo igualmente selvagem. Em princípio, os economistas, é claro, estavam certos, embora exagerassem muito a universalidade dos postulados sobre os quais baseavam suas deduções, a capacidade de ‘outras coisas’ permanecem ‘iguais’ e também, às vezes, suas próprias capacidades intelectuais. Se a população de uma cidade se duplica e o número de habitações não cresce, então, permanecendo as outras coisas iguais, os aluguéis devem subir, queiram ou não. Proposições deste tipo constituíam a força dos sistemas de raciocínio dedutivo criados pela economia política, principalmente na Grã-Bretanha, embora também, em menor grau de intensidade, nos velhos centros de ciência do século XVIII, a França, a Itália e a Suíça. Como vimos, o período que vai de 1776 a 1830 assistiu ao triunfo desta economia política. Ela foi suplementada pela primeira apresentação sistemática de uma teoria demográfica que pretendia estabelecer uma relação mecânica, e virtualmente inevitável, entre as proporções matemáticas dos aumentos de população e os meios de subsistência. *Ensaio sobre a população*, de T. R. Malthus (1798), não era nem tão original nem tão indiscutível quanto seus defensores reivindicavam, no entusiasmo da descoberta de que alguém provava que os pobres deviam permanecer sempre pobres, e que a generosidade e a benevolência podiam fazê-los ainda mais pobres. Sua importância não está em seus méritos intelectuais, que foram moderados, mas nos direitos que ele fazia valer para um tratamento científico de um conjunto de decisões tão individuais e caprichosas quanto as decisões sexuais, consideradas um fenômeno social” (HOBSBAWM, 2016, p. 436-437).

é “objetiva” e “desideologizada” o Estado e a sociedade serão governados pelos economistas, no que se convencionou chamar de tecnocracia. É esta visão que faz com que a economia sempre se sobreponha ao Estado, à política e ao direito, a despeito das constantes crises que provoca (e que, segundo Kondratieff, são periódicas).

O segundo motivo do predomínio da economia é o fato de que os poderes econômicos são parte das forças que governam a vida em sociedade. Ferdinand Lassalle (2013, p. 29) explica isso dizendo que os detentores do poder econômico são parte da constituição, e acrescenta também, que o rei que possui o exército é parte dessa constituição, a nobreza proprietária de terras é parte dessa constituição, a burguesia é parte da constituição, os banqueiros são parte da constituição e o povo também é parte dela. Não se trata da constituição como um documento escrito (um pedaço de papel), mas a constituição real, isto é, os fatores reais de poder que fazem com que as coisas sejam o que são e como são. A economia, portanto, é parte da constituição nesse sentido. E por isso afeta tão intensamente o direito, o Estado e a democracia¹⁰³.

Entretanto, o poder da economia não está apenas na constituição real, mas deixa também sua marca na constituição escrita. Um dos vários exemplos que podem ser dados é o caso da elaboração do art. 185 da Constituição de 1988, em que os grupos de latifundiários lutaram para estabelecer a redação mais ambígua possível ao texto que trata da reforma agrária¹⁰⁴.

A terceira razão da prevalência da economia é que o direito regula o social e precisa estar conectado a ele¹⁰⁵. O mundo social, entretanto, como ficou demonstrado na recapitulação dos ciclos longos, é fortemente determinado pela economia, já que ela é responsável, em grande medida, pelos rumos da história¹⁰⁶. Por esse motivo o econômico condiciona o jurídico, não

¹⁰³“Esses fatores reais formam a Constituição real do país. Esse documento chamado Constituição – a Constituição jurídica – não passa, nas palavras de Lassalle, de um pedaço de papel (ein Stück Papier). Sua capacidade de regular e de motivar está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real. Do contrário, torna-se inevitável o conflito, cujo desfecho há de se verificar contra a Constituição escrita, esse pedaço de papel que terá de sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes no país” (HESSE, 1991, p. 9).

¹⁰⁴“Como se tem denunciado em outras oportunidades, essas dificuldades não são casuais. Resultam de manobras muito bem urdidas por poderosos grupos econômico-políticos capazes, até, de interferir na redação da Constituição Federal”.

“A comissão temática encarregada de redigir o capítulo da CF de 88, relacionada com a reforma agrária é um exemplo disso, lá, a solécia e a violência com que a palavra ‘produtiva’ foi introduzida no texto do art. 185, inc. II, exatamente para criar dúvidas futuras a amparar todo tipo de embaraço processual à prova de que a terra não cumpre com sua função, assim podendo ser desapropriada, testemunha uma das mais vergonhosas páginas escritas em nossa história pelo Congresso Nacional” (ALFONSIN, 2006, p. 169).

¹⁰⁵“Pois que o direito é indissociável da estabilidade e da alteração no social. O social é um processo dialético de institucionalização e revolução, de estabilização e mobilidade, de consolidação em estruturas e modificações nas relações dos fatores integrantes das estruturas” (VILANOVA, 2003, p. 475).

¹⁰⁶“Por outro lado, também os fatos econômicos afetam o desenrolar da História. Alguns importantes períodos históricos são associados a fatores econômicos, como os ciclos do ouro e da cana-de-açúcar no Brasil, a Revolução

apenas porque é um dos fatores reais de poder, mas porque forma o substrato social do qual o direito absorve parte do fundamento de sua regulação. Isso provoca uma interação dialética entre a economia e o direito forçando ambos a se reformarem reciprocamente, pois o direito produz a economia e a economia produz o direito¹⁰⁷. O direito não pode ficar isolado ou desconectado da realidade social, cultural e econômica que regula sob pena de nada regular ou de regular mal, causando distorções e conflitos¹⁰⁸.

A relação e interação entre direito e economia não é nova, mas remonta desde o momento que ambas passaram a existir e conviver no mesmo espaço social¹⁰⁹. Isso porque a economia é constituída por uma série de interesses, e quanto mais escassos são esses interesses maior é a quantidade de normas demandas para arbitrar os conflitos decorrentes desses interesses. Ou seja, quanto mais economia, mais direito¹¹⁰.

Portanto, a economia influencia o direito, seja como ordem jurídica¹¹¹, seja como lei (TAKADA, 2015, p. 40), seja como ciência¹¹². Esta influência é, de fato, tão determinante, que,

Industrial, a quebra da Bolsa de Nova York (1929), a crise do petróleo, que alteraram profundamente a história mundial. Em última análise, as próprias guerras e revoluções são permeadas por motivações econômicas” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 14).

¹⁰⁷“Nesse sentido, Pinto Antunes afirma que, ‘em verdade, em todos os tempos, o fator econômico constitui a força geradora de novas normas jurídicas’. Acrescenta ainda o professor Grau: ‘a norma que surge dos fatos, acaba por condicioná-los. Por este raciocínio, encontramos também o professor Reale que afirma haver um processo de interação entre o econômico e o jurídico’”.

“Este inter-relacionamento torna possível o avanço do direito, o mesmo tempo em que obriga a pertinente reforma na atuação da economia, ou a formação de novas instituições jurídicas correspondentes. Pois o direito se nutre dos relacionamentos sociais, consequentemente das relações econômicas, e ele não apenas os reafirma como também os produz” (DERANI, 2008, p. 41 e 44).

¹⁰⁸“É que o sistema jurídico não é um sistema fechado, isolado do contexto cultural e social no qual se insere, pelo contrário, sofre constantemente seu influxo. O direito jurisprudencial elabora-se por ocasião dos conflitos que o juiz deve arbitrar, encontrando-lhes soluções convincentes e satisfatórias em direito porque juridicamente bem motivadas. E toda nova legislação não faz mais que responder a uma necessidade do meio político, econômico e social” (PERELMAN, 2000, p. 115-116).

¹⁰⁹“A relação entre direito e economia não é nova, tendo sido destacada pelos economistas clássicos, principalmente Adam Smith, tanto em *Lectures on Jurisprudence* (1762-3) como em *The Wealth of Nations* (1776); por autores vinculados à escola histórica alemã, na segunda metade do século XIX; e vinculados ao movimento institucionalista norte-americano, na primeira metade do século XX” (COOTER; ULEN, 2010, p. 18).

¹¹⁰“Quanto mais escassos os bens e aguçados os interesses sobre eles, maior quantidade e diversidade de normas se fazem necessárias para o equilíbrio de tais interesses, o que faz lembrar, disse ele, a frase de Carnelutti: ‘quanto più economia, più diritto’”. (VIEIRA, 2015, p. 89).

¹¹¹“É impossível verificar o que de relevante aconteceu nestes últimos anos na justiça civil e na cultura jurídica, tão condicionadas no nosso país por um desenvolvimento econômico nem sempre apreciável pela qualidade e sim (tão) profundamente diversificado e desequilibrado” (PERLINGIERI, 1999, p. 23).

¹¹²“A economia mudou a natureza da ciência jurídica, a compreensão comum de regras e instituições jurídicas e até a prática do direito. Como prova disso, veja os seguintes indicadores do impacto da economia sobre o direito. Em 1990, menos de um economista fazia parte do corpo docente de cada uma das principais faculdades de direito na América do Norte e de algumas da Europa ocidental. Programas de pós-graduação em conjunto (Ph.d. em economia e J.D. em direito) existem em muitas universidades proeminentes. As revistas de direito publicam muitos artigos que usam a abordagem econômica e há diversas revistas científicas dedicadas exclusivamente a esse campo. Recentemente, um estudo exaustivo constatou que os artigos que usam abordagem econômica são mais citados nas principais revistas científicas norte-americanas do que os artigos que usam qualquer outra abordagem. A maioria dos cursos de direito nos Estados Unidos têm agora ao menos um breve resumo da análise econômica do direito na maioria das cadeiras das áreas substantivas. Algumas faculdades têm um breve curso especial para todos

no caso do direito internacional, há quem defenda que direito e seu contexto social e econômico são indissociáveis¹¹³. Um exemplo bastante claro e que pode ser visivelmente constatado é o caso da urbanização e as regras que a ordenam. A influência da economia e das relações econômicas é tão forte que moldam não apenas o direito, mas também a própria configuração e organização das cidades. Elas passam a ser pensadas da perspectiva da facilitação e barateamento dos negócios formatando a cidade num modelo “*just-in-time*”, que fomenta a competição econômica. A grande necessidade que as cidades nessa mentalidade se propõem a atender é a da economia, tornando a cidade um ambiente de pensamento único, a mentalidade da economia¹¹⁴.

os alunos do primeiro ano com uma introdução ao direito e à economia; e muitas áreas substantivas do direito, como o direito das sociedades por ações, são agora ensinadas principalmente a partir de uma perspectiva da associação entre direito e economia” (COOTER; ULEN, 2010, p. 24).

¹¹³“Qualquer que sejam as divergências doutrinárias, o grande contributo das formas de raciocínio marxistas consiste na directa linha do objectivismo sociológico, em estabelecer que, como qualquer disciplina jurídica, o direito internacional é indissociável da estrutura econômica e social de que ele é o reflexo e na qual ele encontra o seu fundamento” (PELLET; QUOC; DAILLIER, 2003, p. 109).

¹¹⁴“As principais inquietações se exprimem através da incerteza quanto ao futuro, no que diz respeito tanto às condições como à qualidade da duração das cidades. O debate se inicia pela evocação dos futuros idealizados e desejáveis que se quer tornar realidade. E para inscrever estes projetos de futuro em uma trajetória de viabilidade, liga-se logicamente os fins que se deseja alcançar às realidades do presente. Procura-se assim discriminar tudo o que acredita-se hoje inviabilizar a duração desejável das cidades – a poluição, a congestão urbana, a violência. Uma tendência forte, neste debate, procura circunscrever a questão da durabilidade das cidades à simples necessidade de um ajuste ecológico dos fluxos urbanos. É visível o esforço de reduzir os grandes desafios urbanos às possibilidades da chamada ‘modernização ecológica das cidades’, processo pelo qual as instituições políticas procuram conciliar o crescimento urbano com a resolução dos problemas ambientais, dando ênfase à adaptação tecnológica, à celebração da economia de mercado, à crença na colaboração e no consenso. Uma tal abordagem é, em essência, compatível com o chamado ‘pensamento único urbano’ que exige das cidades que se ajustem aos propósitos tidos por inelutáveis da globalização financeira. A chamada ‘inserção competitiva’ é, neste ideário, evocada para pressioná-las a se transformarem em espaços autônomos em disputa inclusive pela via da afirmação de seus atributos ‘ambientais’ por investimentos nos mercados internacionalizados. A cidade do ‘pensamento único’ é, conseqüentemente, a cidade do ‘ambiente único’ – o ambiente dos negócios. Pretende-se, para estimular os investidores, configurar uma cidade econômica em seus múltiplos sentidos. Ela deve ser eficiente, sim, no uso dos recursos, mas deve ser também, por exemplo, econômica em conflitos sociais, o que requer dos planejadores urbanos não só competências para a organização do espaço urbano mas também para a pacificação social, para o tratamento da crise urbana na perspectiva da ordem, ou antes, de uma ordem”.

“A competição interurbana promovida pelos atores da globalização neoliberal inclusive pelo recurso à noção de ‘meio ambiente favorável aos negócios’ – é um importante instrumento de redução dos custos de deslocamento espacial dos capitais. Trata-se, para seus promotores, de instituir um urbanismo *just-in-time* que faça da cidade o espaço-tempo homogêneo necessário à circulação acelerada de mercadorias materiais e imateriais. Procura-se, para tanto, ecologizar a competição interurbana, assegurando-lhe as condições de continuidade espaço-temporal requisitada pela acumulação urbana. Pretende-se, por certo, promover a construção simbólica de uma cidade contínua, não fragmentada. Feita durável, porém, a competição interurbana, através da maior mobilidade espacial atribuída aos capitais, torna mais fracos os atores sociais dotados de menor mobilidade – trabalhadores e governos locais. Em nome da obtenção de possíveis ganhos futuros por via de competição, são justificadas as medidas que concorrem para aumentar a segregação socioespacial, a desigualdade ambiental e o enfraquecimento político da população residente nas áreas empobrecidas. Em contraposição às estratégias de modernização ecológica das cidades, a noção de ‘justiça ambiental urbana’ é aquela que permite que se oponha resistência às estratégias de desterritorialização dos capitais, exigindo-se, em lugar do império do ‘ambiente de negócios’, a busca da produção, distribuição e reprodução dos múltiplos atributos qualitativos de um ambiente urbano para todos” (ACSERALD, 2001, p. 21-22 e 24).

Finalmente, a quarta razão da força da economia é que sua saúde, intercorrências, vicissitudes e destino impactam profundamente na saúde, intercorrências, vicissitudes e destino da democracia e do Estado, como que, por espelhamento, uma sentisse e fosse afetada pelo que acontece com a outra. Dois exemplos mostram facilmente a força da economia sobre a democracia. O primeiro é a tentativa do presidente americano, Bill Clinton, na década de 1990, de reduzir os gases de efeito estufa vindos da queima de combustíveis fósseis por veículos. A tentativa soçobrou quando as grandes empresas ameaçaram não custear a campanha de reeleição do presidente (GOODWIN, 2014, p. 233). O segundo exemplo, a despeito de bem mais antigo é muito mais revelador. Fustel de Coulanges conta que a democracia ateniense foi a mais longeva e que menos incidentes e revólvas sofreu. Muitas democracias na antiguidade se degeneraram em anarquia, mas a ateniense não em vista de ser uma cidade muito mais próspera e economicamente estável que as demais¹¹⁵. Parece haver, portanto, uma certa correspondência entre a saúde econômica e a saúde democrática.

Esta relação é bastante clara quando se enfoca o período econômico do pós-guerra chamado de 30 gloriosos (PIKETTY, 2014), quando a economia crescia e a democracia se espalhava pelo mundo. Este período criou uma imagem positiva da relação entre economia e democracia no imaginário popular. O fato, porém, é que a democracia só se desenvolveu e floresceu porque a força da economia não lhe fez oposição, já que estava em franca expansão. Quando, porém, a economia sente os primeiros sintomas das crises a real interação entre democracia e capitalismo se revela, mostrando que essa relação é bem menos amistosa e tranquila do que fizeram crer os 30 gloriosos¹¹⁶.

¹¹⁵“Costuma-se acusar a democracia ateniense de ter dado à Grécia o exemplo desses excessos e dessas subversões. Atenas é, ao contrário, a única cidade grega conhecida por nós que não tenha visto em seus muros essa guerra atroz entre os ricos e os pobres. Aquele povo inteligente e prudente compreendera, desde o dia em que se iniciara a série das revoluções, que se caminhava para um ponto em que só o trabalho poderia salvar a sociedade. Ela, portanto, o havia encorajado e tornado honroso. Sólon prescrevera que todo homem que não tivesse um trabalho perdesse os direitos políticos. Péricles não quis que nenhum escravo participasse da construção dos grandes monumentos que ele erguia, e reservou todo esse trabalho aos homens livres. A propriedade, aliás, era tão dividida, que um recenseamento feito no fim do século quinto mostrou que havia na pequena Ática mais de 10 mil proprietários. Por isso Atenas, vivendo sob um regime econômico um pouco melhor do que a das outras cidades, foi menos violentamente atingida do que o resto da Grécia; as lutas entre ricos e pobres foram ali mais calmas e não acabaram nas mesmas balbúrdias” (FUSTEL DE COULANGES, 2009, p. 354-355).

¹¹⁶“O capitalismo democrático só se estabeleceu completamente após a Segunda Guerra Mundial e à época apenas nas porções ‘ocidentais’ do mundo, na América do Norte e na Europa Ocidental. Ali funcionou muito bem durante as duas décadas seguintes — tão bem, de fato, que esse período de crescimento econômico ininterrupto ainda domina nossas ideias e expectativas sobre o que o capitalismo moderno é ou poderia e deveria ser. Isso a despeito de, haja vista a turbulência que se seguiu, o quarto de século imediatamente posterior à guerra dever ser reconhecido como verdadeiramente excepcional. Na verdade, creio que não os *trente glorieuses* mas as várias crises que se seguiram representam a condição normal do capitalismo democrático — uma condição pautada por um conflito endêmico entre mercados capitalistas e políticas democráticas, que recrudescer com o término do alto crescimento econômico dos anos 1970” (STREECK, 2012, p. 36).

A interferência e influência da economia é igualmente forte sobre o Estado e seu papel. A crise de 2008 demonstrou isso em uma situação limite. Ela não se restringiu ao mundo econômico e financeiro, mas estendeu seus efeitos também para o Estado que adoeceu da mesma doença que a economia (o que será abordado em detalhes no item a seguir). O resultado é que a crise econômica, que provocou a crise do Estado nacional, levou a uma reavaliação e reconfiguração do papel, da força e das atribuições estatais¹¹⁷.

Estes quatro motivos resumem, sem a pretensão de exaurir o tema, porque a economia é tão influente sobre o direito, a política e o Estado. Sendo a economia o movimento dos negócios jurídicos, como acima se demonstrou, fica claro o poder da autonomia privada e de seu instrumento, os negócios jurídicos, sobre essas áreas centrais da vida social. Ademais, quando essa autonomia é deixada livre, e os negócios jurídicos deixam de ser funcionalizados segundo os valores apresentados na Constituição, o resultado é, inevitavelmente, a crise econômica, que acaba, em vista de sua influência e peso, afetando áreas que vão muito além do privado.

A suma do disposto até aqui, portanto, é que a economia é composta pelos negócios jurídicos, e que quando deixados sem a devida regulação levam à crise econômica. Estas crises são cíclicas como o demonstram os quatro Kondratieffs vistos acima (1837, 1873, 1929 e 2008). O que todas essas crises têm em comum, além de devastarem tudo em seu caminho, é que todas são resultado da falta de freios e limites, especialmente do setor financeiro. Mas, o que deve ficar marcado desse retrospecto dos ciclos econômicos é que as crises econômicas, além de colapsar empresas e economias, trazem consequências sociais, políticas e jurídicas que arrastam Estados e democracias para o caos. Em síntese, a crise da economia pressupõe, inexoravelmente, a crise do Estado e da democracia.

1.3 CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO

O que garante os direitos é o poder. O poder, segundo Norberto Bobbio, encontra seu fundamento na força e no consenso¹¹⁸. A força é prerrogativa e monopólio do Estado, o

¹¹⁷“Em curto período de tempo, o que começou com uma bolha especulativa do setor imobiliário norte-americano, mais precisamente com a concessão de crédito a quem não tinha rendimento suficiente para adquirir casa própria, converteu-se posteriormente numa crise de dívida soberana, iniciada na Islândia e seguida pela Lituânia e Hungria, e culminou não apenas numa crise econômica de alcance global mas, acirradas igualmente, numa crise do Estado, abrindo, com isso, caminho para discussões sobre a reconfiguração de seus papéis e atribuições” (FARIA, 2017, p. 33).

¹¹⁸“Limitamo-nos a dizer isto: força e consenso são os dois fundamentos do poder. Podemos muito bem propor a hipótese de um poder fundado somente na força e de um poder fundamentado só no consenso. Efetivamente, os jusnaturalistas, quando elaboraram a teoria contratualista do Estado, imaginavam um Estado fundado

consenso é possível graças à democracia. Portanto, a garantia dos direitos está no poder e no consenso representados pelo Estado e pela democracia (Estado democrático). Entretanto, como se viu acima, o Estado e a democracia são extremamente sensíveis à influência da economia, que, quando entra em crise (como é o caso do atual momento que se vive), leva ambos – Estado e democracia – junto consigo.

Isso acontece porque, objetivando a estabilização da economia (que quando em crise provoca problemas sociais de primeira ordem), a sociedade se torna permeável e disposta a fazer mudanças e passa a avaliá-las de forma diferente da qual faria se não estivesse enfrentando a crise. A visão e a avaliação são radicalmente modificadas por esse contexto e deixam de ser focadas e parametrizadas em valores, objetivos e compromissos de longo prazo (como os constitucionais) e passam a focar na perspectiva econômica mais imediata. Simplificando, a sociedade deixa a avaliação valorativa e privilegia a dos custos, com isso ela começa a calcular qual o peso do Estado e da democracia nos custos que impedem a superação da crise econômica. Quando tanto a democracia quanto o Estado passam a ser avaliados dessa perspectiva de custos, os valores e objetivos que eles representam perdem peso e influência na tomada de decisão, reduzindo tudo ao cálculo.

Se os direitos só podem ser protegidos e garantidos pelo poder, mas esse poder – como força e consenso –, representado pelo Estado Democrático, encontra-se em crise e incapaz de atuar no mundo concreto e nele interferir, então os direitos estão completamente desprotegidos em um contexto econômico, social, cultural e político a eles adversos em vista da crise.

O Estado e a democracia, portanto, entram em crise e são profundamente fragilizados quando a sociedade – imersa, sufocada e aturdida pela crise econômica – deixam de avaliá-los segundo os valores que materializam, o que representam e quais princípios efetivam, e focam exclusivamente no custo econômico.

exclusivamente no livre acordo dos cidadãos, e o contrapunham aos Estados despóticos, em que se assumia que o direito era a expressão da vontade do mais forte. Bastará ler as primeiras páginas de *O Contrato Social* de Rousseau para convencer-se da persistência dessa contraposição. Mas se prescindirmos dessa contraposição puramente teórica e olharmos sem preconceito a realidade histórica, perceberemos que força e consenso mesclam-se, e que não há Estado tão despótico que não se fie também no consenso (pelo menos, com a fidelidade dos seus acólitos, o déspota deve poder contar), nem Estado fundado no contrato que não tenha necessidade da força para manter os dissidentes contidos. Os Estados históricos distinguem-se entre eles pela maior ou menor medida de força e consenso. Quando se falou, como se fez até aqui, do aparato da coação nos Estados históricos, nos quais está sempre presente, junto à força, um mínimo de consenso. Ora, a presença de normas superiores não sancionadas nada faz além de refletir esta situação de consenso sem o qual nenhum Estado poderia sobreviver” (BOBBIO, 2016, p. 172-173).

1.3.1. Quanto Custa do Estado ?

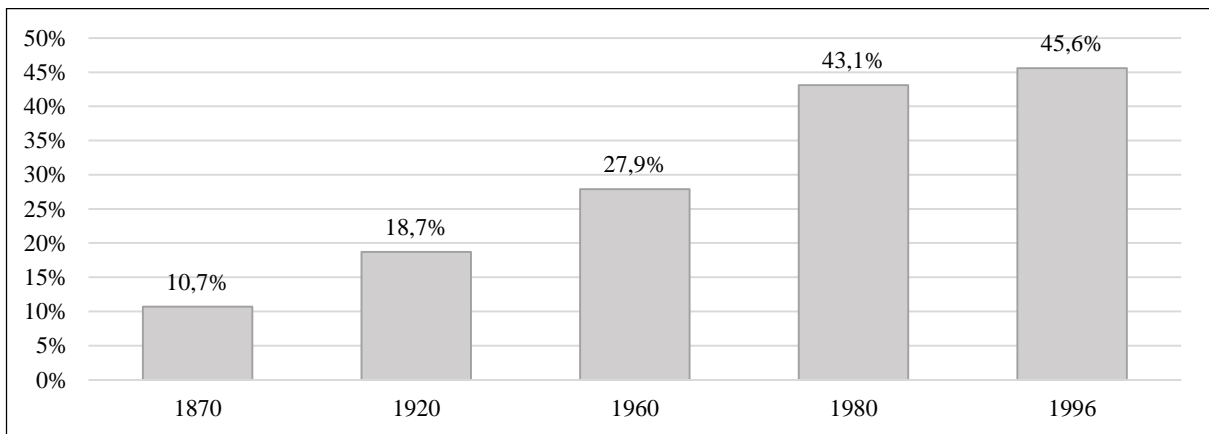
Não há dúvidas de que para que o Estado exista é necessário usar formas de financiamento. O Estado pressupõe uma estrutura, funcionários, tecnologias, equipamentos, etc., e tudo isso tem custos econômicos altos. O Estado, portanto, custa, e seu custo, em uma visão histórica, tem crescido exponencialmente nas últimas décadas. O Estado brasileiro, por exemplo, custava em 1870 o correspondente a 10,7% do PIB nacional, meio século depois, em 1920, houve um aumento de custos de 8%, o que significa que os gastos públicos representavam 18,7% do PIB; em 1960, ou seja, 40 anos mais tarde, o Estado gastava 27,9% do PIB, isto é, um aumento de 9,2%; já em 1980 os gastos estatais eram de 43,1% do PIB, um aumento de 15,2% em 20 anos, finalmente, em 1996, menos de 20 anos depois, o Estado gastava o equivalente a 45,6% do PIB (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 99) (vide gráfico 1.1).

Este aumento dos gastos acompanhou as mudanças de configuração do Estado. Se o Estado é um conjunto de atribuições e competências que a sociedade reserva ao ente público, então, o aumento dessas atribuições pressupõe o aumento do próprio Estado. Foi exatamente o que aconteceu ao longo da história do Estado moderno, que iniciou como uma monarquia absoluta com pouquíssimas atribuições, passando depois pelo Estado liberal até chegar no Estado social e democrático. Este aumento de atribuições e competências, que levam ao aumento de gastos, corresponde obrigatoriamente ao aumento de receitas para financiar esses gastos, ou seja, implica o aumento de tributos (maior fonte de receitas estatais). A principal competência dos Estados absolutistas era a guerra e a segurança, o que fazia com que a carga tributária fosse muito pequena e, em algumas situações, apenas episódica. Já o Estado liberal assume mais competências, embora poucas, o que leva ao aumento dos impostos que, no auge do liberalismo, representavam 10% do PIB. Foi, porém, no Estado social que os tributos aumentaram drasticamente, pois o Estado assume três competências de vital importância nesse regime: a) defesa dos direitos e liberdades, b) estabilização da economia e promoção do crescimento e c) serviços de seguridade social¹¹⁹. A progressão do crescimento dos gastos

¹¹⁹“Assim, em nossa primeira forma histórica de Estado – o Estado absoluto –, um sistema de tributação acabava de ser precariamente instalado. Obviamente, seu único objetivo legítimo era financiar guerras. Somente quando o aparelho do Estado se desenvolveu e começou a oferecer outros serviços, particularmente serviços de segurança, é que seu financiamento regular se tornou uma outra base de racional de tributação. Com o Estado liberal, cujos fundamentos teóricos e ideológicos foram estabelecidos por Smith, a legitimidade da taxação foi reforçada, mas os serviços que o Estado tinha capacidade de fornecer eram limitados, e a carga tributária era correspondentemente pequena. Na maioria dos países avançados, não chegava a 10% do PIB. Foi apenas no Século XX, com o surgimento do Estado democrático, que a carga tributária e os gastos do Estado aumentaram drasticamente: primeiro, em razão dos crescentes custos de segurança envolvidos na proteção das liberdades e dos direitos de propriedade; segundo, porque o Estado começou a desempenhar um papel importante na estabilização da economia e na produção do crescimento econômico; e terceiro, porque a transição gradual do Estado liberal para o Estado

públicos do Estado brasileiro apresentada no gráfico 1.1 é um exemplo disso. Em 1970, quando o Estado representava pouco mais de 10% do PIB, vivia-se os momentos finais da monarquia. Com a proclamação da república e a assunção de um modelo de Estado liberal, os gastos públicos sobem, inicialmente, para 18,7% em 1920, e chegam a 27,9% em 1960. Por fim, quando o país adota um regime desenvolvimentista e centralizador e, posteriormente, socialdemocrata, os gastos públicos encontram seu ápice de 43,1% e 45,6% em 1980 e 1996, respectivamente.

Gráfico 1.1
Crescimento dos gastos públicos do Brasil (1870 a 1996)



Fonte: adaptação dos dados apresentados por Luiz Carlos Bresser-Pereira (2009).

Esse aumento nos gastos públicos e que leva ao aumento dos tributos corrobora a ideia apresentada pelos juristas e economistas da Escola da Análise Econômica do Direito (AED) de que toda atuação estatal e do direito (legislações, decisões e atos) geram custos¹²⁰. Estes mesmos pensadores indicam que a lógica distributiva do Estado e do direito é baseada em valores diferentes dos da economia, que busca a eficiência econômica. Isso, inclusive, que causa a tensão ou confronto entre a economia e o direito e o Estado, principalmente, quando a

socialdemocrático envolveu novos e enormes custos sociais e de seguridade” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 182-183).

¹²⁰ “Además, plantear el problema de los costes de transacción transforma la visión del discurso jurídico convencional en tanto que subraya la existencia de costes en la actuación de la maquinaria jurídica, es decir, supone introducir en el universo del pensamiento jurídico el problema del coste del derecho, el coste de la consecución de los objetivos que persiguen las normas jurídicas. El concepto de costes de transacción es una herramienta útil para profundizar en el problema de las regulaciones jurídicas ineficientes y de las consecuencias económicas que ha tenido la complejización y tecnificación de las instituciones jurídicas en un mundo hiperlegalizado como el nuestro. La política jurídica adecuada, en el esquema de Coase, parece ser una política jurídica que diseñe instituciones que reduzcan al máximo los costes de transacción, instituciones simples y flexibles que hagan viables negociaciones eficientes. Un derecho preventivo, en definitiva, frente el derecho represivo o restaurador de situaciones subjetivas. Un derecho que instituya las condiciones para que las decisiones sean tomadas, frente a un derecho que decide mediando como árbitro de conflictos” (PACHECO, 1994, p. 146).

economia entra em crise¹²¹. É por essa razão que em períodos de crise econômica se especula sobre o custo do Estado.

É assim que, para compreender a atual crise do Estado nacional (decorrência, como se viu acima, da crise cíclica da economia) é preciso lidar com os conceitos de Estado-nação e de soberania¹²². Estes dois conceitos são chave para o entendimento da crise que leva à extinção dos direitos, pois são os dois elementos fundantes do Estado como guardião dos direitos e são, igualmente, os dois elementos mais afetados pelas mudanças decorrentes do final de ciclo econômico.

O Estado nacional, como entendido hoje, é fruto de uma longa construção histórica que tem seu início já no século XIII e designava a ideia de um ordenamento político. Foi, porém, apenas após o Tratado de Westfália em 1648, que o Estado ganha contornos muito próximos dos atuais para significar um ente soberano dentro de fronteiras definidas territorialmente e, só no século XIX, com uma organização burocrática e jurídica consolidada¹²³. Para efeitos deste estudo, porém, propõe-se transcender a tradicional ideia de Estado a partir de uma visão dos três elementos clássicos – povo, território e governo – para considerá-lo a partir da ideia de um ente que: a) centraliza a competência decisória, b) é soberano (interna e externamente) e c) é produtor exclusivo do direito.

O primeiro aspecto, o Estado como centro de decisão – ou, mais especificamente, como última instância decisória –, é o resultado da concentração e do monopólio tanto da decisão quanto do estabelecimento do que se entende como interesse coletivo e das metas a

¹²¹ “En definitiva, y para no extendernos más en un tema que desborda ampliamente al objetivo de este trabajo, podríamos decir que el modelo del *Welfare State* ha constituido un diferente método de asignación y distribución de recursos de la sociedad que ha variado en gran parte el sistema general de satisfacción de necesidades establecido en el Estado liberal. En efecto, el cambio en la función del Estado (de la garantía del orden económico e la intervención) y la conflictualidad social (la emergencia de intereses nuevos, fragmentados y en permanente conflicto) han cambiado los criterios y los sistemas de asignación y distribución de recursos. Frente a la delegación a la negociación privada en el mercado del conflicto distributivo, el Estado del Bienestar se arrogó el objetivo de destinar, sobre la base de una decisión pública o una negociación política, los recursos de la sociedad según lógicas distintas a la lógica de la productividad y del mercado” (PACHECO, 1994, p. 161).

¹²² “A identificação da natureza das instituições de direito surgidas com a globalização econômica, o mapeamento das práticas normativas emergentes com esse fenômeno e o exame dos inúmeros e complexos desafios teóricos, problemas analíticos e questões metodológicas por elas hoje impostas ao pensamento jurídico passam, obrigatoriamente, como se vê, pela importante questão da efetividade do próprio princípio da soberania do Estado-nação, enquanto condição epistemológica necessária (ainda que não suficiente) da teoria jurídica moderna. Nação, Estado e soberania, como é sabido, são conceitos conectados ou relacionados com processos econômicos, sociais, políticos e culturais que se implicam e se complementam” (FARIA, 2004, p. 16).

¹²³ “Oriundo de *stato*, particípio do verbo *stare*, e designando ‘organização estável’, o conceito de Estado indica e descreve um padrão específico de ordenamento político que começou a adquirir corpo a partir do século XIII. [...] Teve suas feições delineadas após o Tratado de Westfália, de 1648, que restabeleceu a paz na Europa, consagrando o modelo da soberania externa absoluta, e abriu caminho para uma ordem internacional protagonizada por nações com poder supremo dentro de fronteiras territoriais estabelecidas; e, por fim, acabou ganhando seus contornos institucionais, jurídicos e burocráticos mais precisos no decorrer do século XIX” (FARIA, 2004, p. 17).

serem buscadas pela sociedade. Ele atua como o concentrador da deliberação e da decisão quanto à alocação de recursos e reconhecimento de direitos no atendimento das necessidades coletivas. O Estado se torna, assim, o espaço onde as decisões são tomadas sempre com vistas a concretizar um fim social ou coletivo¹²⁴.

Esta unificação ou concentração do poder decisório no Estado só foi possível graças à separação ou delimitação entre a esfera do público e a esfera do particular – a dicotomia público e privado. Ao indivíduo é reconhecida autonomia e liberdade para guiar sua vida e tomar decisões dentro da esfera privada, na qual atua a autonomia privada. Já na esfera pública cabe ao Estado decidir, pois a ele compete o atendimento de metas universais, baseando, assim, a justificativa de sua existência e de sua autoridade na esfera pública em conceitos como o “interesse público”, o “bem comum” ou a “satisfação coletiva” que ele (Estado) representa. A ideia de esfera pública, portanto, funciona como uma reserva de poder ao Estado para que atue sem a limitação ou interferência de interesses privados que a ele não se podem contrapor¹²⁵.

Eric Hobsbawm – evocando as condições e características do Estado nacional quando de sua formação – faz uma síntese do que foi acima apresentado, ressaltando que sua marca está na concentração e monopólio do poder e da coerção, o que lhe permite exercer forte influência sobre as condutas daqueles sob seu poder, impactando na conduta e decisões dos

¹²⁴“É que nos ocupamos do Estado enquanto detentor do monopólio do poder decisório, este entendido como a capacidade de ser o definidor e o implementador do que venha constituir, num dado contexto histórico e para dada coletividade, as metas pretensamente comuns a serem perseguidas, efetivadas ou simplesmente preservadas pela sociedade como um todo”.

“O Estado Moderno apresenta como traço característico a concentração do poder de coordenar e conduzir a sociedade, que se traduz num poder dentro de uma perspectiva governativa”.

“Interessa-nos enfocar o Estado como núcleo que reúne a capacidade concentrada de deliberar, politicamente, sobre a alocação de bens, direitos, oportunidades e recursos amealhados junto à coletividade social com vistas, potencialmente, a atender às necessidades dispersas por essa coletividade (‘bens públicos’ ou ‘utilidades públicas’), na acepção mais ampla que se possa dar ao termo”.

“Neste sentido, emerge com preponderância a noção de Estado enquanto um espaço onde se adotam decisões voltadas a controlar, coordenar, dirigir ou incentivar a sociedade. Ou seja, o espaço onde se desenvolveria o poder decisório no processo de controle político e de efetivação dos fins coletivos de uma dada sociedade” (MARQUES NETO, 2002, p. 26-29).

¹²⁵“Por outro lado, isto foi possível com a *delimitação das esferas do público* (espaço em que se decide o conteúdo das determinações de governo – v.g., de direção da sociedade) *e do privado* (nas quais residem os interesses e onde estão os agentes a um só tempo destinatários e beneficiários da governação)”.

“Para se afirmar como eixo do poder político, centro do poder decisório, o Estado Moderno dependia da demonstração de que a razão de sua existência era a voltada ao atingimento de metas universalizantes (de toda a sociedade). A única forma de fazê-lo seria recorrendo a cláusulas abertas, a categorias totalizantes: o bem comum, a satisfação coletiva, o interesse público”.

“A dicotomia entre público e privado está presente em outros campos da vida humana. Na seara que aqui nos importa – a político-institucional – ela implica uma reserva de poder ao soberano (poder autolimitado mas efetivo, pois dentro destes limites os interesses dos particulares lhe são inoponíveis) e uma reserva de liberdade aos indivíduos (que podem exercer tal liberdade e iniciativa no campo de domínio privado – v.g., o mercado)” (MARQUES NETO, 2002, p. 30, 32 e 43).

cidadãos e tendo a capacidade de mobilizar os habitantes de seu território para concretizar seus objetivos e funções¹²⁶.

O segundo aspecto, o Estado como ente soberano, é uma das características mais importantes na concepção do Estado moderno. Não por outro motivo, Thomas Hobbes considera a soberania como a “alma” do Estado, isto é, o que lhe confere vida, assim como a alma dá vida ao corpo de uma pessoa, a perda da soberania do Estado tem o mesmo efeito que uma pessoa perder sua alma: a morte¹²⁷. Em termos políticos, a soberania é a capacidade do Estado de se autodeterminar e de expressar sua vontade, seja interna ou externamente (ARAÚJO JUNIOR, 2004, p. 7). Porém, de um ponto de vista exclusivamente jurídico, esta capacidade de autodeterminação compreende a prerrogativa do Estado ser aquele que determina o direito e decide sobre a validade ou não de todos os ordenamentos jurídicos internos¹²⁸.

A soberania no Estado moderno envolve a identificação de um – e único – vértice em uma hierarquia, é dizer, significa apontar quem ou o que está no topo da pirâmide. Aquele que ocupa esta posição é o soberano e exerce a soberania¹²⁹. É por isso que a formação do Estado moderno compreendeu a eliminação e superação de todos e quaisquer poderes que poderiam ocupar este vértice hierárquico, seja a Igreja medieval, sejam os senhores feudais ou mesmo o

¹²⁶ “Não obstante, existe uma tendência geral que se observa provavelmente em quase todo o planeta. Trata-se da mudança da posição do próprio Estado territorial independente, que, no transcurso do século XX, tornou-se a unidade política e institucional básica na qual viviam os seres humanos. Em seu berço original, na região do Atlântico Norte, ele se baseava em várias inovações que se implantaram a partir da Revolução Francesa. Tinha o monopólio do poder e dos meios de coerção – armas, homens armados e prisões – e exercia controle crescente, por meio de uma autoridade central e de seus agentes, sobre o que acontecia no território do país com base em uma capacidade cada vez maior de reunir informações. O âmbito de suas atividades e seu impacto sobre a vida diária dos cidadãos cresceu, assim como sua capacidade de mobilizar os habitantes em função da lealdade destes ao Estado e à nação. Essa fase do desenvolvimento do Estado alcançou o auge cerca de quarenta anos atrás” (HOBBSAWM, 2007, p. 40-41).

¹²⁷ “Na realidade, graças à arte criamos esse grande Leviatã a que Chamamos República ou Estado (em latim, *Civitas*), que nada mais é que um homem artificial, bem mais alto e robusto que o natural, e que foi instituído para sua proteção e defesa; nele, a soberania é uma alma artificial que dá vida e movimento a todo o corpo; os magistrados e outros oficiais de justiça e execução são ligamentos artificiais; a recompensa e o castigo (mediante os quais cada ligamento e cada membro vinculado à sede da soberania é induzido a executar seu dever) são os nervos, que fazem o mesmo no corpo natural; a riqueza e a abundância de todos os membros particulares constituem sua potência; a *salus populi* (a segurança do povo) é seu objetivo; os conselheiros, que informam sobre tudo o que é preciso conhecer, são a memória; a equidade e as leis, uma razão e uma vontade artificiais; a concórdia é a saúde; a sedição, a enfermidade; a guerra civil, a morte. Por fim, os pactos e os convênios, mediante os quais as partes desse corpo político se criam, combinam e se unem entre si, assemelham-se àquele *Fiat* ou ‘Façamos o homem’ pronunciado por Deus quando da Criação” (HOBBS, 2014, p. 21-22).

¹²⁸ “De uma perspectiva jurídica, [a soberania] corresponde ao poder originário e exclusivo do Estado, enquanto pessoa moral, ‘de declarar e assegurar por meios próprios a positividade de seu direito e de resolver, em última instância, sobre a validade de todos os ordenamentos internos’” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 235).

¹²⁹ “O fato é que esses problemas encontraram equacionamentos sempre hierarquizados e verticais. Identificar o soberano foi sinônimo, até recentemente, de desvelamento de um vértice. Quem está no topo? O soberano! Seja ele um poder ou uma norma. A soberania no mundo moderno, como conceito teórico e como prática político-jurídica, esteve sempre bipolarizada: inferior/superior, alto/baixo, governo/oposição, povo/autoridade” (FERRAJOLI, 2002, p. VII).

Império¹³⁰, porquanto, para que a soberania exista, não se admite pluralidade de vozes, a soberania não pode ser repartida ou dividida, é por isso que a soberania e a formação do Estado moderno são concomitantes à unificação do poder¹³¹.

O terceiro aspecto, finalmente, é o Estado como o produtor ou fonte oficial do direito. Esta característica é fruto ou resultado das duas características anteriores (Estado como centro decisório e ente soberano). Esta ligação entre direito e Estado é bastante antiga e está bem marcada no pensamento de Marco Túlio Cícero (2005, p. 126), para quem o Estado é “(...) a sociedade de homens formados sob o império do direito”.

O fato é que a formação do Estado moderno pressupôs a unificação, como se disse acima. Se antes do Estado moderno a sociedade estava sob a ordenação jurídica de vários polos de regulação e de poder (Igreja, feudos, corporações de ofício, etc.), muitas vezes determinados pelo nascimento, pelos títulos nobiliários, pela profissão ou ofício ou pela religião, com o Estado moderno o direito (entendido como regra de ordenação pública universal) passa a ser produzido exclusivamente pelo Estado. Atualmente, mais de três séculos depois do nascimento do Estado como hoje concebido, é quase automático vincular Estado e direito, como se fossem

¹³⁰“Esse conceito de soberania é forjado, assim, na dinâmica de um longo processo de eliminação dos particularismos das ordens locais, de elisão dos ‘corpos’ sociais com jurisdição autônomas, de unificação e concentração de poder, de afirmação do primado da lei estatal sobre os costumes, os cânones da Igreja e as convenções corporativas; de centralização administrativa e tributária, de separação entre a coisa pública e os negócios privados, de consolidação de amplas organizações burocráticas estruturadas com base na hierarquia, no profissionalismo, na impessoalidade e nos regulamentos, de distinção entre a estrutura social e o exercício das funções judiciais e de institucionalização tanto de exércitos permanentes quanto de forças policiais profissionais; processo esse que, pondo fim à natureza fragmentária ou policêntrica da ordenação política medieval, baseada num sistema de leis pessoais, nos privilégios, nas riquezas, nas relações de vassalagem e na autonomia das corporações de ofício, das suseranias, dos baronatos e da Igreja, com o tempo abriu caminho para a progressiva institucionalização de um modelo contratual de organização societária fundado no direito territorial, no princípio da legalidade, nas obrigações gerais *erga omnes*, na garantia à integridade física, nas liberdades de iniciativa e manifestações do pensamento, na igualdade formal, na certeza jurídica, no pluralismo político, na regra de maioria e, por fim, no reconhecimento dos direitos das minorias” (FARIA, 2004, p. 19).

¹³¹“Primeiramente, a necessidade de unificação do poder enquanto pressuposto do seu exercício. Falamos do poder não genericamente tomado, mas do poder com pendões governativos. E tal concentração – requisito de viabilidade daquelas relações de dar e obedecer de que fala Poggi – remete-nos à questão da soberania” (MARQUES NETO, 2002, p. 30).

uma e a mesma coisa¹³². É dessa perspectiva, inclusive, que surge o positivismo jurídico que traz implicações também para a própria ciência do direito¹³³.

Embora apresentadas de forma bastante resumida, estas três perspectivas do Estado – centro decisório, soberano e fonte do direito – representam sua essência quando de sua formação histórica. Em sua origem, portanto, estes três elementos ou características é que definiam o Estado e permitiam seu regular funcionamento, ou seja, a própria lógica operacional dos Estados modernos demanda a existência, manutenção e equilíbrio desses três elementos. A atual crise do Estado-nação, que se identificou mais acima e que é decorrência da crise econômica cíclica, compreende o enfraquecimento profundo desses três aspectos definidos do Estado. A crise econômica e suas transformações interferem no Estado e o faz entrar em crise exatamente porque passa a minar este tripé de sustentação impedindo a regular e funcional atuação estatal.

Essa crise do Estado-nação, a despeito de não possuir um marco inicial consensual entre os intelectuais (que divergem quanto esta ter iniciado na década de 1970, 1980 ou 1990), está evidentemente dentro do que mais acima (item 1.2) se identificou como a fase depressiva do quarto ciclo longo. O fato de haver certa divergência é fruto muito mais da sensibilidade ou

¹³²“A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresenta como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado”.

“A esta passagem no modo de formação do direito corresponde uma mudança no modo de conceber as categorias do próprio direito. Estamos atualmente tão habituados a considerar Direito e Estado como a mesma coisa que temos certa dificuldade em conceber o direito posto não pelo Estado mas pela sociedade civil. E, contudo, originalmente e por um longo tempo o direito não era posto pelo Estado: basta pensar nas normas consuetudinárias e em seu modo de formação, devido a um tipo de consenso manifestado pelo povo através de um certo comportamento constante e uniforme acompanhado da assim chamada ‘opinio juris ac necessitatis’” (BOBBIO, 2006, p. 27).

¹³³“Com a formação do Estado Moderno, ocorreu a eliminação ou absorção dos ordenamentos jurídicos superiores e inferiores pela sociedade nacional, por meio de um processo que se poderia chamar de monopolização da produção jurídica, gerando a eliminação de todo centro de produção jurídica que não fosse o próprio Estado. Ao promover esta centralização, aparece a legalidade como um princípio capaz de dar aos sistemas jurídicos dos Estados modernos uma determinada base que, sem ferir as exigências materiais, fosse capaz de lhes dar certos parâmetros. A legalidade, num mundo em que a crença em princípios abstratos se desgastava, tornou-se a pedra angular que dava ao direito e ao Estado aquele mínimo de segurança e de certeza. Aproveitando-se destas características, surge no pensamento jurídico um modelo – Positivismo jurídico? Escola da Exegese – para caracterizar cientificamente o direito. Como somente o Estado poderia produzir o direito, este pensamento adota a autodelimitação da ciência do direito (pensamento jurídico) ao estudo da lei positiva. Dessa maneira, a teoria positivista centra-se no desenvolvimento de uma ciência formal fundada na redução dos comportamentos sociais, que são apreendidos tão somente nos limites já estabelecidos por uma estrutura normativa previamente estabelecida, eliminando sistematicamente tudo aquilo que, de um modo ou de outro, não se refira a sua positividade, para formar o discurso de uma ciência jurídica pura, despolitizada, eticamente indiferente e isenta de qualquer risco de contaminação ideológica” (ALMEIDA, 2009, p. 47).

do grau da crise do Estado do que quanto a sua existência. A crise é contemporânea da crise econômica, portanto, inicia ou dá seus primeiros indícios já na década de 1970. Ela, porém, progride ao longo da década seguinte para se agudizar na década de 1990¹³⁴. Independentemente disso, contudo, ninguém nega que haja uma séria e profunda crise do Estado-nação.

O colapso do Estado moderno, resumidamente, compreende a fraqueza estatal no cumprimento de suas funções e competências. Ele já não consegue mais impor sua vontade ou ter suas determinações respeitadas interna e externamente. Ele também não mobiliza mais seus cidadãos em torno de suas perspectivas ou planos, que são diuturnamente questionados. A perda da força estatal está diretamente relacionada com o abalo em seu tripé de sustentação. O Estado já não é mais visto ou respeitado como centro decisório, sua soberania é constantemente questionada e afrontada e seu papel de fonte do direito igualmente vem erodindo¹³⁵. Frente a isso o Estado entra em crise, ou seja, segundo o conceito de crise apresentado no início deste capítulo, ele passa a funcionar de maneira disfuncional provocando distorções e problemas que levam à desagregação da sociedade.

Se a crise do Estado-nação corresponde ao enfraquecimento dos seus três pilares de sustentação (soberania, centro decisório e fonte normativa) é necessário apontar quais são as causas dessa crise, ou seja, que fatos interferem e enfraquecem esses três pilares a ponto de

¹³⁴“O terceiro desenvolvimento é a crise dos chamados Estados nacionais soberanos, que haviam se tornado, na segunda metade do século XX, uma forma de governo quase universal para a população mundial, e que tiveram reduzida a sua capacidade de desempenhar as funções básicas relativas à manutenção do controle sobre o que acontece nos seus territórios. O mundo entrou na era dos Estados incapazes e, em muitos casos, a era dos Estados falidos ou fracassados. Essa crise também se tornou aguda a partir de 1970, aproximadamente, quando mesmo Estados fortes e estáveis, como o Reino Unido, a Espanha e a França, tiveram de aprender a viver durante décadas, em seus próprios territórios, com grupos armados, como o IRA, o ETA e os separatistas corsos, sem ter o poder de eliminá-lo. O banco de dados da Universidade de Uppsala registrou incidentes de guerra civil armada no período de 2001 a 2004 em 31 Estados soberanos” (HOBSBAWM, 2007, p. 56-57).

“Sucedo que o novo papel do Estado passou a ser vigorosamente questionado desde os anos oitenta do século passado, na afirmação dos discursos da desregulação e do neoliberalismo” (GRAU, 2005, p. 46).

“O Estado de Bem-Estar Social começa a entrar em crise na década de 1970. As crises do petróleo, a instabilidade econômica e os problemas estruturais criaram condições para a insolvência fiscal do modelo de financiamento dos direitos sociais. Na sequência, com o colapso do socialismo real e a integração dos mercados promovida pela globalização, muitos pressupostos que ainda mantinham as políticas do Estado de Bem-Estar perderam sustentação” (CENCI; HAMEL, 2016, p. 177).

¹³⁵“Assim, o Estado territorial soberano, que é o elemento essencial da política, democrática ou qualquer outra, está hoje mais fraco do que nos períodos anteriores. O alcance e a efetividade das suas atividades são menores do que nos períodos anteriores. Seu controle sobre a obediência passiva e sobre os serviços ativos dos seus súditos ou cidadãos é declinante. Os dois séculos e meio de crescimento ininterrupto do poder, do alcance, das ambições e da capacidade de mobilizar os habitantes dos Estados territoriais modernos, qualquer que seja a natureza ou a ideologia dos seus regimes, parecem ter chegado ao fim. A integridade territorial dos Estados modernos (o que os franceses chamam de ‘República una e indivisível’) já não é tida como inquestionável. Dentro de trinta anos haverá uma Espanha, ou uma Itália, ou uma Grã-Bretanha una e indivisível, como fulcro primordial da lealdade dos seus cidadãos? Pela primeira vez em um século e meio, essa pergunta pode ser realisticamente formulada. E todas essas coisas não podem deixar de afetar as perspectivas da democracia” (HOBSBAWM, 2007, p. 106).

impedir que o Estado moderno continue a funcionar e a existir segundo os padrões pelos quais foi formado. Sobre essas causas, embora não seja unívoco o diagnóstico, todos convergem harmonicamente para formar um quadro claro. Luigi Ferrajoli, por exemplo, apresenta três causas da crise: a emergência de um poder econômico global sem limites ou vínculos políticos muito superior ao poder estatal¹³⁶, a globalização e o pluralismo jurídico¹³⁷. Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, somando sua voz a de Ferrajoli, culpa a globalização e a fragmentação social pela crise¹³⁸. Enrique Ricardo Lewandowski aponta a força das decisões econômicas sobre as decisões estatais como principal fator da crise¹³⁹. Por fim, Luiz Carlos Bresser Pereira aponta quatro razões: a globalização, a onda liberalizante, a crise fiscal e a exigência da sociedade por maior eficiência e qualidade¹⁴⁰. Aglutinando todas estas perspectivas, que ao contrário de serem excludentes ou contraditórias, são complementares, é possível dizer que as causas da crise do Estado-nação são, basicamente, quatro: a) globalização, b) pluralidade da ordenação jurídica, c) prevalência da lógica operativa econômica sobre a política e d) crise fiscal.

¹³⁶ “Así pues, será útil proceder, en la primera parte de este capítulo, a un breve inventario de estos efectos de la crisis del derecho, resultado del desarrollo de poderes globales salvajes. A tal fin distinguiré dos órdenes de problemas, equivalentes a otros tantos peligros o flagelos planetarios que amenazan el futuro de la humanidad, ambos consecuencia de la falta de límites y vínculos a los poderes políticos y económicos” (FERRAJOLI, 2013, p. 484-485).

¹³⁷ “O que é ‘soberania’ hoje? Não existe mais, entre os juristas, quem aposte cegamente nas respostas clássicas. Com a globalização econômica, o sistema social teria perdido o centro e o vértice. A fragmentação dos interesses, a pluralização dos âmbitos sociais, o pluralismo das fontes do direito e a multiplicidade de formas de autoridade, para vários juristas, teriam estilhaçado qualquer pretendente ao topo. Por isso, não são muitos os que se arriscam a responder à questão inicial” (FERRAJOLI, 2002, p. VIII).

¹³⁸ “Concordamos com Lechner, entendemos que são eles [fatores da crise do Estado] (a) a globalização econômica, que assume papel relevante nos anos 90, e (b) o processo de complexização e fragmentação social, impulsionado a partir dos anos 70” (MARQUES NETO, 2002, p. 103-104).

¹³⁹ “Em tal contexto, muitos entrevêm o fim ou a relativização da soberania e, até mesmo, o desaparecimento do Estado, não obstante sua crescente presença no cotidiano dos cidadãos, visto que ele se mostra cada vez mais incapaz de, por si só, agir eficazmente em setores básicos como a manutenção da paz, o combate à violência, a preservação da natureza, a regulação do mercado e a prestação de serviços essenciais, sobretudo porque não consegue controlar os efeitos domésticos das variáveis econômicas geradas externamente” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 1).

¹⁴⁰ “Nessa última década, porém, três processos históricos diferentes, embora relacionados – a onda ideológica neoliberal, a crise fiscal do Estado e a globalização –, ganharam impulso e levaram o Estado socialdemocrático a uma crise, abrindo caminho para transição para o Estado social-liberal”.

“A reforma da gestão pública surgiu quando a globalização e a crise do Estado desafiaram a legitimidade das burocracias estatais e da administração pública burocrática. De acordo com Aucoin (1995:2), governos de todas as democracias ocidentais foram levados a promover a reforma por três motivos principais: primeiro, a necessidade de ‘conter as despesas do setor público’ – o que chamo de ‘crise fiscal’; segundo, o ‘declínio generalizado da confiança pública na efetividade das políticas públicas e na qualidade dos serviços públicos’; terceiro, ‘na nova ordem econômica internacional, o impacto do que os governos faziam e não faziam, em uma ampla faixa de áreas de políticas públicas, não era mais considerado um mero assunto interno ou doméstico, com pouco ou nenhum efeito sobre a competitividade global das economias nacionais’ (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 99 e 211).

a) Globalização econômica

O primeiro fator da crise do Estado – a globalização –, segundo a ampla maioria dos estudiosos do tema, não é um fenômeno recente. A globalização como tal já existe desde quando a raça humana, ainda na pré-história, migrou para vários pontos do globo em busca de alimento, segurança e clima mais favorável. O fenômeno, porém, ganhou uma nova abordagem na Antiguidade com os grandes impérios mundiais que integraram territórios, pessoas, economias e religiões (como exemplos há os impérios babilônico, persa e romano). Já na Idade Média, a globalização é representada pelas guerras religiosas travadas, especialmente entre cristãos e muçulmanos, em que o Cristianismo buscava a hegemonia e uma presença global. Por fim, a era moderna não foi diferente tendo as grandes navegações como sua principal testemunha. Como se vê, a globalização não é um fenômeno novo, muito menos episódico na história humana, ela é constante e muito antiga¹⁴¹.

Ora, se a globalização é um fenômeno tão antigo, mais antigo que o próprio Estado moderno, porque ela o coloca em crise? O que há de novo na globalização ou em sua atual fase ou estágio? A novidade está em suas potencialidades e força. Com a evolução da tecnologia (evidente o suficiente para prescindir de uma recapitulação aqui) todas as coisas têm suas potencialidades e força ampliadas¹⁴². Um especial destaque se dá para a economia e o mercado, que se tornam muito mais poderosos, a ponto de a economia global se separar e ganhar autonomia frente a regulação e gestão política dos Estados nacionais¹⁴³. Ou seja, o que há de novo na globalização da atualidade é um duplo movimento que, por um lado impõe aos Estados (a unidade básica de vida social das pessoas desde alguns séculos) limitações na sua atuação e, por outro, amplia grandemente as potencialidades da economia (aqui entendida como o mercado constituído pelas empresas transnacionais e o sistema financeiro mundial) que passa não apenas a escapar do controle estatal, mas começa a substituir o Estado em muitas de suas tarefas¹⁴⁴.

¹⁴¹ Sobre a globalização e suas diversas formas de expressão ao longo da história vide os relatos de José Eduardo Faria (2004, p. 60), Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (2002, p. 104) e Enrique Ricardo Lewandowski (2004, p. 5 e 50).

¹⁴²“Vários fatores concorrem para isso [mudanças no processo de globalização]. O primeiro, e talvez principal deles, é a evolução tecnológica. Tais avanços tecnológicos trazem, por sua vez, mudanças grandes no âmbito financeiro e econômico” (MARQUES NETO, 2002, p. 105).

¹⁴³“Mas há algo novo na globalização, além do aprofundamento da interdependência que vincula os diferentes países: é a ‘separação entre o espaço globalizado da gestão econômica do capitalismo e os espaços nacionais de sua gestão política e social’” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 254).

¹⁴⁴“O que parece ser realmente novo é sua aplicação a um inédito processo de superação das restrições de espaço pela minimização das limitações de tempo, graças ao vertiginoso aumento da capacidade de tratamento instantâneo de um gigantesco volume de informações; a um fenômeno complexo e intenso de interações transnacionais, onde

Importante notar, ainda, que o conceito ou ideia do que seja globalização não é unívoco, pois a globalização possui diversos significados, de forma que sua conceituação pode variar segundo o enfoque ou o aspecto da vida em que ela interfere¹⁴⁵. De maneira geral ela é um fenômeno de caráter político, econômico e cultural¹⁴⁶. Para Eric Hobsbawm (2007, p. 10), porém, a globalização, em termos bastante amplos, é “o mundo visto como um conjunto único de atividades interconectadas que não são estorvadas pelas fronteiras locais”.

Sob um enfoque político, o termo “globalização” surge no contexto da queda do muro de Berlim, e é utilizado pelas potências capitalistas vencedoras da guerra fria para transplantar a todos os países sua forma produtiva¹⁴⁷. Na atualidade, contudo, politicamente a globalização significa uma inadequação cada vez maior da política (eminentemente nacional) para lidar com os problemas e desafios atuais (eminentemente globais). A política e o direito não conseguem se adaptar e perseguir as mudanças cada vez mais rápidas e profundas na economia, na cultura e na sociedade¹⁴⁸.

a empresa privada progressivamente substituiu o Estado como ator principal, criando algo qualitativamente diferenciado de quase tudo o que se teve até agora em matéria de ordenação sócio-econômica e de regulação político-jurídica; à avassaladora dimensão alcançada pelos movimentos transnacionais de capital, especialmente o financeiro; e à formação de uma hierarquia dinâmica de acesso e trocas desiguais entre os fatores de produção, com amplitude mundial” (FARIA, 2004. 61-62).

¹⁴⁵“Convertida numa das chaves interpretativas do mundo contemporâneo, globalização não é um conceito unívoco. Pelo contrário, é um conceito plurívoco, comumente associado à ênfase dada pela literatura anglo-saxônica dos anos 80 a uma nova economia política das relações internacionais. Desde a última década, esse conceito tem sido amplamente utilizado para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados. Entre os processos mais importantes destacam-se, por exemplo, a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário; as alterações em andamento nas condições de competitividade de empresas, setores, regiões, países e continentes; a transformação do padrão de comércio internacional, deixando de ser basicamente intra-setorial e intrafirmas; a ‘desnacionalização’ dos direitos, a desterritorialização das formas institucionais e a descentralização das formas políticas do capitalismo; a uniformização e a padronização das práticas comerciais no plano mundial, a desregulamentação dos mercados de capitais, a interconexão dos sistemas financeiro e securitário em escala global, a realocação geográfica dos investimentos produtivos e a volatilidade dos investimentos especulativos; a unificação dos espaços de reprodução social, a proliferação dos movimentos migratórios e as mudanças radicais ocorridas na divisão internacional do trabalho; e, por fim, o aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar incorporando novas fontes de cooperação e conflito tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial” (FARIA, 2004, p. 59-60).

¹⁴⁶“A modernidade pôde seguir sua vocação mais profunda, internacionalizando-se. É o que chamamos de globalização, no sentido técnico. A modernidade se globalizou na dimensão econômica, planetarizando o processo produtivo e dando caráter mundial aos fluxos de comércio, de capitais e de tecnologia. Globalizou-se na dimensão política, relativizando as soberanias nacionais e impondo a aplicação em todos os países do mesmo modelo de ação estatal, baseado na abertura dos mercados, na privatização e na desregulamentação. Globalizou-se, enfim, na dimensão cultural, difundindo em toda parte uma cultura eletrônica de massas” (ROUANET, 2002, p. 240-241).

¹⁴⁷“O autor lembra que a expressão [globalização] foi cunhada num contexto triunfalista, surgido após a queda do Muro de Berlim, sendo logo assumida pelos líderes dos países capitalistas como fórmula a ser seguida pelos demais povos do mundo para retirá-los do atraso e da pobreza (LEWANDOWSKI, 2004, p. 49).

¹⁴⁸ “Lo cierto es que lo que hoy llamamos ‘globalización’ se caracteriza por una creciente inadecuación tanto de la política como del derecho, en paradójico contraste con las dimensiones y la gravedad de los problemas que ella misma suscita. El desarrollo de la integración económica, de los intercambios culturales y comerciales, de las comunicaciones y los transportes no ha sido acompañado por la correlativa integración política y jurídica, sino por una crisis de las capacidades de gobierno de la política y del papel regulador del derecho. A tantas y tan solemnes

Por outro lado, de uma perspectiva econômica, a globalização pode ser entendida como a integração econômica tanto dos mercados quanto dos países, sob bases econômicas e jurídicas¹⁴⁹. Assim, como fenômeno econômico, a globalização interconecta atividades econômicas permitindo a circulação de bens e de capitais sem os constrangimentos ou limitações nacionais. Daí porque ser ela entendida também como uma das etapas do desenvolvimento do capitalismo que atinge um nível ou uma esfera internacional, pois o consumo, a produção e a divisão do trabalho transcendem as fronteiras nacionais e passam a ser realizadas de uma perspectiva planetária. Disso decorre, por fim, a completa independência dos sistemas econômicos de qualquer outro sistema, inclusive e especialmente, do estatal¹⁵⁰.

Concluída essa rápida conceituação de globalização cabem três advertências. Primeira, embora a globalização possa ser considerada um fenômeno de muitos significados, a face predominante é a da integração econômica. Esta integração que se vê na economia não é vista na mesma proporção e intensidade em termos políticos (os nacionalismos emergentes são exemplo suficiente disso), sociais ou culturais, por isso a globalização ser quase sempre vista

promesas de igualdad y de tutela de los derechos formuladas en todas las cartas constitucionales e internacionales corresponde un aumento exponencial de las desigualdades y una creciente divergencia entre el deber ser normativo del derecho y su ser efectivo, y no la introducción de las correspondientes funciones e instituciones de garantía. Al desarrollo de fuerzas y poderes desregulados y de sus agresiones a bienes y derechos fundamentales corresponde, en vez de una ampliación y un reforzamiento de la esfera pública, la reducción de ésta en los ordenamientos internos y su casi total ausencia en el derecho internacional. Al crecimiento de la complejidad de los problemas, de las interdependencias, las asimetrías y las relaciones de poder en los ordenamientos internos y en las relaciones internacionales, corresponde una simplificación y una verticalización de los sistemas políticos y no una articulación institucional de éstos dotada de mayor complejidad. En fin, al reforzamiento de los poderes económicos y al carácter cada vez más global de su ejercicio corresponde una mayor concentración y confusión de poderes, en lugar de una mayor limitación, equilibrio y separación” (FERRAJOLI, 2013, p. 483-484).

¹⁴⁹“O processo de globalização, caracterizado pela integração econômica internacional, fundamenta-se primordialmente sobre as bases econômicas e jurídicas”.

“Nos últimos tempos, uma característica marcante da economia mundial tem sido a crescente integração econômica entre os países sob diversos aspectos: comercial, produtivo e financeiro. Esse processo é conhecido como globalização (ou mundialização, para os franceses)” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 33 e 262).

¹⁵⁰“Num sentido estrito, a globalização, que se acelerou significativamente a partir do final do último conflito mundial e mais ainda depois do término da Guerra Fria, configura antes de tudo um fenômeno econômico. Corresponde a uma intensa circulação de bens, capital e tecnologia através das fronteiras nacionais, com a consequente criação de um mercado mundial. ‘O globo agora’, nota Hobsbawm, ‘é a unidade operacional básica, e unidades mais velhas como as economias nacionais, definidas pelos Estados territoriais, estão reduzidas a complicações das atividades transnacionais’”.

“Trata-se de uma nova etapa na evolução do capitalismo, tornada possível sobretudo pelo extraordinário avanço tecnológico registrado nos campos da comunicação e da informática. Essa fase caracteriza-se basicamente pela descentralização da produção, que se distribui por diversos países e regiões, ao sabor das conveniências e interesses das empresas multinacionais. Cuida-se, em verdade, de uma nova divisão internacional do trabalho, em que os insumos e a mão-de-obra, notadamente a especializada, circulam com desenvoltura entre os diferentes centros de produção, graças à crescente integração dos mercados”.

“A rigor, a globalização nada mais é do que a progressiva interdependência entre os distintos sistemas econômicos, da qual as pessoas somente se deram conta, de forma dramática, com a queda da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, que arrastou o mundo a uma profunda depressão, cujos efeitos fizeram-se sentir até meados do século passado, trazendo em sua esteira um decréscimo no volume geral de negócios e um aumento nas taxas de desemprego” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 50-52).

dessa perspectiva econômica, ou seja, a integração proporcionada pela globalização foi muito mais entre bens, serviços e informações do que entre pessoas, suas relações sociais, suas políticas públicas, suas democracias e suas identidades culturais. Há um mercado comum, mas não há uma democracia, uma política e nem uma cultura comum. Segunda, a globalização, por mais defeitos que tenha e problemas que provoque é um fenômeno irreversível, por isso, tentar traçar planos ou estratégias que a ignorem ou que a tentem impedir terão pouca ou nenhuma utilidade real¹⁵¹. Terceira, em vista da inevitabilidade, a globalização precisa ser recebida de forma prudente pelo direito, que deve aproveitar seus benefícios e proteger a sociedade e as pessoas de seus perigos¹⁵².

Conceituada a globalização, cumpre demonstrar qual papel assume na crise do Estado-nação. Esse papel é o de reduzir ou inviabilizar a soberania dos Estados, pois ela é responsável por esvaziar os Estados de suas funções transferindo-as para fora da influência nacional, seja deslocando tais funções para o mercado internacional, ou para órgãos internacionais¹⁵³. Com isso, os destinos dos Estados, suas políticas públicas, suas economias e seu povo ficam cada vez menos dependentes de suas próprias escolhas autônomas e muito mais dependentes das escolhas e decisões de fora, decisões essas que, muitas vezes, o Estado sequer tomou parte ou teve conhecimento¹⁵⁴.

¹⁵¹“Não se pode, todavia, desconsiderar que – como afirmam dois destacados parlamentares de incontestável corte progressista – ‘a globalização, mundialização, ou como se queira chamar, é um fato. Um fenômeno irreversível, com efeitos danosos para os mais fracos já há muito denunciados, mas, ao mesmo tempo, com potencialidades positivas capazes de produzir alternativas que nos elevem a um novo patamar civilizatório’ (MARQUES NETO, 2002, p. 105).

¹⁵²“A questão não é ser a favor ou contra a globalização, mas compreender suas consequências e tentar desenvolver políticas que aproveitem as oportunidades que ela oferece, resguardando-se, ao mesmo tempo, das ameaças que mercados sem restrições podem significar” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 117).

¹⁵³ “Sabemos que ‘crisis del Estado’ significa básicamente crisis de la soberanía estatal, que se manifiesta en la dislocación de crecientes porciones de poderes y funciones públicas, tradicionalmente reservadas a los Estados, fuera de sus fronteras nacionales” (FERRAJOLI, 2005, 109-110).

¹⁵⁴ “En cuanto a la democracia política, el problema está generado por una aporía. La crisis del Estado y de la soberanía estatal se manifiesta en el desplazamiento de cuotas crecientes de poderes y de funciones públicas, tradicionalmente reservadas a los Estados, fuera de sus fronteras nacionales. En la época de la globalización el futuro de un país depende cada vez menos de la política interna y cada vez más de decisiones externas, adoptadas en sedes políticas extra- o supraestatales o de poderes económicos y financieros globales. Esto vale para todos los países, a excepción, quizá, de Estados Unidos, y sobre todo para los países pobres, a los que Occidente exportó en el siglo pasado el modelo ya en crisis del estado nacional, rediseñado según la vieja geografía colonial, junto con la ilusión de que podía valer para garantizar la autodeterminación y la independencia, y cuyo futuro, en cambio, depende cada vez más de decisiones tomadas en el centro del mundo, esto es, de las políticas decididas, ‘democráticamente’, por las mayorías ricas y acomodadas de una minoría de potencias occidentales que controlan las principales instituciones internacionales – el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Internacional del Comercio y el propio Consejo de Seguridad de la ONU – así como de las grandes empresas multinacionales. El consenso mayoritario, la democracia política y la ciudadanía, que dentro de las democracias occidentales operaron hasta hace muy poco como factores de inclusión, desarrollo de la igualdad y de expansión de los derechos, están actuando en el plano mundial como factores de exclusión: de las minorías marginadas en los países ricos y de la mayoría de los seres humanos a escala planetaria” (FERRAJOLI, 2013, p. 512-513).

Luiz Carlos Bresser-Pereira (2009, p. 121-122), contudo, é de opinião discordante, para ele a globalização não retira ou diminui a soberania dos Estados, mas apenas os tornam mais interdependentes, sendo que essa suposta perda de soberania seria uma visão parcial e influenciada pela ideologia “globalista”. Levando em conta o conceito de globalização acima parece claro que há, sim, efeitos da globalização sobre a soberania dos Estados, que sofrem, ao menos, certas limitações ou restrições. Apesar disso, o contraponto de Luiz Carlos Bresser-Pereira é útil, pois ressalta que, além de abalar a soberania dos Estados, a globalização também os tornam mais interdependentes, já que a decisão de um país pode afetar profundamente o outro.

A globalização, portanto, compreende uma interferência na soberania dos Estados com a passagem de cotas cada vez maiores de poderes e funções para fora de sua influência e ainda torna os Estados cada vez mais dependentes uns dos outros. Essa passagem de competências e funções do Estado e de maior interdependência entre eles ocorre por meio de pelo menos três mecanismos potencializados pela globalização: a) maior dependência dos Estados da economia, b) estabelecimento de centros decisórios internacionais e c) competição entre Estados.

O primeiro efeito da globalização na soberania é colocar os Estados nacionais em uma situação de dependência da economia (seus rumos e decisões). No mundo globalizado as escolhas econômicas possuem um impacto muito grande nas decisões dos Estados, que são muito afetados por essas influências externas. Os Estados já não têm mais a liberdade de estabelecer suas metas, políticas públicas ou estratégias, mas devem sempre atuar segundo as limitações e diretrizes previamente dadas pelo jogo econômico internacional. Os mercados e a economia como um todo, com a globalização, se tornam praticamente independentes dos limites e regras estatais, como que pairando acima das divisões de fronteiras nacionais tornando-se algo único e integrado em todo o mundo. Se a economia não é controlada pelos Estados, então é ela que os controla¹⁵⁵. Um exemplo bastante claro disso diz respeito à política monetária, cambial e de juros dos países. Como os mercados estão interligados, tanto mercadorias e serviços quanto capitais circulam quase que livremente por todo o sistema se concentrando onde são melhor remunerados. Isso faz com que os Estados tenham que se adaptar aos interesses desses capitais para atraí-los, o que limita em grande medida o espaço de manobra dessas políticas. Qualquer decisão macroeconômica do Estado que desagrade os mercados pode ser punida por meio de

¹⁵⁵ “Portanto, se por globalização se entende basicamente essa integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional, esse fenômeno, como afirma Habermas, acaba comprometendo mortalmente a ‘ideia republicana de comunidade’” (FARIA, 2004, p. 52).

retirada de investimos ou outras formas de pressão¹⁵⁶. Ora, se soberania é a capacidade do Estado de tomar suas decisões de forma autônoma, parece claro que, nessas condições, a soberania fica profundamente comprometida e debilitada.

O segundo efeito da globalização sobre a soberania dos Estados é a instituição de instâncias ou instituições internacionais que passam a decidir no lugar dos Estados. Estas instituições, que tratam desde direitos humanos até economia, possuem suas próprias políticas públicas e que, muitas vezes, não coincidem com as perspectivas, necessidades ou valores dos Estados¹⁵⁷. Exemplo bem conhecido disso é o caso de instituições internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial (BIRD) e a Organização Mundial do Comércio (OMC) que impõem uma série de metas, obrigações e visões aos Estados, sob pena de pressões ou recusa de ajudas sem as quais os países não conseguiriam enfrentar problemas graves¹⁵⁸.

Além dessas instituições a globalização torna os países cada vez mais interdependentes uns dos outros, como alertou Luiz Carlos Bresser-Pereira, contudo, essa interdependência é bastante desigual, pois um Estado interfere de maneira distinta no outro, na mesma proporção de sua força política, econômica e militar. Isso ficou evidente na década de 1980 quando os EUA, unilateralmente, alteraram suas taxas de juros e a inconvertibilidade do dólar, o que arruinou com as economias dos países emergentes que se afundaram na crise das dívidas externas levando ao que ficou conhecida como a “década perdida” (VIEIRA, 2015, p. 102-103). Os países, portanto, especialmente aqueles mais vulneráveis, além de se submeterem às

¹⁵⁶ “O poder de regular a moeda sempre constituiu, pelo menos desde o fim da Idade Média, uma das funções mais importantes do Estado. Esse poder, como regra, é exercido pelos bancos centrais, que estabelecem as políticas monetária e cambial, sobretudo no tocante à taxa de juros e ao valor da moeda local com relação às demais. Com a globalização, todavia, essa tarefa tornou-se cada vez mais complexa e menos eficaz. Isso porque, na economia global, não só os bens e serviços transitam com crescente desembaraço por entre as fronteiras nacionais, como também os capitais circulam livremente, fluindo para onde são melhor remunerados. E não é só isso: os mercados financeiros estão hoje de tal maneira interligados que influenciam reciprocamente as taxas de juros, os valores do câmbio e o preço das ações, caracterizando, no dizer de George Soros, ‘um gigantesco sistema circulatório, que suga o capital para mercados e instituições financeiras situadas no centro e depois o bombeia para a periferia, diretamente, na forma de crédito, ou indiretamente, por meio das corporações multinacionais’. Contra esse fluxo e refluxo de capitais, os Estados isoladamente pouco ou nada podem empreender” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 70).

¹⁵⁷ “A espetacular evolução das OIGs, sobretudo na última década do século passado, desencadeou novas problemáticas, com respeito à soberania estatal, que passaram a merecer mais atenção dos internacionalistas: o da ingerência internacional nos assuntos internos dos Estados. Ninguém mais duvida de que a esfera de domínio reservado dos Estados entrou em franco processo de erosão, ganhando crateras e brechas por onde penetram valores, políticas e programas de natureza internacional. Isso começou a ficar claro no início dos anos 90, quando a ONU incorporou o debate sobre os limites da soberania estatal no tema dos direitos humanos e do direito humanitário” (RODRIGUES, 2006, p. 196).

¹⁵⁸ “Atualmente, as instâncias internacionais (Banco Mundial, FMI, etc.) restringem a autonomia estatal de tal modo que numerosos instrumentos (política monetária, gasto fiscal), que antes estavam à disposição do Estado, transformaram-se em condições ou parâmetros externos, que definem o quadro da ação estatal” (MARQUES NETO, 2002, p. 124-125).

autoridades internacionais ainda têm que lidar com o arbítrio das grandes potências que podem com uma decisão arruinar uma década inteira para outros Estados.

Por fim, o terceiro efeito da globalização nas soberanias nacionais é que ela coloca os Estados em constante competição. Os países devem competir por mercados tornando-se atrativos ao investimento, isso implica desregular e privatizar, significa reduzir impostos, abrir mão da condução e do planejamento da economia (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 115). O Estado que mais renunciar às suas prerrogativas vence. Porém, da mesma forma que a desigualdade entre Estados faz com que tenham graus de influência diferentes uns dos outros, essa desigualdade também faz com que os países tenham vantagens diferentes para oferecer e condições de manobra igualmente diversas. Do ponto de vista dos Estados econômica e socialmente mais vulneráveis, a globalização cria um paradoxo, pois a competição internacional faz reduzir a regulação e intervenção estatais principalmente naqueles países que mais precisam dela¹⁵⁹. A crise da soberania, embora atinja a todos os Estados – grandes e pequenos, fortes ou fracos –, torna aqueles países pobres e emergentes mais vulneráveis às variações da economia, do poder das grandes nações e também dos órgãos internacionais¹⁶⁰.

Ademais, além da globalização afetar a soberania dos Estados ela, conseqüentemente, também traz conseqüências para as pessoas, já que os Estados ficam incapacitados de protegê-las. É assim que, em vista da integração econômica, cresce o desemprego, a desigualdade social, são enfraquecidos os marcos protetores do trabalho e dos direitos sociais (como saúde, educação, lazer, transporte, cultura, etc.)¹⁶¹.

¹⁵⁹“Diante da crescente integração dos sistemas produtivo, comercial e financeiro em escala mundial, da intensificação, acirramento e universalização da concorrência, da expansão de forças e interações transnacionais, do subseqüente enfraquecimento das capacidades de resposta, direção, monitoramento, fiscalização, controle e intervenção sobre os fluxos internacionais de capitais pelos bancos centrais, da ênfase dos governos a formas mais *schumpeterianas* de intervenção econômica (ou seja, orientadas à inovação e à competitividade), da porosidade entre os poderes locais, regionais, nacionais e supra-nacionais e os interesses empresariais, da progressiva autonomia de setores econômicos funcionalmente diferenciados e especializados e da interpenetração da política internacional com a política doméstica e, por fim, da emergência de uma conflituosidade nova, complexa e multifacetada, o Estado-nação contemporâneo parece estar chegando a uma situação-limite. E ela se expressa sob a forma de um impasse, que tende (a) a ser tanto maior quanto mais periférico ou semi-periférico é o Estado no contexto mundial e (b) a reduzir a intervenção governamental justamente nos países onde ela é de fundamental importância para corrigir desigualdades sociais, regionais e setoriais, dar um mínimo de proteção aos setores mais carentes da população e assegurar as condições de infraestrutura necessárias ao crescimento” (FARIA, 2002a, p. 78-79).

¹⁶⁰“Embora a relativa abundância desses capitais financeiros internacionais possa representar, principalmente para os países emergentes, um recurso importante para complementar sua poupança interna e promover o crescimento econômico, a excessiva liberdade de capitais torna esses países especialmente vulneráveis à conjuntura econômica internacional” (VASCONCELLOS, GARCIA, 2008, p. 263).

¹⁶¹Para uma visão mais ampla e detalhada das conseqüências da globalização, tanto em termos econômicos, políticos e sociais, bem como nas economias desenvolvidas e subdesenvolvidas vide os comentários de Marco Antonio Sandoval Vasconcellos e Manuel Enriquez Garcia (2008, p. 262), Eros Roberto Grau (2005, p. 51) e José Eduardo Faria (2004, p. 56 e 281).

Em face disso – perda da soberania e consequências deletérias – muitas têm sido as reações contra a globalização. Os protestos contra a OMC e outros órgãos econômicos internacionais, como os ocorridos em Seattle em 1999 e em Gênova em 2001, dão testemunho disso (LEWANDOWSKI, 2004, p. 88 e GOODWIN, 2014, p. 240-241). Engana-se aquele que pensa que as reações à globalização são exclusivas dos países emergentes ou periféricos, os trabalhadores tanto dos países ricos quanto dos pobres são uníssonos em culpar a globalização pela imigração, pela queda dos salários, pela falta de emprego e pela transferência de empresas para outras partes do mundo¹⁶². A saída do Reino Unido da União Europeia (Brexit) é um efeito desse descontentamento universal, que, para além disso, sinaliza outra tendência fruto da reação à globalização: o nacionalismo¹⁶³. Toda essa reação ao fenômeno demonstra que, embora possa ser economicamente eficiente, a globalização também pode ser social e politicamente injusta¹⁶⁴.

Em síntese, a globalização é um fenômeno que contribui com a crise do Estado-nação, pois corrói uma de suas três bases, a soberania; ou seja, a globalização tira do Estado a sua autonomia, submetendo-o às influências e decisões de órgãos internacionais, de outros países e dos mercados mundiais. Nestas condições o Estado não consegue atuar na lógica e da forma como originalmente foi projetado o que faz com que produza distorções e disfuncionalidades sociais ou fique incapacitado de evitá-las, levando aos problemas acima indicados e suas correspondentes reações.

b) Pluralidade da ordenação jurídica

O segundo fator da crise do Estado – pluralidade da ordenação jurídica – é bem representado por Thomas Hobbes ao defender que quando alguém, além do soberano, passa a legislar, tem-se o fim do Estado¹⁶⁵. Embora o Estado ainda exista, sua capacidade regulatória

¹⁶²“Além disso, segundo Piza, os problemas econômicos enfrentados por muitos países, ricos e pobres, nos últimos tempos, agravados pelas recorrentes crises financeiras mundiais e pela crescente desigualdade social que se registra no planeta, acabaram ‘globalizando’ o protesto contra a globalização, apesar de todas as divergências existentes entre seus porta-vozes, ‘que incluem desde o trabalhador de Primeiro Mundo que reclama das multinacionais que criariam emprego no Terceiro Mundo, até o trabalhador de Terceiro Mundo que reclama das multinacionais que levariam renda para o Primeiro Mundo, para não falar das ONGs com inúmeras agendas díspares” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 50).

¹⁶³“Paradoxalmente, como uma reação a esse processo, que tende a aplainar os particularismos, assiste-se a um recrudescimento do nacionalismo, possivelmente como uma reação à homogeneização cultural que ele provoca” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 109).

¹⁶⁴“No que se refere ao terceiro fator, os protestos cada vez mais intensos contra a globalização em cada encontro entre chefes de Estado e/ou seus representantes para discutir temas correlatos vêm se tornando emblemáticos do sentimento de que o sistema pode ser eficiente mas não produz justiça” (ROMEIRO, 2001, p. 20).

¹⁶⁵ “As ordens dos soberanos civis são confirmadas como leis sob todos os aspectos. Se alguém, além deles, puder elaborar leis, teremos o fim do Estado e, conseqüentemente, da paz e da justiça. Contrariando todas as leis divinas e humanas” (HOBBS, 2014, p. 435).

se encontra bastante prejudicada, sendo um dos fatores a globalização (fator indicado acima)¹⁶⁶. Se a globalização ataca a soberania, decorrência lógica disso é a corrosão da condição do Estado como fonte oficial e única do direito pela pluralidade de ordenações jurídicas. A globalização, portanto, é o primeiro passo que enfraquece o Estado em sua soberania permitindo a emergência de outros atores que passam a competir com o Estado na ordenação jurídica da sociedade e na produção do direito enfraquecendo o Estado em sua condição de fonte oficial do direito.

O ataque ao Estado como fonte única do direito é revelado pelo surgimento de uma série de novos “legisladores” não estatais que passam a ordenar a vida social por meio de outros tipos de normas. José Eduardo Faria aponta que esse processo derrubou o “monismo jurídico” como essência do Estado-nação fazendo surgir um verdadeiro “pluralismo jurídico”¹⁶⁷. Demonstrando essa pluralidade o mesmo autor indica a existência de quatro tipos de normas diferentes, cada uma com uma fonte diferente. O primeiro tipo são as normas técnicas que estabelecem padrões de qualidade e segurança de bens e serviços, sendo emanadas por entidades públicas, privadas e mistas. O segundo tipo é das normas internas das transnacionais, que em vista de sua presença em vários países e de seu gigantismo acaba regulando muito mais do que suas relações internas. O terceiro tipo são as normas dos organismos internacionais, cujo objetivo é a unificação ou harmonização dos vários ordenamentos jurídicos nacionais. Finalmente, o quarto tipo são as normas estatais. Como se vê, o Estado que antes ocupava sozinho o vértice da hierarquia, agora não passa de apenas mais um dos vários ordenadores da vida e suas normas competem com outras normas, nem sempre prevalecendo (FARIA, 2004, p. 144-148).

A redução da capacidade regulatória do Estado é resultado de um movimento em duas frentes: a) de cima para baixo representando a pressão exercida pelas organizações internacionais e pelos mercados globais e b) de baixo para cima indicando o processo de fragmentação social que colapsa a capacidade de regulação coerente do Estado.¹⁶⁸

¹⁶⁶ “É evidente o esvaziamento da capacidade regulatória do Estado, tendo em vista os novos fenômenos de dimensão global e intensificação da pressão exercida por entidades não governamentais de alcance transnacional” (LEITE; AYALA, 2011, p. 29).

¹⁶⁷“Ocorrendo simultaneamente, essas mudanças contribuem para a erosão do monismo jurídico, outro princípio básico constituído e consolidado em torno do Estado-nação, e abrem caminho para o advento de uma situação de efetivo pluralismo normativo; ou seja: para a existência de distintas ordens jurídicas autônomas num mesmo espaço geopolítico, inter cruzando-se e interpenetrando-se de modo constante – o que coloca para o pensamento jurídico problemas novos e de difícil enquadramento em seus conceitos, premissas e categorias convencionais” (FARIA, 2004, p. 15-16).

¹⁶⁸“Como bem diz Luigi Ferrajoli, há uma crise ‘pelo alto’ ditada pelos processos de ‘maciça transferência de poder decisório para entes superestatais e extraestatais’ tais como a Comunidade Europeia, a ONU, e outras tantas organizações internacionais em matéria financeira, monetária, assistencial etc. De outro lado, uma crise ‘por baixo’, representada pelos ‘impulsos centrífugos e pelos processos de desagregação interna’ nos quais se encontram eles fortemente inseridos” (MARQUES NETO, 2002, p. 133).

O primeiro movimento – de cima para baixo – envolve a atuação de agentes que estão fora dos limites do Estado. A força desses agentes normativos não estatais está justamente em sua posição globalizada, ou seja, uma posição acima do Estado, não em termos hierárquicos, mas em relação à abrangência de suas normas. Nesse nível, a competição normativa assume tanto um caráter público quanto privado, isto é, as normas que desafiam a posição do Estado são tanto de natureza pública quanto de natureza privada.

No caso das normas de natureza pública, há aquelas fruto das deliberações e acordos dos órgãos internacionais, como são a Organização Mundial do Comércio, a Organização das Nações Unidas (ONU), o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, para citar apenas os exemplos mais comuns. Para além desses organismos internacionais de abrangência planetária há, ainda os blocos econômicos como a União Europeia (UE), o Mercosul, o Nafta, e também aqueles grupos de Estados que se organizam e normatizam suas relações como é o caso da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) ou do BRICS¹⁶⁹. Estas normas, portanto, se materializam em tratados, acordos, resoluções e outras formas normativas com caráter público.

Há, contudo, normas de natureza privada que também rivalizam com o Estado e sua competência normativa. Ao contrário daquelas de caráter público que são emanadas de órgãos internacionais reconhecidos e muitas vezes integrados pelos próprios Estados, as normas de natureza privada são editadas por entes privados que prescindem da participação estatal. Elas advêm da regulação das transnacionais, seus acordos, suas transações e da *Lex Mercatória*. Como o poder e a extensão da influência dessas grandes empresas é enorme, seus atos, contratos e regulação interna acabam por transbordar seus efeitos para além de suas relações. Mais importante ainda é o caso da *Lex Mercatória*, que representa uma ordenação de caráter privado internacional pautado na prática e na adaptabilidade e flexibilidade. Este *soft power* tem crescido e se mostrado muito mais eficiente que a regulação pública, mesmo não contando com os mesmos mecanismos coercitivos, isso porque ela se adapta muito mais fácil e rapidamente à realidade que busca regular sendo mais facilmente aceita (FARIA, 2002a, p. 71). Daí porque a

¹⁶⁹ “En efecto, junto al Estado han hecho su aparición, particularmente en el siglo pasado, otras formaciones políticas originarias, producidas por otros poderes constituyentes, que han puesto en crisis, a través de los ordenamientos inter- o supranacionales constituidos por ellos, la autosuficiencia normativa de los Estados nacionales y su misma independencia y soberanía. Además, como he apuntado en el § 12.19, se han desarrollado poderes extra- y supraestatales del todo desvinculados de ordenamientos o redes normativas idóneas para legitimar las formas y la sustancia de su ejercicio” (FERRAJOLI, 2013, p. 471).

maior parte da regulação internacional que atualmente rege as relações é privada e contratual, e não fruto daqueles órgãos oficiais¹⁷⁰.

O segundo movimento – de baixo para cima – é resultado da pluralidade da própria sociedade e dos interesses que convivem dentro do Estado. Atualmente a sociedade se encontra fragmentada em vários grupos de interesse, muitos deles conflitantes. Isso é consequência da complexidade social que decorre da estratificação social cada vez mais acentuada (seja no Brasil como no restante do mundo) e as diferenças regionais, culturais, religiosas e ideológicas, o que leva à crise da ideia de maioria que tradicionalmente rege a atuação estatal¹⁷¹. A crescente complexidade social leva ao crescimento e complexização das demandas direcionadas ao Estado, que se vê incapacitado de atendê-las (material e juridicamente), o que faz com que a pressão de cada um desses grupos aumente pressionando o Estado. A regulação estatal, antes geral e abstrata, começa a ser insuficiente e insatisfatória para ordenar os interesses e compor os conflitos¹⁷². Nesta perspectiva o Estado se vê na condição de renunciar à sua coerência regulatória para atender todas as demandas particularizantes e contraditórias dos grupos que o pressionam ou enfrentar a crescente e inevitável perda de legitimidade e eficácia de sua regulação. Frente a isso, a tendência dos Estados tem sido ceder e conviver com vários núcleos diferentes, atuando muito mais como mediador entre eles do que como um regulador de fato¹⁷³.

Estes dois movimentos de confrontação do poder regulatório do Estado – que o esmagam ao pressioná-lo de baixo para cima e de cima para baixo – demonstram, em síntese,

¹⁷⁰ “Pero hoy, por el contrario, y como se ha dicho en el § 16.10, es la contratación privada, elaborada por las grandes empresas y sus estudios de abogados, la forma prevalente de la producción normativa a escala global” (FERRAJOLI, 2013, p. 537).

¹⁷¹ “Enfim, estamos nos referindo ao fenômeno, cada vez mais crescente, da emergência de atores sociais e políticos coletivos que refogem à estrutura básica quer da institucionalidade estatal, quer dos mecanismos de representação política próprios à Modernidade. Como assenta Celso Campilongo, em ‘sociedades complexas de modo geral, mas no Brasil de forma particularmente acentuada, a fragmentação de interesses, a estratificação social, a diferenciação cultural, regional e ideológica, provocam uma verdadeira crise de racionalidade do modelo jurídico calcado na soberania da maioria’ (MARQUES NETO, 2002, p. 116).

¹⁷² “Tais processos adquirem grande impulso no período em que o Estado crescentemente passa a intervir na economia e assumir funções de provedor das necessidades sociais, explodindo a partir daquilo que diversos autores denominam de ‘falência do *welfare state*’. Tal explosão advém do fato de que, com a crise do modelo de Estado intervencionista, crescem as demandas e diminui a capacidade do sistema político de atendê-las. A multiplicação de demandas sociais desatendidas leva aqueles indivíduos, inicialmente organizados socialmente para reivindicar seus interesses, a fortalecer e ampliar seus mecanismos de organização de modo a pressionar o estado para, num contexto de escassez de recursos, terem suas expectativas seletivamente atendidas”.

“Esta pressão mostra-se triplamente desafiadora do Estado, pois as demandas se apresentam (a) crescentes, em face do contínuo aumento das expectativas sociais, (b) gradualmente mais complexas e contraditórias e (c) apontam para a impotência do Estado em responder a elas, quer por exiguidade de recursos, quer por inadequação de fluxos e procedimentos” (MARQUES NETO, 2002, p. 116-117).

¹⁷³ “O Estado passa a ter que conviver com outros núcleos de autoridade representados pelos diversos agrupamentos, transitórios ou não, de interesses. Tais agrupamentos passam a ter, crescentemente, autonomia em relação ao aparato estatal. Mais ainda, passa a ser indesviável a necessidade de interlocução, de mediação com estas instâncias sociais, as quais passam a substituir os partidos no processo de interlocução política, inclusive no tocante à produção legislativa” (MARQUES NETO, 2002, p. 128).

que o Estado-nação em crise já dá sinais de exaustão em sua configuração e é cada vez mais inadequado. De cima para baixo o Estado é inadequado porque é pequeno, submisso e fraco demais para lidar com desafios globais sendo insulado em seu território. Já de baixo para cima ele é igualmente inadequado, pois é grande demais, generalizador e não consegue captar os diferentes interesses e representá-los devidamente¹⁷⁴.

O sintoma máximo dessa perda da exclusividade do Estado na regulação e na produção do direito fica mais do que evidente na atual tendência de desconstitucionalização. Ao deixar de ser o centro decisório e de monopolizar a regulação, o Estado – como ente planejador e dirigente de uma sociedade, de seus valores e de seu futuro – perde força e sentido¹⁷⁵. A reboque disso, a Constituição (especialmente a constituição dirigente), como norma central e expressão dos valores e planos do Estado também deixa de fazer sentido¹⁷⁶. Não é ela mais a emanadora do ordenamento jurídico, nem mais é vista como uma norma de totalidade social¹⁷⁷. O resultado

¹⁷⁴ “De aquí se ha seguido una progresiva pérdida de relieve de los Estados, que se han revelado demasiado grandes para las cosas pequeñas y demasiado pequeños para las cosas grandes. Hecha excepción de algunas pocas potencias, el Estado nacional está perdiendo su autosuficiencia y exclusividad normativa en el plano jurídico, su soberanía en el plano político, su centralidad en el económico. La crisis está determinada por la revolución en curso en las comunicaciones, la economía, la política y el derecho, un fenómeno que ha derribado las viejas fronteras estatales en todas estas dimensiones de la vida social, generando problemas dramáticos, ahora ya de forma irreversible supraestatales” (FERRAJOLI, 2013, p. 471).

¹⁷⁵ “Com o fenômeno da globalização, as estruturas institucionais, organizacionais, políticas e jurídicas forjadas desde os séculos XVII e XVIII tendem a perder tanto sua *centralidade* quanto sua *exclusividade*. No âmbito de uma economia transnacionalizada, as relações entre os problemas internacionais e os problemas internos de cada país vão sendo progressivamente invertidas, de tal forma que os primeiros já não são mais apenas parte dos segundos; pelo contrário, os problemas internacionais não só passam a estar acima dos problemas nacionais, como também a condicioná-los. Com isso, as intervenções regulatórias, os mecanismos de controle e direção sócio-econômicos e as concepções de ‘segurança nacional’ que instrumentalizam as estratégias de planejamento entre o pós-guerra e os anos 70 perdem vigor e efetividade. As políticas de desenvolvimento de médio e longo prazo, tão comuns nesse período histórico, colidem frontalmente com o cálculo conjuntural e com o sentido de urgência decorrentes da força internacionalizante do capitalismo. Como, nesse novo contexto, a decisão de participar ou não do fenômeno da economia globalizada muitas vezes acaba ficando fora do alcance dos legisladores e dos formuladores da política econômica nacional, por mais estranho ou paradoxal que isso possa parecer, que papel, por exemplo, pode ser exercido por uma ‘Constituição-dirigente’? Ou seja: por aquele tipo particular de texto constitucional que, além de consistir num estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos no âmbito de um determinado Estado nacional, atua também como uma espécie de estatuto político, estabelecendo *o que, como e quando* os legisladores e os governantes devem fazer para concretizar as diretrizes programáticas e os princípios constitucionais?” (FARIA, 2004, p. 32-33).

¹⁷⁶ “Esta conhecida e peculiar concepção de Constituição, é evidente, já não tem mais hoje o poder de sedução detido no passado recente – mais precisamente, no período áureo do *Welfare State*. Aliás, com a transnacionalização dos mercados e subsequente ‘desterritorialização’ da produção, fenômenos que serão examinados no capítulo 2, a própria ideia de Constituição vem gradativamente deixando de ser um princípio absoluto, passível de ser visto e reconhecido como ‘norma fundamental’ e centro emanador do ordenamento jurídico (tendência essa comprovável, em termos empíricos, pelo crescente esvaziamento da força normativa dos textos constitucionais perante os novos esquemas regulatórios e as novas formas organizacionais e institucionais supranacionais)” (FARIA, 2004, p. 34).

¹⁷⁷ “O segundo problema está relacionado ao progressivo esclerosamento do arcabouço institucional do Estado, ao esgotamento tanto da operacionalidade quanto da eficácia de seus mecanismos jurídicos convencionais – especialmente dos instrumentos legais de regulação e controle econômicos e financeiros, que não acompanharam a velocidade com que as atividades econômicas se globalizaram, nas duas ou três últimas décadas do século XX, diante da crescente diferenciação dos sistemas funcionalmente especializados que compõem as bolsas e os mercados bancários e financeiros, atuando de modo cada vez mais desterritorializado, as Constituições – enquanto

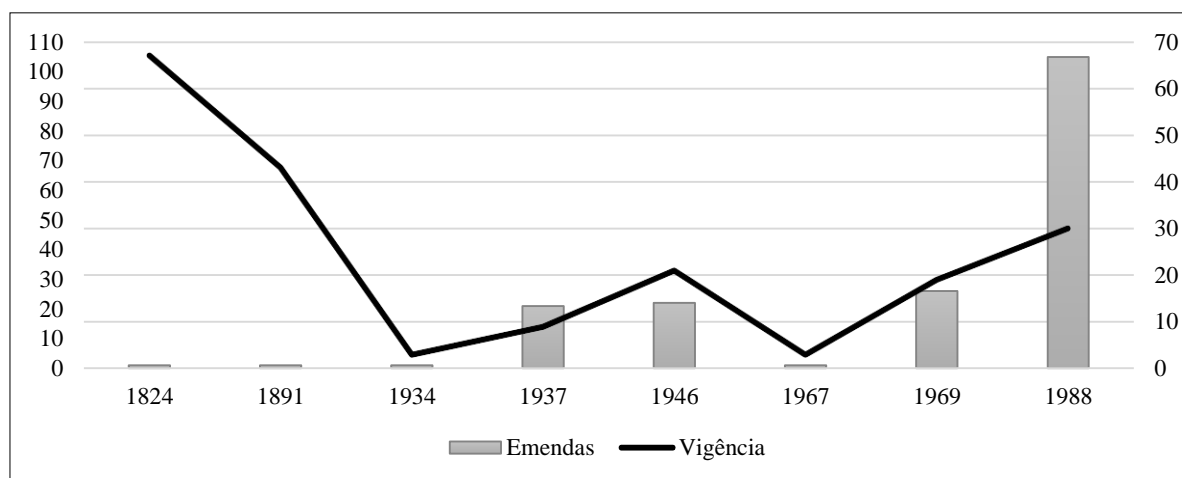
disso é o enfraquecimento e a perda da efetividade do direito estatal, que leva à flexibilização da ordenação emanada pelo Estado e a desconstitucionalização dos direitos¹⁷⁸. Ora, se tanto de um ponto de vista de cima para baixo quanto de baixo para cima se requer uma regulação flexível, adaptável e quase que personalizada, a ideia de Constituição como um documento político e jurídico que se pretende geral e identificador de um determinado povo simplesmente entra em declínio.

Essa tendência de crise da Constituição – em que há intensa desconstitucionalização e uma pressão para que ela se adapte – fica comprovadamente demonstrada por meio das inúmeras emendas constitucionais no caso brasileiro. A Constituição Federal de 1988 completou, em 05 de outubro de 2018, trinta anos de vigência, mas já foi emendada 105 vezes (99 Emendas Constitucionais mais 6 Emendas de Revisão). Apenas em termos comparativos, das oito constituições, a de 1988 foi a que mais alterações sofreu. Em uma rápida comparação quanto ao tempo de vigência e número de emendas, a Carta de 1824 esteve vigente por 67 anos (foi a Constituição que esteve vigente por mais tempo no Brasil), e foi emendada apenas uma vez. Já a Constituição de 1891, que marca o início da era republicana, teve vigência de 43 anos, e foi emendada apenas uma vez. A Constituição de 1934, que esteve vigente por apenas 3 anos, contou com apenas uma emenda. Por outro lado, a Constituição de 1937, vigente por 9 anos, foi emendada 21 vezes. A Constituição seguinte, de 1946, teve vigência de 21 anos e contou com 22 emendas. A Carta de 1967, com duração de 3 anos de vigência, foi emendada uma vez apenas (se excluídos os 5 Atos Institucionais e mais um Ato Constitucional). Por fim, a Constituição de 1969, vigente por 19 anos, foi emendada 26 vezes (vide gráfico 1.2).

‘leis da totalidade social’ – tendem a perder quer a força normativa quer a capacidade de absorver mudanças e inovações econômicas, como as que estiveram por trás da crise de 2007/2008” (FARIA, 2017, p. 56).

¹⁷⁸“Nessa ordem sócio-econômica de natureza cada vez mais multifacetada e policêntrica, o direito positivo enfrenta dificuldades crescentes na edição de normas vinculantes para os distintos campos da vida sócio-econômica; suas ‘regras de mudança’, suas ‘regras de reconhecimento’ e suas ‘regras de adjudicação’, que até então asseguravam a operacionalidade e a funcionalidade do sistema jurídico, revelam-se agora ineficazes; direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais há tempos institucionalizados são crescentemente ‘flexibilizados’ ou ‘desconstitucionalizados’; conflitos coletivos de caráter pluridimensional cada vez menos se enquadram em textos legais originalmente concebidos para dirimir conflitos unidimensionais e interindividuais; a intensificação de situações de interdependência em escala mundial ‘desterritorializa’ as relações sociais; a multiplicação de reivindicações por direitos de natureza supranacional relativiza o papel do Estado-nação, cujo traço característico principal é – entre outros – a territorialidade, como unidade privilegiada de interação; e as tradicionais normas abstratas, gerais e impessoais, articuladas em termos hierárquicos por uma estrutura constitucional, têm sua efetividade crescentemente desafiada pelo aparecimento de regras espontaneamente geradas nos diferentes ramos e setores da economia, a partir de suas necessidades específicas (como é o caso, por exemplo, dos procedimentos normativos oriundos das práticas mercantis adotadas pelas empresas transnacionais na economia mundial)” (FARIA, 2004, p. 15).

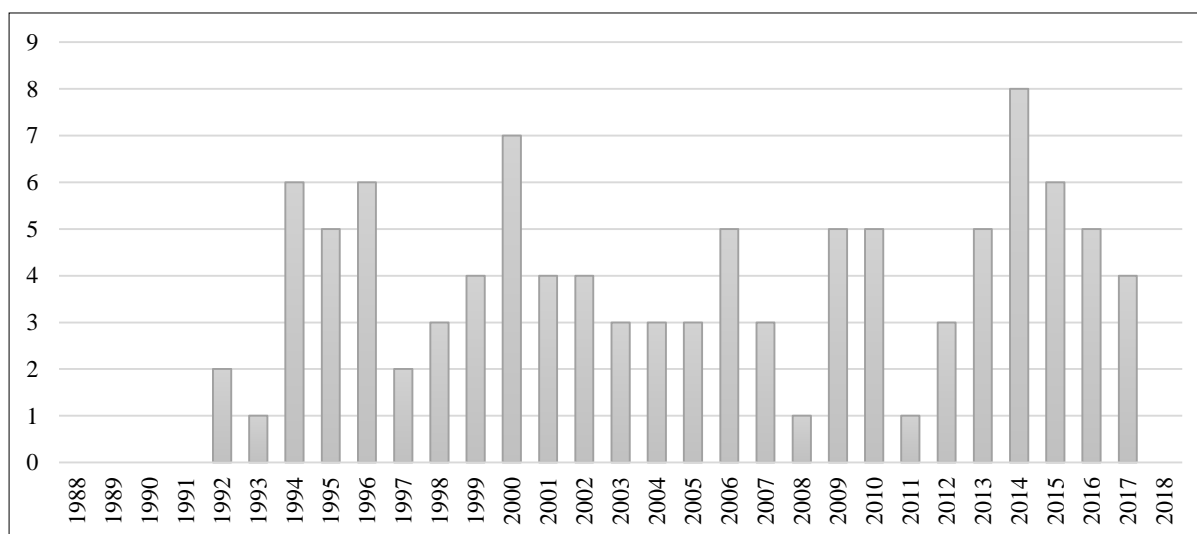
Gráfico 1.2
Vigência e Emendas às Constituições do Brasil



Fonte: adaptação das informações apresentadas por Túlio Santos Caldeira e Elve Miguel Cenci (2017, p. 213).

A Constituição de 1988 não foi apenas a mais emendada em termos absolutos, mas foi também a que mais sofreu emendas por tempo de vigência, isso significa que a média anual de emendas constitucionais é de 3,5. Contudo, nos últimos seis anos, a Constituição foi emendada muito acima dessa média, pois em 2013 foram cinco emendas, em 2014, oito, já em 2015 foram aprovadas seis, em 2016, cinco emendas e em 2017, quatro. O ano de 2018 foi atípico e não registrou nenhuma emenda (o que é explicado por dois fatores acumulados: uma intervenção militar no Estado do Rio de Janeiro – o que, por mandamento constitucional, impediu novas emendas – e ser ano eleitoral) (vide gráfico 1.3).

Gráfico 1.3
Emendas à Constituição de 1988



Fonte: adaptação das informações apresentadas por Túlio Santos Caldeira e Elve Miguel Cenci (2017, p. 213).

Os dois gráficos (1.2 e 1.3) reforçam com clareza tudo o que se disse até aqui. Afinal, se há uma crise do Estado-nação em sua capacidade regulatória-normativa, nada mais natural que o centro normativo desse Estado (sua Constituição) seja igualmente afetado, pois como é a Constituição que traça as competências e limites normativos do Estado, a redução de sua capacidade normativa implica necessariamente na redução da própria Constituição. Para além disso, os gráficos também comprovam o marco temporal da crise do Estado-nação que coincide com a fase depressiva do atual ciclo econômico iniciado nos anos 1980 e acentuado nos anos 1990.

A constante mudança da norma constitucional é um exemplo veemente do que se quis demonstrar acima, ou seja, a perda da capacidade regulatória do Estado que é pressionado por agentes externos, que contam com a força da globalização, e por agentes internos, em decorrência da fragmentação social. Esta perda do poder regulatório é sintoma do ataque ao Estado como fonte do direito.

c) Prevalência da lógica operativa econômica sobre a política

O terceiro fator da crise do Estado – a prevalência da lógica de mercado sobre a política – o ataca diretamente como centro decisório. A prevalência da lógica econômica sobre a política – também entendida como a invasão do público pelo privado ou a substituição do Estado pelo mercado – significa “(...) o desalojamento da política pelo mercado” como vetor central de tomada de decisão (HABERMAS, 2001, p. 100), ou seja, o padrão e lógica decisórios não são mais a da política, mas da economia, e o emanador da decisão, por consequência, deixa de ser o Estado para ser o mercado¹⁷⁹. Há uma “união” ou “unificação” entre o poder político e o poder econômico que leva inexoravelmente à prevalência do poder econômico que impõe a ética dos negócios à condução política. A representação política torna-se, com isso, meramente ficcional, pois as decisões são tomadas segundo os interesses do poder econômico que prevalece sobre o político. Essa lógica mercantil da política leva à imposição da lei do mais forte em todas as relações, o que põe em crise não só o Estado, mas também o direito dele emanado e a própria ideia de justiça¹⁸⁰.

¹⁷⁹“Diante do policentrismo decisório que hoje caracteriza a economia globalizada, com sua hierarquia altamente flexível, entidades nacionais e supranacionais híbridas e estruturas de comando diferenciadas e diversificadas, e do crescente predomínio da lógica financeira sobre a economia real, o Estado-nação, como apontou Rolf Kuntz no capítulo anterior, vem sendo progressivamente substituído pelo ‘mercado’, enquanto instância de coordenação da vida” (FARIA, 2002a, p. 69).

¹⁸⁰“Em um coerente e adequado sistema das fontes, deveria ser garantida a efetiva atuação da opção política. A atual crise do primado político é especial, porque tal primado é aparente e formal. É completa a mesclagem entre

Isso tudo leva a uma evidente inversão de papéis, pois as decisões políticas que deveriam ser tomadas no âmbito político são despoliticizadas e transferidas para o econômico (KUNTZ, 2002, p. 14-15). Essa inversão da relação entre Estado e mercado começou a ocorrer no final do século XX e início do século XXI, entre outros fatores, em razão da acentuação da globalização, que permitiu aos mercados possuir certa autonomia ou independência dos Estados, de suas limitações e regulação¹⁸¹. Por esse motivo o Estado perdeu o controle e a autonomia na decisão quanto às políticas econômicas e sociais e tudo o que as permeia. Se antes a economia era dirigida por um ente visível e presente, o Estado, agora ela é comanda por um ente invisível, despersonalizado e fluido, o mercado¹⁸².

Partindo dessa constatação da inversão da relação entre política e economia, Luigi Ferrajoli (2013, p. 517) aponta cinco efeitos ou consequências: a) concentração do poder econômico que fere a separação entre poder político e econômico e interesse público e privado, b) perda do controle da economia pelo Estado e submissão do Estado ao controle da economia, c) imposição aos Estados de agendas liberalizantes, d) exploração do trabalho e redução de sua proteção e de seus custos e e) destruição do meio ambiente.

O primeiro efeito é a concentração do poder econômico que colapsa a separação entre Estado e mercado e entre interesse público e interesse privado fazendo prevalecer sempre o

o poder político e o poder econômico, entre a política como protagonista da economia e a política como lugar de negócios. O homem da política tende a representar não apenas os interesses de terceiros, mas, sobretudo, os próprios: ele é protagonista do desenvolvimento econômico e é 'acionista' deste desenvolvimento. Uma época de perda de moralidade e de decadência: a ética dos negócios prevalece. As disposições legislativas, e não apenas aquelas nacionais, são preparadas com base nos estudos feitos pelas sociedades multinacionais ou por quem de qualquer modo nelas tem interesses prevaletentes. A representação política tende a transformar-se em uma representação fictícia e a deixar que poucos os mais fortes e organizados decidam por todos. Com o advento da lei do mais forte, é inevitável que direito e Justiça estejam em crise" (PERLINGIERI, 1999, p. 22).

¹⁸¹“Até o final do século XX, especialmente no período dos governos social-democratas do pós-guerra, das políticas keynesianas de pleno emprego e das chamadas ‘Constituições dirigentes’ que se seguiram aos períodos autoritários (especialmente em Portugal, na Espanha e em vários países da América Latina, dentre eles o Brasil), o poder político-jurídico se impunha de modo incontestável sobre os capitais financeiros. Na passagem do século XX para o século XXI, com a desterritorialização dos mercados, a flexibilização dos paradigmas técnico-produtivos, o advento dos grandes conglomerados industriais e a unificação dos espaços mundiais de circulação de capitais, o Estado nacional começou a perder parte de sua força como instância de mediação política e regulamentação, parte de seu papel como mecanismo de determinação de rumos coletivos e parte de seu poder normativo” (FARIA, 2017, p. 57-58).

¹⁸²“As decisões do sistema financeiro internacional em matéria de investimentos externos e definições de setores, áreas e regiões prioritárias para a recepção de recursos, potencializadas pela capacidade dos conglomerados empresariais de concentrar decisões e ao mesmo tempo de fragmentar espacialmente suas atividades graças à mobilidade locacional dos fatores de produção propiciada pela expansão tecnológica, transformaram-se assim numa forma de poder sem uma localização nítida ou precisa, porém bastante efetiva; mais precisamente, um fundamento último da 'soberania' com relação às políticas econômicas dos Estados-nação. Estes, que até a décadas de 70 vinham comandando o desenvolvimento com base na articulação de empresas públicas com empresas privadas nacionais e empresas internacionais, vêm-se, a partir dos anos 80, coagidos pela competição global a uma gestão macroeconômica crescentemente homogênea, perdendo a autonomia para formular políticas setoriais e sociais próprias” (FARIA, 2004, p. 107-108).

mercado sobre o Estado e o interesse privado sobre o público¹⁸³. Há com isso uma confusão entre o que é público e o que é privado arruinando a tradicional dicotomia entre ambos (MARQUES NETO, 2002, p. 133), ou, nas palavras de Pietro Perlingieri (1999, p. 53), “(...) a própria distinção entre direito privado e público está em crise”. Ora, se no início de sua formação o que justificava a existência e a força do Estado era justamente essa dicotomia que atribuía a ele a defesa do público, então a queda da dicotomia faz ruim juntamente a própria base legitimadora da existência do Estado¹⁸⁴. Benjamin Constant, contudo, faz uma advertência quanto a esta prevalência do privado sobre o público já que isso pode levar ao perigo de se confiar demais na lógica e nos interesses privados a ponto de se olvidar e negligenciar o público, ou seja, no gozo das liberdades privadas e da autonomia individual garantidas pelo governo do mercado corre-se o risco de renunciar às liberdades políticas outrora garantidas no governo do Estado¹⁸⁵.

O segundo efeito é a perda do controle da economia pelo Estado e o controle do Estado pela economia. Em outros termos, não é mais o Estado que controla e regula a economia, mas o contrário, a economia que passa a controlar e regular o Estado¹⁸⁶. Todas as prerrogativas e

¹⁸³ “El primero de ellos es la tendencial concentración y confusión de poderes; no sólo las concentraciones mono u oligopolistas de los poderes económicos, en particular en sectores como las comunicaciones y la información televisiva, sino también la confusión entre poderes económicos y poderes políticos, mayor aún que la producida dentro de los ordenamientos estatales. Se trata del conflicto endémico entre intereses públicos e intereses privados que, según se vio en el § 14.6, mina de raíz la separación entre política y economía, entre esfera pública y esfera económica, la primera tendencialmente devorada por la segunda. La consecuencia de este fenómeno a escala global es el desarrollo de una nueva fenomenología del poder basada en la integración entre mundo de los negocios, grandes empresas, organizaciones de logrerros y aparatos de gobierno. De lo que se sigue no sólo la primacía de los poderes y los intereses privados sobre los públicos, sino también una creciente reducción de la esfera pública, como conjunto de funciones en garantía de todos, en beneficio de la correlativa expansión de la esfera privada del mercado. En efecto, si, dentro de las democracias nacionales, las actuales políticas neoliberales apuntan a la reducción de los gastos sociales y a la progresiva privatización de la esfera pública en tema de educación, previsión social y asistencia sanitaria, en el mercado global, sobre todo en los países pobres, dejan libre y ventajoso espacio a la apropiación privada de servicios y bienes fundamentales, bastante a menudo por parte de sociedades extranjeras. Así, de los servicios postales a las comunicaciones, de la información a los transportes, del agua a los bienes comunes de la humanidad, todos resultan degradados a la calidad de bienes patrimoniales, en contradicción con los bienes y derechos fundamentales que constituyen su objeto (D11.28) y que exigirían su sustracción al mercado y a las razones del beneficio y la igual garantía del acceso a los mismos en beneficio de todos” (FERRAJOLI, 2013, p. 517-518).

¹⁸⁴ “De outro lado, a noção de interesse público guarda enorme relação com a própria afirmação do Estado moderno. Isso porque o interesse público cumpre para o Direito Administrativo o mesmo papel que as ideias de vontade geral ou de bem comum exercem para a concepção do Estado Moderno. Como pretendemos demonstrar, a partir do momento histórico em que se concentrou e delimitou o poder político (mediante a afirmação das noções de soberania e de territorialidade) fez-se necessária a justificação deste poder. Tal justificação será encontrada nas noções totalizantes que identificam o exercício do poder com o atendimento das finalidades gerais de toda a gente” (MARQUES NETO, 2002, p. 15).

¹⁸⁵ “O perigo da liberdade moderna está em que, absorvidos pelo gozo da independência privada e na busca de interesses particulares, renunciemos demasiado facilmente a nosso direito de participar do poder político” (CONSTANT, 1985, p. 23).

¹⁸⁶ “Por consiguiente, son menos las posibilidades de control de los Estados sobre la economía, cada vez más autónoma en el mercado global. Hemos llegado al grado de que se ha invertido, sobre todo en los países más

competências do Estado ficam condicionadas ao mercado, que, em vista de sua volatilidade, seleciona e premia aqueles que constroem o ambiente mais “*market friendly*”¹⁸⁷.

O terceiro efeito é a imposição aos Estados em geral, e aos em desenvolvimento em específico, da agenda liberalizante. Jürgen Habermas (2001, p. 64) corrobora esse efeito alertando que desde o início do século XXI assiste-se ao renascimento de um pensamento econômico indiferente ao social. É essa mentalidade que provoca (ou ao menos acentua) a crise do Estado de bem-estar social, pois do ponto de vista da racionalidade do mercado todas as conquistas e garantias são custos que tornam o mercado nacional mais caro e, portanto, menos competitivo (ainda que mais civilizado)¹⁸⁸. Esse pensamento funda o “império da dinâmica econômica privada” sobre a “normatividade pública e a atuação estatal” (DUTRA, 2017, p. 113), de tal maneira que não é mais o Estado que decide e ocupa a centralidade, mas sim o mercado. Portanto, a tendência liberalizante reduz a política à economia, a economia à finança, a finança ao mercado e o mercado a um jogo que leva sempre ao equilíbrio, ou seja, essa ideologia identifica a política com o mercado e impõe um funcionamento mercadológico à política de tal forma que todas as decisões – não importando se referentes à produção de mercadorias ou o reconhecimento de direitos – devem seguir a mesma lógica da eficiência econômica. Essa é uma forma de pensamento que, na tomada de decisão, não diferencia uma mercadoria de um direito, pois tudo, da mercadoria ao direito, é pensado e avaliado de uma perspectiva meramente econômica. A pauta de ação desse pensamento econômico é bem representado no Consenso de Washington na década de 1980 que fixou quais padrões devem

pobres, la relación entre esfera pública y esfera privada, entre Estado y mercado, entre política y economía. Ya no es la política la que gobierna a la economía, si no vice versa” (FERRAJOLI, 2005, p. 115).

¹⁸⁷ “El segundo efecto, en conexión con el primero, consiste en la progresiva reducción del derecho a mercancía. Otra consecuencia de la globalización, a falta de una esfera pública mundial, es la imposibilidad para los Estados de controlar la economía, cada vez más autónoma en el mercado global. Sobre todo en los países pobres, con el fenómeno de la llamada “competencia entre ordenamientos”, subsiguiente a la libre circulación de capitales e inversiones, se ha invertido el sentido de la relación entre esfera pública y esfera privada, Estado y mercado, ley y autonomía negocial. Los Estados ya no garantizan la competencia entre las empresas, sino que, al contrario, son las grandes empresas multinacionales las que ponen a éstos a competir, premiando en realidad a los ordenamientos más ventajosos para ellas y menos convenientes para las personas; desplazando sus inversiones a los países en que son más bajos los salarios, menores las garantías de los derechos de los trabajadores y la presión fiscal, más débiles o incluso inexistentes la protección de la salud y el medio ambiente y mayores las posibilidades de corromper a los gobiernos o, en cualquier caso, de hacerlos plegarse y modelar las leyes según sus intereses. Añádase el predominio del capital financiero y especulativo sobre el capital productivo y, en los países de origen de las empresas, la reducción y la precariedad de los puestos de trabajo y la reducción de los salarios, los consumos y los impuestos. Tanto es así, que, a propósito del enorme crecimiento de los beneficios, podría muy bien hablarse de un renacimiento de la renta; pues países y grupos empresariales que no producen nada se enriquecen a expensas del trabajo productivo, el medio ambiente y los recursos naturales de los países en los que se deslocaliza la producción” (FERRAJOLI, 2013, p. 518).

¹⁸⁸ “O desafio vivenciado pelos países que erigiram estruturas de bem-estar consiste em assegurar a permanência dos direitos conquistados e, ao mesmo tempo, garantir empregos que migram sistematicamente para locais com débil ou nenhuma regulação. O mercado global enxerga o financiamento público de direitos sociais como custo que tira competitividade da economia” (CENCI; HAMEL, 2016, p. 178).

ser seguidos pelos países para alcançar crescimento e desenvolvimento econômico (VIEIRA, 2015, p. 105). Essa receita consiste em, dentre outras coisas, na estabilização econômica por meio do controle da inflação e redução dos gastos públicos (o que inclui reformas burocráticas, diminuição do Estado e privatizações), desregulamentação da economia (aqui entendida da forma mais ampla possível para incluir o mercado, o setor financeiro e o comercial) e a abertura aos investimentos estrangeiros¹⁸⁹.

O quarto efeito é a redução da tutela do trabalho e o aumento da exploração com o objetivo de aumentar a lucratividade por meio da redução dos custos com a mão-de-obra. O principal mecanismo para a redução da proteção é a existência de países dispostos a periclitarem as condições de trabalho em seus territórios para atrair investimentos o que, conseqüentemente, aumenta a pressão na concorrência com os demais Estados que se veem obrigados a seguir a tendência e reduzir a tutela jurídica do trabalho ou enfrentar as conseqüências da fuga de investimentos do país, o que, em última análise, leva ao desemprego¹⁹⁰.

O quinto efeito é a destruição do meio ambiente, que segue exatamente a mesma lógica da proteção do trabalho. As empresas e os mercados buscando maior liberdade e meios de produzir cada vez em maior escala e com maior lucratividade estão dispostas e colocar a segurança, a saúde e o futuro da terra em risco para alcançar tais objetivos¹⁹¹.

¹⁸⁹“Os três objetivos principais desse modelo, nos termos elaborados por John Williamson, seriam a *estabilização da economia*, por meio do controle da inflação e cortes do déficit público; as *reformas estruturais do Estado*, com redução da máquina governamental por meio de privatizações, desregulação de mercados e liberalização financeira e comercial; e a *abertura da economia a investimentos internacionais*, com vistas à retomada do crescimento” (DUTRA, 2017, p. 114).

¹⁹⁰ “El cuarto efecto de la globalización sin reglas es la *explotación ilimitada del trabajo*, consiguiente a su desvalorización de conjunto a escala mundial, como condición de la actual acumulación capitalista ilimitada. El principal instrumento de esta desvalorización es el trabajo desprotegido en el Sur del mundo, que atrae las inversiones, y el trabajo precario y a menudo clandestino de los inmigrantes. Se ha calculado que el coste del trabajo, que en Alemania era en 1994 de 44 marcos la hora, es veinte veces inferior – menos de un dólar la hora – en Indonesia, India, Filipinas y en gran parte de los países africanos y latinoamericanos. Por otra parte, el fenómeno retroactúa sobre las condiciones de trabajo en los países ricos, en los que la competencia con las producciones a bajo coste en los países pobres genera la reducción de los salarios y la eliminación de las garantías de los derechos de los trabajadores, incrementando el desempleo, la flexibilización y la precarización del trabajo, ya ilustradas en el §14.18. En suma, las conquistas de los trabajadores en los países occidentales están siendo agredidas por dos procesos que son las dos caras de la misma moneda. De un lado, la transferencia de las producciones a los países en los que aquéllas están totalmente ausentes y, por ello, es posible la máxima explotación del trabajo; del otro, como reflejo, la reducción de los salarios, las garantías jurídicas y la tutela sindical en nuestros propios países. El cierre de las fronteras occidentales a la inmigración y, por consiguiente, a la libre circulación de los trabajadores, favorece esta división del mercado de trabajo, que actúa a su vez como factor de deformación del de mercancías, dado que, como se dijo en el § 14.19, determina una diferenciación de los costes de producción en beneficio de las empresas que más explotan el trabajo. En fin, la reducción del empleo, la precarización del trabajo, el descenso de los salarios, las restricciones de derechos y garantías de los trabajadores y de la tutela sindical, resultan ulteriormente acentuados por el desarrollo tecnológico de la producción, que, gracias a la automatización y a la informática, reduce drásticamente el valor del trabajo, sobre todo del peor cualificado” (FERRAJOLI, 2013, p. 519).

¹⁹¹ “Hay un último efecto de la actual globalización sin reglas, quizá el más grave y devastador, que es la destrucción, en gran medida irreversible, del ambiente natural. Por falta de serios límites jurídicos, el desarrollo autónomo del mercado global se orienta inevitablemente a un crecimiento ilimitado. En efecto, como ya escribió

Os cinco efeitos acima apresentados resumem, segundo a visão de Luigi Ferrajoli, a inversão da relação entre poder econômico e poder político. A seguir, propõe-se três exemplos que materializam de forma mais concreta e direcionada à realidade brasileira e ao Estado brasileiro o significado destes cinco efeitos.

Assim, em resumo, a lógica econômica do mercado invadiu e dominou o Estado que deixou de ser o centro de tomada de decisão cedendo lugar ao mercado. Há, portanto, ao mesmo tempo, um movimento de enfraquecimento do Estado e de fortalecimento do mercado, em uma relação inversamente proporcional, de forma que a maior força do mercado pressupõe maior fraqueza do Estado e vice e versa. Esse movimento de enfraquecimento e fortalecimento se dá por, pelo menos, quatro motivos: a) ausência ou insuficiência de limites ao mercado, b) transnacionalização da economia, c) aumento do poder econômico e d) dumping.

A falta ou insuficiência de limites aos mercados significa a existência de um poder ou de poderes econômicos que não podem mais ser controlados pelos Estados¹⁹². Há a emergência de poderes econômicos selvagens e globais que não se veem mais estrangidos nem pelos poderes nacionais dos Estados nem por eventuais poderes públicos internacionais¹⁹³. Os

Hannah Arendt, abandonada a sí misma la economía capitalista es de manera inevitable, cada vez más, ‘una economía de despilfarro, en la que las cosas deben ser devoradas y eliminadas con la misma rapidez con que se las produce’ y en la que ‘no la destrucción, sino la conservación se presenta como una ruina porque la duración de los objetos conservados es el mayor obstáculo al proceso de recambio, cuya constante aceleración es la única constante que sigue siendo válida cuando tal proceso tiene lugar’. Es claro que, según está amplia y concordemente documentado en innumerables estudios, semejante economía de despilfarro y el crecimiento ilimitado de la producción que lleva asociado se traducen en una creciente, insostenible agresión a los bienes comunes de la humanidad: aire, agua, suelo, biodiversidad, especies animales, recursos minerales, energéticos y alimentarios. Según la alarma lanzada por el Living Planet Report 2004 del WWF, si no cambia el modelo de desarrollo, el saqueo y la destrucción de los recursos por parte de los países ricos están destinados a provocar el agotamiento de los mismos en no más de medio siglo. Y, lo que es todavía más grave, el actual desarrollo insostenible genera el riesgo de producir catástrofes ecológicas capaces de poner en peligro el futuro de la humanidad. El progresivo calentamiento del planeta generado por el efecto invernadero, la disolución de los glaciares y la elevación del nivel del mar hasta sumergir islas y asentamientos costeros, la desertización y deforestación de las zonas más cálidas, la contaminación del aire y del agua, la desaparición de millares de especies animales” (FERRAJOLI, 2013, p. 520).

¹⁹²“De fato, pela primeira vez desde que se consolidou como *summa potestas* no plano interno e internacional em especial a partir da Paz de Westphalia, o Estado não consegue mais controlar de forma satisfatória a repercussão doméstica das variáveis econômicas geradas externamente. Em outras palavras, o poder de autodeterminação das comunidades políticas organizadas em Estados passou a ser cerceado pelo poder dos agentes econômicos transnacionais, com o que ficou abalada a própria legitimidade dos governantes” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 254).

¹⁹³ “La consecuencia ha sido la regresión neoabsolutista tanto de las grandes potencias como de los grandes poderes económicos globales que se manifiesta en una general anomia: por una parte, en el declinar de la ONU como garante de la paz y en el retorno de la guerra, no por casualidad concebida como “infinita”, como instrumento de gobierno del mundo y de solución de los problemas internacionales; por la otra, en la ausencia de reglas abiertamente reivindicada por el actual capitalismo globalizado, como una suerte de principio informador del nuevo orden económico mundial. En suma, crisis de la soberanía de los Estados y de las democracias nacionales y globalización son fenómenos conexos y convergentes. Su efecto de conjunto es un neoabsolutismo global aún más llamativo que el ilustrado en el capítulo XIV a propósito de los ordenamientos estatales, que se expresa en el desarrollo de los poderes económicos y políticos salvajes, en su tendencial confusión y concentración y, en último análisis, en un general desplazamiento de poderes de la esfera pública al mercado, es decir, a sujetos o a

mercados, dada a globalização, se tornaram muito mais fortes e muito mais poderosos que os Estados, que se veem constrangidos e pressionados pelos poderes econômicos¹⁹⁴. Isso leva a três consequências na colocação de divisas e no estabelecimento da relação entre Estados e mercado. A primeira consequência é que os Estados, por mais que tentem, não conseguem aplicar a lei à economia, pois os mercados não se veem submetidos às exigências e valores do Estado, já que, dada sua mobilidade, podem simplesmente se deslocar para outros países em busca de melhores condições¹⁹⁵. A segunda consequência é que, dada sua força e tamanho, os mercados – com destaque especial para grandes empresas, principalmente do ramo financeiro –, além de serem difíceis de fiscalizar e controlar, ainda acabam capturando as autoridades reguladoras de seu setor, que passam a funcionar segundo os interesses do poder econômico (isso ficou suficientemente claro tanto na falta de prevenção quanto na forma de tratamento da crise de 2008)¹⁹⁶. A terceira consequência, desdobramento das duas anteriores, é a desregulamentação, pois se o Estado não consegue aplicar a normatização ao mercado, e se o mercado capturou os formuladores da regulação, o único caminho é deixar ao mercado, por sua própria lógica, regular essas relações (FARIA, 2017, p. 56). Obviamente, inexiste vazio de regulação, de tal maneira que quando o Estado se retira (ou é retirado) dessa função, é o mercado que assume essa regulação que, no entanto, ao contrário da estatal, é pouco ou nada democrática, pois fica a cargo dos agentes econômicos mais poderosos e que têm condições de impor seus desejos ao sistema. Isso cria um ambiente econômico selvagem e hostil, onde vige a lei do mais forte (FARIA, 2002a, p. 84-85).

instituciones extraestatales, directa o indirectamente controlados por las grandes empresas privadas” (FERRAJOLI, 2013, p. 515-516).

¹⁹⁴“O denominador comum dessas indagações, que consiste numa das premissas centrais deste trabalho, é a ideia de que a econômica contemporânea se caracteriza por dinâmicas e processos que obedecem a lógicas próprias, não sendo controláveis com base nas categorias e procedimentos normativos e nos padrões espaciais e temporais construídos sob inspiração da teoria político-jurídica clássica. Mais precisamente, o denominador das questões acima apresentadas é a ideia de que a integração dos mercados financeiros em escala global os tornou mais poderosos na formação das decisões e, com isso, sujeitou as economias nacionais às consequências de atos e acordos decididos fora de seus respectivos territórios. Evidenciando, assim, que os espaços tradicionalmente reservados ao direito positivo e à política legislativa já não coincidem mais com o espaço territorial e que os Estados nacionais enfrentam dificuldades crescentes tanto para neutralizar os efeitos de fatores externos quanto para atuar como reguladores do sistema financeiro doméstico e globalizado, por meio de seus mecanismos político-normativos internos, essas questões colocam o pensamento jurídico frente a alguns problemas importantes” (FARIA, 2017, p. 53-54).

¹⁹⁵“A mobilidade de capital acelerada dificulta a intervenção estatal nos lucros e nas fortunas, e o acirramento da concorrência por posições conduz à redução dos ganhos fiscais. A simples ameaça de emigração de capital desencadeia uma espiral de redução dos custos (e intimida os cobradores de impostos a impor a legislação vigente)” (HABERMAS, 2001, p. 88).

¹⁹⁶“E, entre outros desdobramentos, isso também acabou explicitando o que muitos economistas temiam – bancos comerciais ou bancos de investimento grandes demais não apenas são difíceis de serem fiscalizados, como tendem a capturar as autoridades responsáveis por fiscalizá-los, passando, assim, a regular seu campo de atuação” (FARIA, 2017, p. 46).

A transnacionalização econômica é outro fator de grande enfraquecimento do Estado. A internacionalização dos mercados retira grande parte da autonomia dos Estados, pois estes funcionam em uma lógica territorialista, enquanto a economia globalizada assume uma forma que prescinde em absoluto dessa limitação. É por isso que os Estados perdem sua autonomia, tanto na formulação quanto na execução de suas políticas, em especial a política econômica¹⁹⁷. Face essa nova realidade a riqueza deixa de ter relação direta com um território ou com um governo ganhando autonomia frente o Estado e gerando um fenômeno muito bem descrito por José Eduardo Faria (2017, p. 62): “(...) nações sem riqueza e riquezas sem nação”. Atualmente as empresas globais, auxiliadas pelas novas tecnologias, têm condições de buscar insumos em um país, produzir seus produtos em um segundo país, utilizando mão-de-obra de um terceiro país para que a população de um quarto país consuma¹⁹⁸. Isso apenas demonstra que a transnacionalização da economia além de subjugar os Estados, é capaz de padronizar a forma de produção do mundo, o que unifica o padrão cultural, político, social e regulatório¹⁹⁹.

Para além das situações de enfraquecimento do Estado, importa destacar que o poder econômico, por si mesmo, já possui uma força relevante (e com os fenômenos acima descritos – como a globalização – tende a crescer mais). Benjamin Constant diz que o dinheiro é uma das armas mais perigosas e poderosas, pois pode dar poderes quase ilimitados a um governo despótico, ao mesmo tempo em que pode refrear e limitar o mais poderoso dos governos. Se no passado, diz o autor, os governos eram mais poderosos que os particulares, na atualidade são os particulares (alguns poucos) que são mais poderosos que os governos. O dinheiro, portanto,

¹⁹⁷Vários são os autores que corroboram a perda da autonomia dos Estados. Luiz Carlos Bresser-Pereira (2009, p. 116) afirma que “a globalização impôs limites à autonomia dos Estados-nação na formulação de políticas econômicas e sociais”. Na mesma direção vai o diagnóstico de Rolf Kuntz (2002, p. 42-43): “para a maioria dos governos, globalização financeira significa, entre outras coisas, menor independência na condução das políticas monetária, cambial e fiscal (...). Quanto mais envolvida no comércio internacional e no sistema mundial de produção, menos uma economia pode ser administrada apenas com base na consideração de variáveis internas”. Idêntica é a perspectiva traçada por José Eduardo Faria (2002a, p. 62) que percebe uma “crescente redução da margem de autonomia das políticas macroeconômicas nacionais e o subsequente esvaziamento das políticas monetárias independentes”. Essa é, por fim, também, a constatação de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (2002, p. 109): “temos, então, em patamar nunca dantes verificado, uma ‘mundialização da economia mediante a internacionalização dos mercados de insumos, consumo e financiamento’ que, para se afirmar e expandir, acaba por transpor os limites geográficos das economias nacionais, ‘limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados Nacionais’”. Para além da ciência jurídica, Eric Hobsbawm (2007, p. 41) detecta a mesma tendência indicando que “temos uma economia mundial em rápida globalização, baseada em empresas privadas transnacionais que se esforçam ao máximo para viver fora do alcance das leis e dos impostos do Estado, o que limita fortemente as economias nacionais”.

¹⁹⁸“Verifica-se, portanto, o processo que já se designou de ‘fábrica global’, resumindo-a como sendo aquela que produz ‘com gerentes e trabalhadores de um país, tecnologia ou financiamento de outros, para vendas a terceiros’” (MARQUES NETO, 2002, p. 108).

¹⁹⁹“A possível universalização do conceito de meio ambiente deve-se ao fato de que as sociedades contemporâneas estão, de certo modo, unificadas culturalmente, sobretudo motivadas pela unificação da produção (produção internacionalizada), que nivela a cultura – e logicamente o modelo de relacionar-se com a natureza – das sociedades que integram o mercado mundial” (DERANI, 2008, p. 52).

é um poder mais real e obedecido do que qualquer outro, já que é capaz de fazer as coisas acontecerem ou de impedi-las²⁰⁰. A extensão do poder econômico fica clara quando se olha para alguns dados. Há no mundo cerca de 69.000 transnacionais, que são responsáveis por movimentar o montante de US\$ 13,6 trilhões, dos quais, 63% se referem a transações realizadas apenas entre estas 69.000 transnacionais e suas filiais²⁰¹. Em 1980 o valor dos ativos dos países membros do G-7 correspondia ao valor somado dos PIBs desses mesmos países, mas em 2005, o valor desses ativos era de cinco vezes o valor dos PIBs (FARIA, 2017, p. 62). Só em 2013, o fluxo mensal de investimentos estrangeiros no Brasil era de US\$ 5,3 bilhões (VIEIRA, 2015, p. 86-87). Essas informações são suficientes para demonstrar o poder que os mercados têm sobre os Estados, já que uma porção de transnacionais é capaz de movimentar em algumas transações o valor correspondente ao PIB de muitos países (vide tabela 1.1).

As economias nacionais – em termos de produção e de investimento – tornaram-se francamente dependentes dos mercados, que, a qualquer momento, podem retirar-se do país e jogá-lo de volta ao período pré-industrial. Este poder e dependência tornam os Estados reféns das exigências e desejos dos mercados. Os Estados não estão em condição de confrontar os mercados ou instituições financeiras globais que – com uma simples transferência de quantias de capital de uma agência em um país para a agência em outro – pode provocar uma crise de liquidez no setor financeiro em um Estado²⁰².

Finalmente, o quarto motivador do enfraquecimento do Estado e fortalecimento do mercado é o dumping. Em termos bastante diretos, o dumping é o resultado da estratégia das grandes empresas em colocar os Estados em competição uns com os outros na busca de mercados e empresas²⁰³. Nesta nova perspectiva não são as empresas que competem por

²⁰⁰“O dinheiro, diz um autor francês, é a arma mais perigosa do despotismo; mas é ao mesmo tempo seu freio mais poderoso; o crédito está submetido à opinião; a força é inútil, o dinheiro esconde-se ou foge; todas as operações do Estado ficam suspensas. O crédito não tinha a mesma influência entre os antigos; seus governos eram mais fortes que os particulares; em nossos dias estes são mais fortes que os poderes políticos; a riqueza é a força mais disponível em todos os momentos, mais aplicável a todos os interesses e, em consequência, muito mais real e mais bem obedecido; o poder ameaça, a riqueza recompensa; escapa-se ao poder enganando-o; para obter favores da riqueza, é preciso servi-la” (CONSTANT, 1985, p. 22).

²⁰¹“Segundo estimativas da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD), existiam, em 1999, aproximadamente 69.000 empresas transnacionais com 690.000 afiliadas em todo o mundo, sendo responsáveis por um total de vendas de US\$ 13,6 trilhões, incluindo bens e serviços. Cerca de 63% do comércio mundial é realizado entre empresas transnacionais, sendo 33% com as afiliadas e mais 30% com outras empresas da mesma natureza. Esses dados demonstram a importância dessas entidades para o comércio internacional e o impacto macroeconômico de suas decisões comerciais nos distintos países” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 85).

²⁰²“Num mundo de bancos privados transnacionalizados, as transferências de capital entre países escapam a todo o controle. Dispor de liquidez internacional constitui considerável fonte de poder, pois a simples transferência desses recursos entre agências de um mesmo banco, localizadas em países distintos, pode ameaçar a estabilidade de determinada moeda” (FARIA, 2017, p. 34).

²⁰³ “Los Estados ya no son capaces de garantizar la competencia entre las empresas, a la inversa, las empresas multinacionales ponen a los Estados en competencia pretendiendo menos impuestos, menores garantías a los

mercados ou por consumidores, mas sim os Estados que competem por isso. O Estado é tanto mais competitivo quando mais estiver disposto a renunciar à sua autonomia na condução da economia, à proteção de seus cidadãos como trabalhadores e consumidores e aos seus valores. O dumping, portanto, é a conduta do Estado que – nesta competição, e para vencê-la – faz concessões e toma decisões que tornam a competição não apenas desleal, mas cria um ambiente insustentável tendente à barbárie (seja ela econômica, ambiental ou social, dependendo das concessões feitas). Em uma linguagem mais popular, dumping é um leilão às avessas em que os Estados que se vendem por menos levam o prêmio.

Tabela 1.1
PIB nacionais x Lucros empresariais

Nº	País	PIB (bilhão)	Nº	País	PIB (bilhão)
1	Estados Unidos	17,947	13	Austrália	1,223
2	China	10,982	14	Espanha	1,199
3	Japão	4,123	15	México	1,144
4	Alemanha	3,357	16	Indonésia	858,9
5	Reino Unido	2,849	17	Países Baixos	738,4
6	França	2,421	18	Turquia	733,6
7	Índia	2,090	19	Suíça	664,6
8	Itália	1,815	20	Arábia Saudita	653,2
9	Brasil	1,772	21	Argentina	585,6
10	Canadá	1,552	22	Taiwan	523,5
11	Coreia do Sul	1,376	23	Suécia	492,6
12	Rússia	1,324	24	Nigéria	490,2

Fonte: adaptação das informações do Fundo Monetário Internacional (2015).

Nº	Empresa	Lucro (bilhão)	Nº	Empresa	Lucro (bilhão)
1	Walmart	500,3	11	Apple	229,2
2	State Grid	348,9	12	Samsung Electronics	211,9
3	Sinopec Group	326,9	13	McKesson	208,3
4	China N. Etroleum	326,0	14	Glencore	205,4
5	Royal Dutch hell	311,8	15	UnitedHealth Group	201,1
6	Toyota Motor	265,1	16	Daimler	185,2
7	Volkswagen	260,0	17	CVS Health	184,7
8	BP	244,5	18	Amazon.com	177,8
9	Exxon Mobil	244,3	19	EXOR Group	161,6
10	Berkshire Hathaway	242,1	20	AT&T	160,5

Fonte: adaptação dos dados apresentados por Karin Salomão (2018).

derechos de los trabajadores, menos gasto social, menos límites y vínculos a los intereses del Estado, como condiciones para su inversión” (FERRAJOLI, 2005, p. 115).

“Nesse sistema, poder e recurso continuam sendo distribuídos de modo altamente desigual entre as nações e os indivíduos, o conflito de interesses continua sendo a regra, mas a era da clássica diplomacia do equilíbrio de poderes acabou: agora temos o que sugiro chamar de ‘política da globalização’. No novo sistema global os países são adversários econômicos competindo nos mercados mundiais” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 115).

As empresas conseguem colocar os Estados para competirem entre si em razão da globalização econômica e da mudança do padrão produtivo. Antes, o padrão assumido pelas grandes empresas multinacionais (aquelas com presença em vários países) era o fordista, em que eram montadas estruturas produtivas completas em todos os países onde a empresa estivesse presente. Com a globalização e as novas tecnologias o padrão fordista cai e assume em seu lugar o modelo pós-fordista, que é mais flexível e que permite que a empresa fracione sua cadeia produtiva escolhendo os melhores lugares para cada atividade ou etapa da produção²⁰⁴. Neste novo modelo as empresas assumem a categoria de “transnacionais”, ressaltando não a sua presença em vários países, mas sim que estão acima deles, ou seja, que os transcendem, como que se a produção e a organização empresarial pairassem sobre os Estados e suas fronteiras ignorando-as²⁰⁵. Em vista disso, a transnacionalização das empresas tornou a competição a condição necessária para a sobrevivência dos Estados²⁰⁶, já que o novo modelo produtivo permite às empresas transferir, sem grandes dificuldades, sua estrutura produtiva para locais onde a produção seja mais barata e rentável. Isso dá às empresas uma margem de negociação e pressão muito grandes sobre os Estados (LEWANDOWSKI, 2004, p. 99-100).

Tudo isso leva a um único resultado, o enfraquecimento do Estado e a prevalência da lógica econômica do mercado sobre a política. Trata-se da substituição da ideia de justiça pelo

²⁰⁴“Do ponto de vista econômico há que se destacar que os avanços tecnológicos permitem a introdução de modos de produção industrial completamente diversos daqueles que, por décadas, marcaram o Capitalismo Ocidental. O modelo anterior baseava-se na contração da produção em enormes plantas industriais, o que acarretava a necessidade de grande concentração de mão-de-obra, enorme mobilização de recursos e baixa mobilidade da produção”.

“Em uma palavra, o ‘modelo fordista’ de produção implicava uma nacionalização da produção, assim entendida como a nuclearização da estrutura produtiva num dado local como meio de obter a economia de escala necessária à viabilização da produção. Ainda que o Capitalismo se estruturasse internacionalmente no auge do modelo fordista, fazia-o dentro dos marcos nacionais. Sintomático seja que, neste período, o instrumento de mundialização deste Capitalismo fosse a empresa multinacional (empresa operando em vários Estados Nacionais, mas com sua matriz bastante enraizada em um Estado Nacional), e não a empresa transnacional ou supranacional (empresas que operam em escala mundial integrada, quer em termos de processo produtivo, quer em relação aos mercados visados, não se estabelecendo integral e permanentemente em país algum)”.

“As transformações tecnológicas (não só nos supra-indicados setores de Comunicação e Transportes, mas em toda gama de avanços havidos nos materiais, insumos e equipamentos empregados na produção) permitem que os processos industriais se desvencilhem do modelo fordista, passando a independer da concentração produtiva e de grande emprego de mão-de-obra. É o que se convencionou chamar de toyotismo ou pós-fordismo” (MARQUES NETO, 2002, 106-107).

²⁰⁵“Tal padrão produtivo estrutura-se pela fragmentação e especialização da produção, dando lugar à internacionalização do processo produtivo ou, se quisermos, à emergência da desterritorialização como processo significativamente novo e surpreendente. Em suma, ‘formam-se estruturas de poder econômico, político-social e cultural internacionais, mundiais ou globais descentradas, sem qualquer localização nítida neste ou naquele lugar, região ou Nação (...) parecendo flutuar por sobre Estados e fronteiras, moedas e línguas, grupos e classes, movimentos sociais e partidos políticos” (MARQUES NETO, 2002, p. 107).

²⁰⁶“O mercado conquistou muito mais espaço no nível mundial e transformou a competitividade internacional em uma condição necessária para a sobrevivência do desenvolvimento econômico em cada país” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 116).

ideal de eficiência. Essa substituição é fruto da crise do Estado moderno que, em vista disso, vê seu papel de centro decisório usurpado pelo poder econômico. A perda do poder decisório pelo Estado leva, por consequência, ao último fator provocador da crise do Estado-nação: a incapacidade de se financiar.

d) Crise fiscal

O quarto fator da crise do Estado – a crise fiscal – o atinge em sua existência material. Se para Thomas Hobbes a soberania é a alma do Estado (comparando-o com o corpo humano), o dinheiro e sua circulação na sociedade são comparados ao sangue e ao trajeto que ele faz por meio das veias e artérias. O filósofo explica que da mesma forma que o sangue no corpo humano nutre os membros por onde passa, o dinheiro, por onde passa dentro do Estado, nutre suas necessidades. Ele ainda acrescenta que o dinheiro dentro do Estado tem uma trajetória muito próxima com a trajetória do sangue no corpo humano, pois o dinheiro segue duas vias: uma que vai em direção aos cofres públicos (chamada de tributação) e outra que parte dos cofres públicos para a população (chamada de gastos e pagamentos do Estado). Portanto, da mesma forma que o sangue vai pelas veias dos membros até o coração para ser renovado, e do coração para os membros por meio das artérias para vivificá-los, também é assim com o dinheiro que vai da sociedade ao cofre público e do cofre público para a sociedade. Por esse movimento o Estado pode oxigenar e realizar suas tarefas²⁰⁷.

Contudo, quando há o entupimento de um vaso sanguíneo a circulação deixa de ocorrer e a pessoa morre, a isso dá-se o nome de infarto ou derrame (dependendo de onde a obstrução ocorre); ou pode acontecer de o sangue se esvaír levando, igualmente, à morte, o que é chamado de hemorragia. Não é diferente com o Estado. Quando o dinheiro deixa de fluir da sociedade para o cofre e do cofre para a sociedade, ou quando não há mais dinheiro o Estado se encontra em grave perigo de morte, a isso se chama crise fiscal.

²⁰⁷“O dinheiro torna possível a passagem dos bens de homem para homem, dentro do Estado, e sua circulação permite a nutrição dos que vivem nas localidades do Estado por onde passa. E isso a tal ponto que esse acondicionamento é como se fosse a corrente sanguínea de um Estado, pois de certa forma o sangue natural é feito dos frutos da terra e, circulando, alimenta todos os membros do corpo do homem”.

“Os condutores e canais por meio dos quais o dinheiro circula para uso público são de duas espécies: uma das vias o conduz aos cofres públicos, e a outra o faz sair dos cofres para o pagamento de dívidas públicas. À primeira espécie pertencem os coletores, recebedores e tesoureiros e, à segunda, também os tesoureiros, assim como os funcionários responsáveis pelo pagamento dos vários ministros públicos e privados. Também nisso, o homem artificial conserva sua semelhança com o homem natural, cujas veias recebem o sangue das diversas partes do corpo, conduzindo-o ao coração; depois de vitalizado, o sangue é expelido pelo coração por meio das artérias, com o objetivo de vivificar e possibilitar o movimento de todos os membros do corpo” (HOBBS, 2014, p. 201-202).

A importância do financiamento do Estado não é exagero retórico, pois, de fato, a capacidade do Estado de tributar e gerir recursos é central e fundamental para sua existência segundo os padrões pelos quais foi pensado e criado na modernidade já que esse modelo estatal é resultado de dois monopólios: do uso legítimo da força e da tributação²⁰⁸. Não por outra razão boa parte da legitimidade e da força de um Estado estão em sua capacidade de tributar, assim, um Estado sem essa capacidade é um Estado fraco e sem legitimidade²⁰⁹.

Em termos jurídico-contábeis, Luiz Carlos Bresser-Pereira (2009, p. 106) define a crise fiscal como a incapacidade do Estado de gerar poupança pública – esta entendida como a diferença positiva entre receitas e gastos públicos. O que se quer dizer com isso é que há crise fiscal quando um Estado gasta mais do que arrecada. Apesar de o conceito não estar incorreto, é preciso reconhecer que a crise fiscal é um fenômeno que vai muito além de um simples cálculo, pois, embora possa ser demonstrada e quantificada por um cálculo (receita – despesa), a fórmula matemática não explica a origem e a essência do problema, logo, não pode indicar um prognóstico completo, a não ser o já conhecido receituário de mais receita (aumento de arrecadação) e menos despesa (corte de gastos), que, em contextos de crise econômica e de legitimidade como a atual, acaba sendo resumido ao corte de gastos face a impossibilidade e inconveniência de aumento da arrecadação.

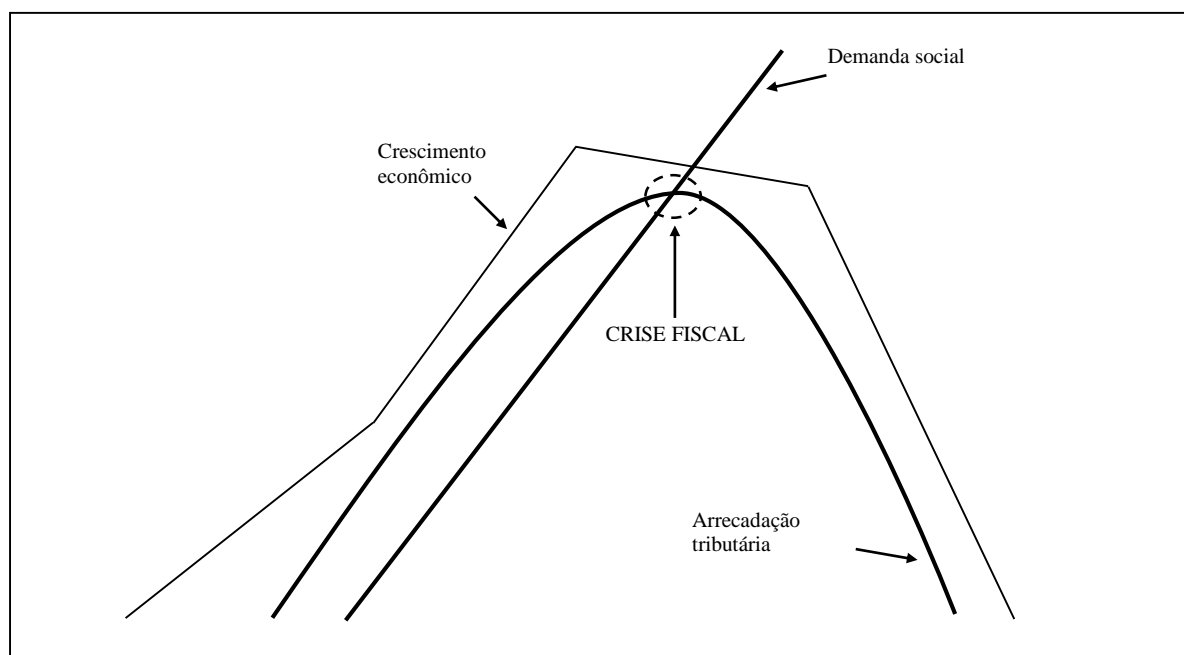
O Estado, como se disse acima, pode ser entendido como uma série de competências (atividades e atribuições), viu-se também que desde a segunda metade do século passado estas competências só têm aumentado, pois as pessoas passaram a exigir mais do Estado. Ao longo de algumas décadas o Estado cresceu juntamente com as expectativas e demandas sociais. Logicamente, a este crescimento do Estado correspondeu o crescimento de sua fonte de financiamento, os tributos. Todavia, as demandas sociais são incansáveis e estão em constante aumento, enquanto que a capacidade financeira dos Estados é limitada, já que não podem aumentar tributos indefinidamente. Há, portanto, duas forças ou tendências complementares e que precisam se corresponder para que sejam mutuamente sustentáveis: as demandas sociais e a base de financiamento do Estado. A primeira corresponde aos gastos estatais e a segunda às receitas, ou seja, para que seja minimamente sustentável, as receitas do Estado devem ser ao

²⁰⁸“Em *The civilizing process*, de Norberto Elias, há um relato fascinante de como a constituição dos dois monopólios principais que definem o Estado moderno – o monopólio da força legítima e o monopólio da tributação – levaram à formação do Estado moderno entre os séculos XIII e XV” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 181).

²⁰⁹“Ninguém gosta de ser tributado, mas uma boa medida da força de um Estado e da legitimidade de um governo é sua capacidade de tributar. Isso não quer dizer que quanto maior a carga tributária, mais forte e mais republicano será o Estado, mas sim que um Estado incapaz de taxar seus cidadãos adequadamente, enquanto esses mesmos cidadãos exigem dele ordem pública e serviços sociais, é um Estado fraco: falta-lhe legitimidade política, e ele tenderá a entrar em crise fiscal” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 181).

menos iguais às expectativas e demandas da sociedade. Isso, porém, não ocorre, já que as demandas sociais – por serem a base de legitimidade pela qual os governos se estabelecem – tem tendência de crescimento constante, enquanto que as receitas – fruto da produção social e base material para a realização das expectativas e demandas sociais – é limitada e, em tempos de crise econômica, costuma diminuir (vide quadro 1.2). Assim, crise fiscal, muito além da mera diferença negativa entre receita e despesa, é a incapacidade do Estado de realizar as expectativas sociais da população, o que leva o Estado a fazer uma escolha: se endividar para continuar a atender às demandas (o que a longo prazo pode levar a uma crise financeira) ou deixar de atender às necessidades do povo (o que, no curto prazo, pode levar a uma crise de legitimidade). A crise, portanto, nesta perspectiva, é a única certeza.

Quadro 1.2
Crise Fiscal



Fonte: adaptação dos estudos de Wolfgang Streeck (2012) e Luiz Carlos Bresser-Pereira (2009).

Embora a crise fiscal seja um fenômeno complexo e que conta com uma série de fatores e consequências, esquematicamente se propõe quatro causas principais e contemporâneas que provocam a crise fiscal: a) crise econômica, b) dumping, c) guerra fiscal e d) regressividade tributária. Estes quatro fatores, a despeito de presentes quase universalmente entre os Estados, possuem pesos e influência diferentes na crise fiscal para cada país, a depender de sua condição e de seu contexto histórico, econômico e político.

Como foi apresentado mais acima, o Estado se financia por meio dos tributos, e estes tributos têm por base (base de cálculo e fato gerador) atos de caráter econômico (propriedade, prestação de serviços, produção, consumo, etc.). Daí porque o crescimento econômico – que representa um maior número desses atos de caráter econômico – ser acompanhado de um crescimento nas receitas públicas. Mas o inverso é também verdadeiro, de forma que períodos de recessão econômica, além de naturalmente diminuírem o volume de negócios e automaticamente o dos tributos, são acompanhados por pressão tanto do setor produtivo quanto dos consumidores para diminuição de impostos. No item anterior se demonstrou que atualmente vivencia-se um dos momentos mais difíceis da fase depressiva da quarta onda longa da história, isso provoca a diminuição do crescimento econômico que implica na diminuição da arrecadação, que, por sua vez, precipita os Estados na crise fiscal. Não é por outra razão que os Estados têm buscado desesperadamente o crescimento e o desenvolvimento econômico, já que eles se alimentam do crescimento econômico que conseguem promover²¹⁰.

O dumping, como acima já se demonstrou, é fruto da extrema competição a que os Estados nacionais se encontram submetidos em vista de uma economia globalizada. De uma perspectiva genérica o dumping leva a uma série de concessões por parte do Estado que passa a flexibilizar ou renunciar a uma gama cada vez maior de prerrogativas e funções. Mas de um ponto de vista mais específico, uma das prerrogativas mais atacadas pelo dumping é a capacidade arrecadatória do Estado, isto é, seu poder de tributação. As grandes empresas fogem da exação transferindo plantas industriais inteiras ou virtualizando sua produção. Aqueles países mais dispostos a se endividar ou reduzir prestações às demandas da população são os que conseguem melhores resultados na disputa por empresas e investimentos²¹¹.

A guerra fiscal, uma espécie de desdobramento do dumping, ocorre quando, dentro de um mesmo país, seus estados ou regiões administrativas passam a competir entre si na atração de investimentos por meio da redução de tributos e/ou concessão de vantagens e privilégios

²¹⁰“O alimento deste Estado é o próprio desenvolvimento que ele procura garantir. Se se constata um limite a esta expansão, automaticamente inicia-se a decadência do Estado Social. Assim, pronuncia Francesco Galgano: ‘O Estado Social pressupõe um desenvolvimento econômico contínuo, ilimitado, pressupõe a possibilidade de retirar da riqueza produzida quotas sempre maiores de recursos a redistribuir para compor os conflitos sociais, para frear os antagonismos sociais, para satisfazer os impulsos sociais. A constatação de que o desenvolvimento ilimitado não é possível dentro daquele ambiente limitado que é o nosso planeta terminou com o fazer-se constatar também entre os elementos da crise do Estado Social aquela que vem sendo definida, talvez universalmente, como a crise fiscal do Estado. [...] Os recursos são escassos, é preciso programar da maneira mais racional possível a utilização dos recursos, é preciso talvez uma programação pública do desenvolvimento que é o substituto daquela que era a função de composição dos conflitos sociais própria do Estado assistencial’” (DERANI, 2008, p. 183-184).

²¹¹“Países que não atenderam em tempo hábil às reivindicações de benefícios fiscais e infra-estrutura feitas por empresas sediadas em seus territórios viram-nas abandonar rapidamente suas fronteiras, em busca de vantagens comparativas especiais em outras regiões e continentes” (FARIA, 2004, p. 97).

tributários²¹². Se no dumping os países com mais “gorduras” para queimar assumem uma posição um pouco mais confortável, na guerra fiscal não é diferente, assim, os estados e municípios mais ricos e com melhores condições conseguem conceder muito mais incentivos que os demais. Já os estados e municípios mais pobres se veem diante de um dilema: tentar competir com os grandes estados e municípios destruindo sua base fiscal ou agir prudentemente de um ponto de vista fiscal, mas ter que assumir a derrota na guerra por investimentos²¹³. Daí porque a guerra fiscal ser entendida como a difícil escolha entre ter que prejudicar a presente ou as futuras gerações (SCAFF, 2015, p. 313). Assim como a força dos mercados está na ideia de competição e de soberania dos Estados no caso do dumping, a guerra fiscal se alimenta desse mesmo sentimento competitivo entre estados e municípios que, a despeito de fazerem parte de um mesmo Estado, não conseguem criar um liame de solidariedade e identidade entre si.

Regressividade tributária é o padrão oposto da progressividade. Segundo o art. 145, § 1º da Constituição Federal, a exação deve ser pautada pela capacidade contributiva do contribuinte, aferida segundo seu patrimônio ou atividade econômica²¹⁴. Ou seja, a tributação que obedece ao texto constitucional e segue a capacidade contributiva será proporcional ao potencial econômico do contribuinte de tal forma que a exação não exceda aquilo que o contribuinte possa pagar sem prejuízo pessoal para seu sustento e dignidade. Um dos instrumentos de aferição da capacidade contributiva é a progressividade (MENDES; BRANCO, 2013, p. 1371). Ela determina que a alíquota de um imposto cresce quando cresce sua base de cálculo (SILVA, 2014, p. 729). Assim, a regressividade tributária é seu contrário, isto é, quanto maior a capacidade contributiva de um contribuinte menos ele paga. A regressividade traz uma série de problemas que contribuem para a crise fiscal: primeiro, não tributa o suficiente quem

²¹²“No caso brasileiro, o que se costuma chamar de ‘guerra fiscal’ ocorre quando um Estado-membro oferta benefícios às empresas que pretendem implantar ou ampliar seus negócios. Na prática, instaura-se um verdadeiro leilão de benefícios, uma licitação às avessas. Tais benefícios podem ser variados, sendo os mais comuns, a isenção total ou parcial de ICMS, a suspensão, a dilação ou o diferimento no pagamento do tributo, redução da base de cálculo, devolução total ou parcial, direta ou indireta, ao contribuinte ou a interposta pessoa, do montante arrecadado; crédito presumido, parcelamento, etc.” (SCAFF, 2015, p. 312).

²¹³“Paradoxo apenas aparente, pois ao estimular disputas entre cidades pela via da guerra fiscal, este ‘urbanismo de resultados’ tem, ao contrário, muito contribuído para reduzir as receitas públicas e os recursos disponíveis para as políticas sociais, aumentando a desigualdade, a exclusão das populações pobres e a degradação dos recursos ambientais, favorecendo conseqüentemente a multiplicação dos conflitos. Em suma, a modernização ecológica associada ao urbanismo competitivo parece configurar um novo momento do que alguns designam por ‘desintegração da modernidade híbrida’, que vem fazendo com que, na América Latina, as inovações econômicas, tecnológicas, socioculturais - e agora ‘ecológicas’ - estejam beneficiando apenas pequenas minorias, e que as posições relativas anteriormente conquistadas por alguns de seus países na construção de certos direitos venham se transformando simplesmente em regressão social e dependência” (ACSELRAD, 2001, p. 22-23).

²¹⁴“A Constituição Federal estabelece, em seu art. 145, § 1º, que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitadas os direitos individuais e, nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes” (MORAES, 2013, p. 906).

pode pagar mais, havendo assim um potencial arrecadatório inexplorado; segundo, tributa excessivamente quem tem pouca capacidade levando à perda da legitimidade da tributação e o aumento da sonegação fiscal; e terceiro, a regressividade acentua a desigualdade social, pois torna o sistema de distribuição de riqueza disfuncional, o que aumenta os gastos públicos que contribuem para o aumento da diferença negativa entre receita e despesa.

A crise fiscal, portanto, atinge o Estado em sua sustentação material na realização de suas tarefas e competências. Ela priva o Estado das condições necessárias para se impor sobre os demais poderes e operacionalizar seus deveres. Um país em crise fiscal está impedido de agir, portanto, encontra-se paralisado em todos os sentidos. Prova incontestável disso é a Emenda Constitucional nº 95/2016, conhecida como “emenda do teto de gastos”, que acabou congelando os gastos da União com saúde, educação, cultura, etc., por 20 anos.

* * *

Em conclusão, estes quatro fatores que provocam a crise do Estado-nação – globalização, pluralidade jurídica, prevalência do econômico sobre o político e a crise fiscal – enfraquecem e combatem as três essências históricas do Estado moderno que, como se disse acima, são a soberania, a centralidade decisória e a exclusividade na produção do direito. Com isso, a crise do Estado-nação faz com que ele perca sua soberania (como expressão de autonomia), sua capacidade de decidir por si mesmo e o poder de produzir o direito. No final, a crise do Estado o transforma em um ente sem autonomia, sem decisão, sem lei e sem dinheiro, pois a globalização, a pluralidade de regulações, a prevalência do mercado sobre o político e a crise fiscal tiram do Estado tudo o que o sustenta.

Se a crise do Estado moderno pudesse ser resumida em uma única palavra, esta palavra seria “inadequação”, pois é isso que a crise faz com o Estado, o torna inadequado para tudo e para todos: ele é grande demais para as coisas pequenas, mas pequeno demais para os grandes desafios²¹⁵; ele é forte e rápido demais para algumas coisas, mas é fraco e lento para outras. O primeiro resultado dessa inadequação é que o Estado não consegue ser uma boa forma de governar a vida, já que, na ótica de Luiz Carlos Bresser-Pereira, o bom sistema é aquele que

²¹⁵“Há, porém, uma razão a mais, e não menos relevante, que torna atualmente inadequado e obsoleto o paradigma do velho Estado soberano. O Estado já é demasiado grande para as coisas pequenas e demasiado pequeno para as coisas grandes. É grande demais para a maioria das suas atuais funções administrativas, as quais exigem, até mesmo onde os impulsos desagregadores ou separatistas não atuam, formas de autonomia e de organização federal que contrastam com os velhos moldes centralizados. Mas, sobretudo, o Estado é pequeno demais com respeito às funções de governo e de tutela que se tornam necessárias devido aos processos de internacionalização da economia e às interdependências cada vez mais sólidas que, na nossa época, condicionam irreversivelmente a vida de todos os povos da Terra” (FERRAJOLI, 2002, p. 50).

reúne cinco características: 1) capacidade de defesa, 2) ordem pública interna, 3) tributação justa, 4) serviços públicos e benefícios sociais e 5) direitos e cidadania²¹⁶. Estas cinco características já não podem mais ser encontradas no Estado nacional em crise. O segundo resultado da inadequação é que o Estado-nação já não tem mais condições de governabilidade – que é a capacidade de tomar decisões e executá-las em respostas às demandas que lhe são dirigidas²¹⁷. O Estado é, portanto, ingovernável de uma perspectiva política, já que outros poderes muito mais fortes o jogam para todos os lados segundo o sabor de seus interesses.

Se, como se disse no início deste item, o Estado é a força que sustenta e garante os direitos, a crise a que se encontra submetido e os desafios que o abalam fazem com que os direitos fiquem desprotegidos e sem sustentação. Ademais, se a crise sistêmica que contagia o mundo jurídico e o econômico é capaz de enfraquecer o Estado nacional, também é capaz de atingir a democracia, como a base de consenso desses direitos.

1.3.2. Quanto Vale a Democracia?

A pergunta acima pode parecer estranha, no entanto, em períodos de crise democrática ela não está fora de contexto. Veja, por exemplo, o ainda recente e muito comentado caso da crise grega, em que a União Europeia pressionou o governo grego para que realizasse uma série de reformas e medidas de austeridade contrárias aos desejos da população claramente indicados nas eleições para primeiro-ministro. Frente as diversas ameaças e o oferecimento de ajuda econômica, o governo grego ignorou sua democracia em troca de uma ajuda de 86 bilhões de euros²¹⁸.

²¹⁶ “S. E. Finer (1997:79, 87), em seu monumental estudo da história dos governos, adota cinco critérios para avaliar o bom sistema de governo: capacidade de defesa, ordem pública interna, tributação não extorsiva, fornecimento de serviços públicos e benefícios sociais, e direitos e cidadania” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 76).

²¹⁷ “Em termos conceituais, a noção de governabilidade tem sido associada à incapacidade de um governo ou de uma estrutura de poder formular e de tomar decisões no momento oportuno, sob a forma de programas econômicos, políticas públicas e planos administrativos, e de implementá-los de modo efetivo, em face de uma crescente sobrecarga de expectativas, de problemas institucionais, de clivagens políticas, de conflitos sociais e de demandas econômicas; nesse sentido, um sistema político se tornaria “ingovernável” quando não conseguisse mais confirmar essas expectativas, filtrar, selecionar e dar resposta a essas demandas, solucionar esses problemas, neutralizar essas clivagens e dirimir esses conflitos de maneira eficaz e coerente – mesmo expandindo seus serviços, suas estruturas burocráticas e seus instrumentos de intervenção, em nome de aumento de sua capacidade de direção, coordenação, filtragem, seleção e desempenho” (FARIA, 2004, p. 118-119).

²¹⁸ “Quando a Grécia já era dada como fora da zona do euro, o primeiro-ministro grego, confrontado pela realidade econômica, acabou aceitando medidas de austeridade muito mais rigorosas do que havia admitido em sua campanha eleitoral e em discursos pronunciados às vésperas do plebiscito, em troca de um socorro de 86 bilhões de euros” (FARIA, 2017, p. 98).

O episódio grego é um exemplo da tendência de se avaliar valores segundo critérios de custo, muito comum em períodos de crise econômica. Da mesma forma como se fez com o Estado, Luiz Carlos Bresser-Pereira indica que o regime democrático tem um custo. As pessoas, além de pagarem pelo Estado, têm que arcar com o custo da democracia, pois este é um regime que assume diversas tarefas que outros regimes não se preocupam em realizar, daí porque sociedades democráticas terem uma carga tributária maior que outras sociedades²¹⁹.

A visão da União Europeia no caso da crise grega ou aquela que se preocupa tão somente com o peso tributário para a manutenção de uma democracia podem, ainda que de forma imperfeita, dizer o quanto custa uma democracia. Essa análise, no entanto, não indica o mais importante, o quanto a democracia de fato vale. Para entender o valor da democracia não basta olhar orçamentos, ver as variações das bolsas de valores ou a cotação do dólar, para saber qual o valor da democracia é preciso saber o que a democracia é de verdade. E a despeito de todas as controvérsias e dúvidas, são poucos aqueles que não veem valor e virtudes nesse regime, aliás, há quase um consenso de que a democracia – mesmo com suas falhas e limitações – é o melhor regime até hoje produzido²²⁰.

A democracia é um regime que, por sua antiguidade, vem se transformando com o tempo. A democracia na Grécia antiga tinha um significado que, atualmente, foi ampliado e modificado. Não é objetivo deste estudo um retrospecto do significado original da democracia. Basta delinear, de forma bastante breve, os traços centrais e essenciais desse regime hoje. São, basicamente, três: a) autonomia, b) abrangência da participação e c) promoção e proteção de direitos.

A primeira essência da democracia é a autonomia, pois este regime entende que a origem das leis a que devem se submeter os cidadãos está exatamente nestes mesmos cidadãos, ou seja, a autonomia democrática exige que quem obedece a lei seja quem a elabora²²¹. Se no paradigma do Estado de direito a lei que emana da vontade estatal se aplica a todos, aqui entendidos como o povo, então, esta vontade estatal no regime democrático é determinada por este mesmo povo²²². Daí porque Montesquieu (2012, p. 33) afirmar que “(...) o povo, na

²¹⁹“Observa-se, em sociedades democráticas avançadas, que o limite máximo da carga tributária é alto. Não quero dizer com isso que, quanto mais avançada e democrática for uma sociedade, maior será sua carga tributária, mas que uma alta carga tributária é um indício da força e do caráter republicano do Estado” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 183).

²²⁰“Existe atualmente um consenso a favor do Estado democrático. Mesmo para os países em desenvolvimento, a democracia tornou-se a forma de governo mais desejável” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 66).

²²¹“E o que é o Estado democrático senão o Estado fundado sobre o princípio da autonomia, isto é, sobre o princípio de que as leis, que devem ser seguidas pelos cidadãos, devem ser elaboradas por esses mesmos cidadãos?” (BOBBIO, 2016, p. 91).

²²²“Pensa-se, entretanto – quando, quase sempre, se trata do ordenamento jurídico personalizado como ‘vontade estatal’ – apenas na manifestação geral das normas jurídicas que constituem esse ordenamento nas leis. A

democracia, é, sob certos pontos de vista, o monarca, e, sob outros, o súdito”. O termo “democracia”, etimologicamente, denuncia esse significado, já que é formada pelas palavras gregas “*demos*” (que quer dizer povo) e “*kratein*” (que significa dominar) para significar que a democracia não tem apenas sua origem etimológica no povo, mas sua essência e sua legitimidade se baseiam no domínio do povo como aquele que, de fato, decide e governa (MÜLLER, 2013, p. 45).

A democracia como autonomia, portanto, é o regime que – buscando permitir que aqueles que se submetem à uma lei ou a um governo sejam aqueles que elaboram a lei e que fazem parte do governo – promove e se funda na ideia e no valor da liberdade, esta entendida como não-dominação e como a possibilidade de desfrutar de uma liberdade igual a dos demais²²³. A democracia nesse sentido, é o regime que permite e que potencializa a liberdade em um sentido positivo, isto é, liberdade como participação²²⁴.

A segunda essência da democracia está na abrangência da participação, pois se a autonomia compreende a capacidade de autonormar-se, então tão mais autonomia – e, portanto, mais democracia – haverá quanto mais pessoas puderem participar e atuar. Esta ampliação da participação, contudo, não se satisfaz apenas e tão somente com o aumento numérico de pessoas participando, mas também com a maior pluralidade ou diversidade dos participantes. Para que a autonomia de fato exista todas as diversas formas de pensamento e as várias necessidades dos membros de uma sociedade devem influir na decisão. Essa segunda essência fica mais clara com um exemplo: na Grécia antiga apenas um grupo bastante específico de pessoas tinha acesso à participação na política, isto é, apenas os homens, livres, proprietário. Isso fazia com que apenas suas necessidades e seu ponto de vista influenciassem nas decisões e na forma de

participação dos submetidos às normas na legislação é a marca da forma de Estado democrático, diversas da autocrática, que exclui todos os súditos de toda participação na formação da vontade estatal” (KELSEN, 2013, p. 110).

²²³“A coisa política entendida neste sentido grego está, portanto, centrada em torno da liberdade entendida negativamente como o não-ser-dominado e não-dominar, e positivamente como um espaço que só pode ser produzido por muitos, onde cada qual se move entre iguais” (ARENDT, 2002, p. 48).

²²⁴“Esse aspecto do autogoverno como condição necessária para a constituição e a manutenção da liberdade como não-dominação deve ser bem compreendido, na advertência de Pettit. Na tentativa de tornar compatível o ideal republicano e as suas implicações comunitárias com o espírito das sociedades modernas e pluralistas, na esperança de defender uma terceira via à alternativa entre liberalismo e comunitarismo, esse autor entende que ‘a participação democrática pode ser essencial para a república, porém apenas porque ela é necessária para promover o desfrute da liberdade como não-dominação, e não por seus atrativos intrínsecos: não porque a liberdade, como sugere a concepção positiva, seja nada mais nem menos do que o direito de participação democrática.’ (PETTIT, 1997, p.8). A forma de democracia que Pettit defende não é aquela que resulta de um processo eleitoral do consentimento que autoriza a tomada de decisões públicas, mas a de um governo republicano (regime constitucional democrático e deliberativo) baseado na disputa, na contestação. ‘O povo deve, individual e coletivamente, desfrutar a permanente possibilidade de contestar as decisões do governo.’ (PETTIT, 1997, p. 185). Tal perspectiva acarreta, necessariamente, o debate, a disputa, o pluralismo, que devem permear a vida política deliberativa” (RAMOS, 2011, p. 63).

conduzir a vida social. Porém, quanto mais tipos de pessoas eram incluídos mais pontos de vista e necessidades eram incluídos. Em oligarquias, por exemplo, em que apenas uma elite (rica e bem-educada, com acesso à saúde e alimentação) participa das decisões, as leis costumam tratar apenas de regras de propriedade e segurança, pois estas são as únicas necessidades dos participantes da política. Porém, quando aqueles que não possuem bens, nem educação passam a integrar o grupo de pessoas que tomam decisões, estas necessidades passam a ser discutidas fazendo emergir leis que supram a necessidade de acesso à educação e que proteja os destituídos de bens. Quando aqueles que não têm acesso à saúde e à alimentação também são incluídos nos locais de decisão, estas ausências e necessidades passam a ser ouvidas e compreendidas fazendo nascer decisões que resolvam esse problema²²⁵.

Quando se diz que a democracia amplia a participação intenta-se demonstrar exatamente esse efeito amplificador da política na percepção das mais variadas e diversas necessidades não atentando apenas para um único grupo ou necessidade. Isso, porém, implica em uma polifonia política, que leva, inexoravelmente, mais cedo ou mais tarde, a embates e conflitos, pois quanto mais diversos são os pontos de vista e mais amplas as necessidades, mais chances existem de que pontos de vista e necessidades se choquem. Quando tanto empresários quanto trabalhadores ocupam polos de poder e decisão, cada um tentará garantir direitos e suprir necessidades dos grupos que representam: os empresários desejarão uma legislação trabalhista mais flexível, a inexistência de encargos trabalhistas, maior liberdade de contratação, etc., por outro lado, os trabalhadores buscarão justamente o oposto, maiores garantias legislativas, maiores salários, menos liberdade do empregador na determinação das condições de trabalho. Disso decorrem dois resultados. Primeiro, quanto mais democrático, mais ampla é a participação, e quanto mais ampla a participação mais conflitos e resistências haverá no processo de decisão. Isso implica que a tomada de decisão se torna mais difícil e complexa, o que explica a ideia de que a democracia consiste na “(...) dificuldade progressiva do governo por meio do povo” (MÜLLER, 2013, p. 40). Segundo, a tomada de decisão dependerá, sempre, da negociação, isto é, da busca de um consenso ou de um ponto em comum mínimo entre os vários interesses e necessidades representados. Uma democracia é tão mais madura e duradoura quanto mais consegue garantir que essa negociação ocorra e gere uma composição justa (CÍCERO, 2005, p. 45-46).

²²⁵“Poder e riqueza sempre foram a demanda dos ricos; liberdade e estabilidade de direito, a exigência das classes médias; educação universal, assistência à saúde e renda mínima, a reivindicação dos pobres” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 82).

Ora, se a democracia, nessa perspectiva de maior abrangência de participação, significa maior conflito, pois muitos participam, e significa maior necessidade de negociação, então a democracia também pressupõe igualdade, pois caso as pessoas nesse regime sejam desiguais o conflito entre elas redundará sempre na vitória do mais forte ou desigualmente privilegiado, e as negociações terminarão sempre em uma imposição em que um lado perde tudo e o outro ganha tudo. É por esse motivo que Montesquieu afirma que democracia é igualdade²²⁶. E Hannah Arendt (2002, p. 48-49) completa dizendo que essa igualdade se refere à participação política. Além da igualdade ser a lógica operativa ou funcional da democracia, a igualdade ainda figura como um dos objetivos da democracia²²⁷, o que é lógico, já que se a existência e regular funcionamento da democracia pressupõe igualdade, a produção e manutenção da igualdade é uma forma da democracia proteger-se a si mesma. No fim, a igualdade como descrita acima busca fazer com que todas as pessoas que participam da democracia possam partilhar uma vida em comum, pois assim, e apenas assim, é possível aprender a lidar com os conflitos gerados pelo embate de ideias e a realizar as negociações ínsitas à tomada de decisão²²⁸.

A terceira essência da democracia é a proteção e promoção dos direitos, pois a democracia só é efetivamente concretizada por meio dos direitos, sem eles, a democracia não passa de um regime teórico de mera enunciação de direitos inexistentes na prática e cuja única funcionalidade real consiste no fornecimento de um procedimento para alternância de poder²²⁹. Norberto Bobbio (2004, p. 21) diz que “(...) a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhe são reconhecidos alguns direitos fundamentais”. Ademais, os direitos possuem uma relação especial com a democracia, pois são eles que

²²⁶“O amor da república numa democracia consiste no próprio amor da democracia; e o amor da democracia é o amor da igualdade” (MONTESQUIEU, 2012, p. 69).

²²⁷ “Um dos mais importantes objetivos políticos das democracias modernas é a justiça social ou, de modo mais limitado, a igualdade de oportunidades” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 288).

²²⁸ “Democracia não quer dizer igualdade perfeita, mas de fato exige que os cidadãos compartilhem uma vida comum. O importante é que pessoas de contextos e posições diferentes encontrem-se e convivam na vida cotidiana, pois é assim que aprendemos a negociar e respeitar as diferenças ao cuidar do bem comum” (SANDEL, 2015, p. 202).

²²⁹“É portanto válida a afirmação de que a efetividade dos direitos fundamentais depende também da força relativa e independência do Estado Democrático de Direito. Uma avaliação dos limites existentes na realidade social para a efetivação de medidas implementadoras dos direitos fundamentais está sujeita a este pressuposto. Para a realização de uma sociedade democrática não basta ter consagrados em sua Constituição os direitos fundamentais necessários à realização da ordem democrática, eles precisam ser efetivados na prática”.

“Por isso, afirma Canotilho que, tal como são um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático”.

“Democracia não é apenas uma forma de organização da sociedade, mas é também um modo de agir social. Isto impõe a responsabilidade do Estado em garantir um instrumental que apoie e viabilize a realização dos princípios democráticos e não sua mera declaração jurídica. Sem esta contrapartida fática, a democracia torna-se apenas argumento retórico, e a alternância do poder pelo voto, um mecanismo automático institucionalizado, incapaz de trazer real alteração na ordem política” (DERANI, 2008 p. 215-216).

conferem legitimidade à democracia, um regime político costuma ser obedecido e receber cooperação na mesma medida em que é eficiente na promoção e defesa dos direitos. Há nisso uma espécie de troca, em que o Estado confere direitos e o cidadão responde com cooperação. Quando um regime político deixa de conferir e proteger direitos cessa a relação de “troca”, afundando o sistema na crise de legitimidade e efetividade²³⁰. É por isso que há um liame muito forte entre democracia e os direitos (individuais, sociais e humanos), pois a legitimidade do regime se funda em sua capacidade de promovê-los.

Em resumo, a democracia se funda em três bases ou essências – autonomia, igualdade e proteção dos direitos. Quando uma ou mais dessas essências são contrariadas ou atingidas a democracia entra em crise, pois deixa de funcionar como deveria funcionar causando quebra da racionalidade e coesão sociais. É isso que se tem presenciado atualmente, pois diversas democracias ao redor do globo (sendo o relato grego apenas um deles) têm sido abaladas em suas bases.

A crise da democracia é, portanto, resultado do enfraquecimento de uma ou mais das três bases da democracia (autonomia, igualdade e proteção dos direitos). Esquemáticamente, na atualidade, há quatro tendências – consequências da crise economia e da crise do Estado-nação – que se chocam frontalmente com estas três bases e que podem explicar a atual crise democrática que se vivencia: a) aumento exponencial da desigualdade social, b) aumento e crise do poder econômico, c) crise do Estado nacional e d) quebra da dicotomia público-privado.

a) Desigualdade social

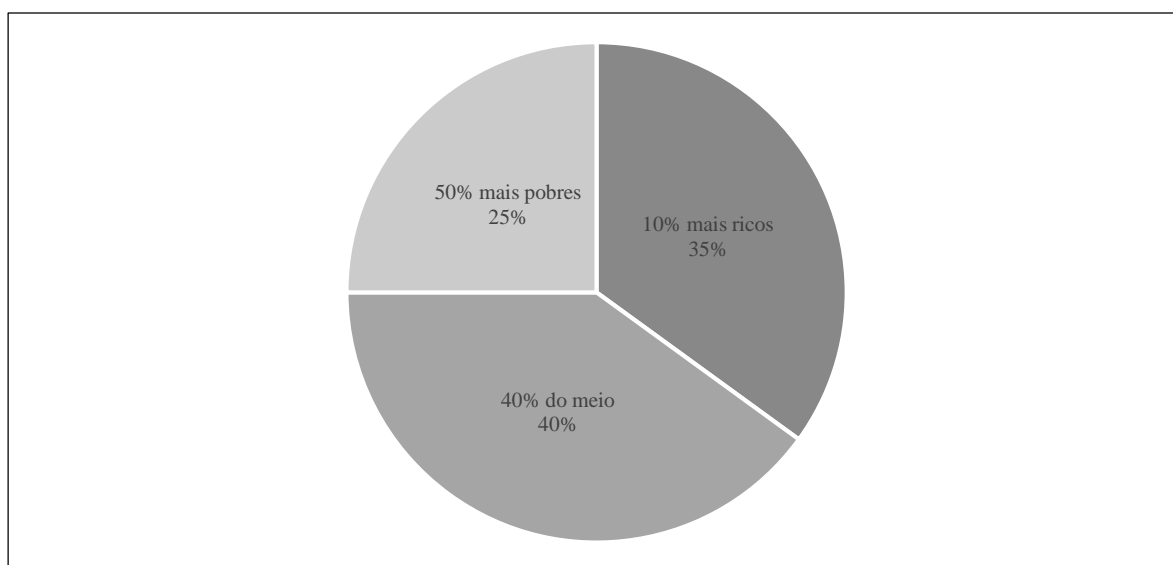
A desigualdade social e de renda é um tema que já tem sido tratado há bastante tempo e de diversas formas, porém, recentemente, Thomas Piketty (2014, p. 244) apresentou um estudo mundial dividindo a população em três camadas de renda: a) os 10% mais ricos, b) os 40% do meio e c) os 50% mais pobres e constatou que o primeiro grupo retinha 35% de toda a renda produzida, o segundo grupo ficava com 40% da produção mundial e o último grupo com apenas 25% do todo (vide gráfico 1.4).

²³⁰ “El Estado brinda protección y los ciudadanos corresponden con cooperación. Es mucho menos probable que haya cooperación si la protección de los derechos es difusa, irregular o inexistente, o cuando el gobierno cree y protege derechos que no deberían calificar como tales”.

“Esto es lo que quiere decir cuando se afirma que los derechos, y en especial los derechos básicos, son la piedra fundamental del contrato social liberal, la fuente de legitimidad de la autoridad política liberal” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 198-199).

A porcentagem acima descrita pode ser apresentada ainda em números absolutos. O nível de desigualdade mundial faz com 1/6 da população mundial (que equivale a cerca de 800 milhões de pessoas) possua 5/6 de toda a riqueza da terra, ou ainda, que 300 multimilionários sejam mais ricos do que metade da população mundial (ou seja, 3,77 bilhões de pessoas)²³¹. Essa desigualdade gigantesca se reflete não apenas na divisão da renda, mas se apresenta também no próprio consumo e na pegada ecológica. Por exemplo, os 20% mais ricos do hemisfério norte consomem sozinhos 80% de toda energia produzida na terra e são igualmente responsáveis por 80% da emissão de todos os gases poluentes²³².

Gráfico 1.4
Divisão da renda



Fonte: adaptação dos dados apresentados por Thomas Piketty (2014).

Em uma perspectiva mais específica, a desigualdade no Brasil não segue uma tendência muito diferente do restante do mundo, pelo contrário, o país é um dos mais desiguais do globo. Segundo José Eduardo Faria (2004, p. 249) os 20% mais ricos no Brasil ficam com 62,9% da renda, enquanto que os 20% mais pobres participam apenas de 2,3% da renda.

A tendência de crescimento da desigualdade, porém, não se restringe às pessoas individualmente, mas se revela ainda entre as nações. Em 1820, por exemplo, a diferença de

²³¹ “Debemos preguntarnos si es realista la aspiración a la paz y a la seguridad en un mundo en que 800 millones de personas, o sea un sexto de la población, posee las cinco sextas partes del ingreso mundial; en el que menos de 300 millonarios en dólares son más ricos que la mitad de la población mundial, es decir, tres mil millones de personas” (FERRAJOLI, 2005, p. 121-122).

²³² “Outro dado relevante revela que os 20% da população mundial situados nos países industrializados do hemisfério norte gastam 80% da energia existente no mundo e emitem de 75 a 80% dos gases responsáveis pelo chamado ‘efeito estufa’, que causa o aquecimento do planeta” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 99).

riqueza entre os países ricos e pobres era de 1 para 3, mas atualmente essa diferença é de 1 para 103²³³.

Ademais, a desigualdade acima descrita não se limita à renda, à propriedade ou aos benefícios da vida em sociedade, pois ela também está presente na divisão dos ônus e dos custos. Os mais pobres são aqueles que mais pagam impostos, em decorrência da regressividade tributária. São os mais pobres também que sofre mais violentamente com os problemas sociais e ecológicos (nem sempre atribuíveis a eles).

Além do relativo consenso quanto à existência de uma desigualdade social sem igual na história, os intelectuais também concordam no que diz respeito às causas da desigualdade do presente século: a) a forma do crescimento econômico e b) a globalização. A primeira – forma de crescimento econômico – é causa da desigualdade porque, segundo a visão de Luigi Ferrajoli, se desenvolve sem qualquer tipo de controle ou limite e ignora a miséria, a fome e o desperdício que provoca, já que é voltada exclusivamente para o crescimento do consumo e, conseqüentemente do lucro, trata-se de um sistema econômico cujo valor do ser humano é proporcional à sua capacidade de consumir o que é produzido²³⁴. Já para Friedrich A. Hayek, a forma de crescimento econômico é causa da desigualdade porque o progresso econômico rápido é impossível sem ela e não pode atingir a sociedade uniformemente, neste sentido, a desigualdade seria algo normal e desejável, já que inseparável do crescimento econômico²³⁵. De qualquer forma, tanto Ferrajoli quanto Hayek concordam que a desigualdade é fruto do modelo de crescimento econômico, embora diverjam quanto à valoração que fazem dele e quanto à necessidade ou não da desigualdade para que o crescimento ocorra. A segunda causa – globalização – além de provocar a desigualdade a acentua, pois a integração entre os mercados promove a competição entre os Estados e as pessoas de forma que aqueles que conseguem

²³³ “La diferencia de riqueza entre los países pobres y los países ricos, que era de 1 a 3 en 1820, pasó a ser de 1 a 11 en 1913, de 1 a 35 en 1950, de 1 a 44 en 1973 y de 1 a 72 en 1992. La diferencia de renta entre el 10% más rico y el 10% más pobre de la población mundial es hoy de 1 a 103” (FERRAJOLI, 2013, p. 527).

²³⁴ “Es el trágico efecto de un modelo de desarrollo incontrolado que da por descontada la miseria, el hambre, las enfermedades y la muerte de millones de seres humanos sin valor: víctimas, de nuevo, de la ley del mercado que impone no producir bienes esenciales y vitales sino, al contrario, incentivar la demanda de bienes superfluos sólo en los países ricos, alimentando consumos inútiles y despilfarros” (FERRAJOLI, 2013, p. 527-528).

²³⁵ “O rápido avanço econômico com que passamos a contar parece, em grande medida, resultar dessa desigualdade e ser impossível sem ela. O progresso num ritmo tão rápido não pode ocorrer em uma frente uniforme, mas de forma escalonada, ficando alguns bem adiante dos outros. A razão disso nos é ocultada pelo nosso hábito de encarar o progresso econômico principalmente como um acúmulo de quantidades sempre maiores de bens e equipamentos. Acontece, porém, que a elevação do nosso padrão de vida se deve, pelo menos na mesma medida, a um aumento do conhecimento que nos permite não somente consumir maiores quantidades das mesmas coisas, mas também utilizar coisas diferentes e, muitas vezes, coisas que sequer conhecíamos anteriormente. E, embora o crescimento da renda dependa, em parte, da acumulação de capital, provavelmente depende muito mais do fato de aprendermos a usar os nossos recursos com maior eficiência e para novos fins” (HAYEK, 2014, p. 61).

acumular ficam mais protegidos e competem melhor (LEWANDOWSKI, 2004, p. 93 e 110 e HOBBSAWM, 2007, p. 43 e 56).

A preocupação com a desigualdade social se deve ao fato de que ela é concentradora de riquezas e recursos, e estas riquezas são fonte de poder. Thomas Hobbes, por exemplo, entende a riqueza como uma forma de poder²³⁶. De uma perspectiva jurídica, Eros Roberto Grau e Pedro Mercado Pacheco, falando sobre a propriedade (que é uma forma de riqueza), defendem que ela não é apenas uma forma de poder sobre coisas, mas que este domínio sobre as coisas leva ao poder sobre as próprias pessoas, ou seja, a propriedade não é uma relação entre homem e coisa, mas entre homem e homem²³⁷. É por isso que a desigualdade leva, invariavelmente, ao desigual exercício de poderes e de direitos, como a liberdade²³⁸. A riqueza é, de fato, tão determinante na divisão e exercício de poder e direitos que John Rawls chega a dizer que cada pessoa ocupa duas posições relevantes na sociedade: a) aquela definida pela cidadania e b) aquela determinada pela distribuição de renda²³⁹, corroborando, assim, a ideia de que a igualdade jurídica (cidadania) não leva necessariamente à uma igualdade material (distribuição de renda). Finalmente, a riqueza não é um fator de poder apenas entre pessoas, mas também entre Estados. Immanuel Kant indica que entre as três formas de poder que um Estado pode ter acesso – militar, alianças políticas e o dinheiro – o último é o mais poderoso deles²⁴⁰. Ora, se dinheiro é poder, e se a desigualdade gera a concentração de recursos em algumas poucas pessoas ou Estados enquanto outros nada têm, então a desigualdade social é

²³⁶“As paixões que causam com maior intensidade as diferenças de talento são, principalmente, o maior ou menor desejo de poder, de riqueza, de conhecimento e de honrarias. Tudo isso pode ser resumido do afã do poder, pois as riquezas, o conhecimento e as honrarias são diferentes formas de poder” (HOBBS, 2014, p. 70).

²³⁷“O poder sobre as coisas engendra um poder pessoal; a propriedade, assim, de mero título para dispor de objetos materiais, se converte em um título de poder sobre pessoas e, enquanto possibilita o exercício do poder no interesse privado, converte-se em um título de domínio” (GRAU, 2005, p. 22).

“Por el contrario, la teoría de la propiedad del especialista, jurista o economista, tiene a disolver la noción de propiedad y a eliminar toda conexión entre propiedad y cosas. El economista y el jurista contemporáneo fragmentan la concepción unitaria de la propiedad en una concepción más borrosa de ‘haz de derechos’. Una cosa, un recurso, puede así ser objeto de diversos derechos por parte de una diversidad de individuos y dicha divisibilidad conlleva, por un lado, situar en el foco de la atención teórica las relaciones entre esos específicos derechos limitados que cada uno de los copropietarios posee sobre los bienes y, por otro lado, que la fragmentación de los distintos derechos que se incluyen dentro de la noción unitaria de propiedad haga que esos específicos derechos puedan ser a su vez subdivididos y transferidos a otras personas. ‘Los derechos de propiedad no se refieren a relaciones entre el hombre y las cosas, sino más bien a las relaciones behaviorísticas sancionadas entre las personas que surgen de la existencia de cosas y que atañen a su uso’” (PACHECO, 1994, p. 153).

²³⁸“Não há como afastar esta relação, pois onde há acentuada desigualdade, há necessariamente acentuada diferença no exercício da liberdade” (DERANI, 2008, p. 211).

²³⁹“Suponho, então, que em geral cada pessoa ocupa duas posições relevantes: a da cidadania igual e aquela definida por seu lugar na distribuição de renda e riqueza” (RAWLS, 2016, p. 114-115).

²⁴⁰“O mesmo se passaria com a acumulação de um tesouro; considerado pelos outros Estados como uma ameaça de guerra, forçá-los-ia a um ataque antecipado, se a tal não se opusesse a dificuldade de calcular a sua grandeza (pois dos três poderes, o militar, o das alianças e o do dinheiro, este último poderia decerto ser o mais seguro instrumento de guerra)” (KANT, 2008, p. 6).

uma forma de concentração de poder. Tratar de desigualdade social não é apenas falar da distribuição de renda sob uma ótica caritativa para permitir às pessoas o acesso ao básico, lidar com a desigualdade social compreende, de um ponto de vista político e democrático, falar sobre distribuição e concentração de poder. Pessoas e Estados que concentram riqueza automaticamente concentram poder, e pessoas e Estados sem riqueza estão destituídos dele.

Mas se a democracia se baseia na igualdade, isto é, no exercício igual entre iguais do poder, e se a desigualdade social leva a uma distribuição desigual desse poder, então a conclusão óbvia é que a desigualdade é incompatível com a democracia. John Rawls (2016, p. 95) compartilha dessa conclusão afirmando que “(...) a diferença entre classes viola o princípio das vantagens mútuas e também o da igualdade democrática” e que a desigualdade, quando excede certos limites, é destrutiva das instituições democráticas, pois reduz a liberdade política das pessoas e faz com que o governo representativo se torne meramente de aparência²⁴¹.

Essa incompatibilidade entre desigualdade social e democracia se revela mais claramente nas consequências que produz. A desigualdade faz com que as pessoas em posições muito diferentes deixem de conviver, pois elas passam a estudar em locais diferentes, a se divertir em locais diferentes, consumir coisas diferentes, morar em locais diferentes, ou seja, a desigualdade separa as pessoas e inviabiliza a convivência dos diferentes, já que cada grupo tende a se isolar. Esse isolamento, especialmente daqueles que detêm a riqueza, produz indiferença social, pois se eles não convivem com os demais, se não usam os mesmos serviços e se não dependem das mesmas coisas, tendem a não se preocupar com isso. Se, por exemplo, as camadas ricas não frequentam escolas públicas (que são direcionadas apenas para os mais pobres), então as chances dessas escolas sofrerem de abandono e das classes ricas se recusarem a financiá-las (pois seus filhos frequentam escolas privadas) são muito altas. O mesmo vale para qualquer outra situação ou serviço público²⁴². É por isso que Montesquieu entende a

²⁴¹“Como já foi definido, a igualdade equitativa de oportunidades significa certo conjunto de instituições que assegura oportunidades semelhantes de educação e cultura para pessoas de motivações semelhantes e que mantém cargos e posições abertos a todos, com base nas qualidades e nos esforços razoavelmente relacionados com os deveres e tarefas pertinentes. São essas instituições que correm risco quando as desigualdades de riqueza excedem certo limite; e, da mesma forma, a liberdade política tende a perder o valor e o governo representativo a só existir nas aparências” (RAWLS, 2016, p. 346).

²⁴²“Mas existe um terceiro e mais importante motivo de preocupação com a crescente desigualdade na vida americana: um fosso muito grande entre ricos e pobres enfraquece a solidariedade que a cidadania democrática requer. Eis como: quando a desigualdade cresce, ricos e pobres levam vidas cada vez mais distintas. O abastado manda seus filhos para escolas particulares (ou para escolas públicas em subúrbios ricos), deixando as escolas públicas urbanas para os filhos das famílias que não têm alternativa. Uma tendência similar leva ao afastamento dos privilegiados de outras instituições e de outros serviços públicos. Academias privadas substituem os centros recreativos e as piscinas comunitárias. Os empreendimentos residenciais de alto padrão têm segurança própria e não dependem tanto da proteção da polícia. Um segundo ou terceiro carro acaba com a dependência do transporte público. E assim por diante. Os mais ricos afastam-se dos logradouros e dos serviços públicos, deixando-os para aqueles que não podem usufruir outro tipo de serviço”.

concentração de riqueza como algo nocivo para a sociedade e a democracia, pois faz com que as pessoas, quanto mais ricas, menos preocupadas se tornem com o interesse público e fiquem mais voltadas e centradas em seus próprios interesses²⁴³. Essa destruição do interesse comum ou do interesse público é especialmente danoso à democracia (como se verá mais a frente).

Outra consequência da desigualdade que a torna incompatível com a democracia é que a desigualdade gera conflito e incapacidade de negociação (FARIA, 2004, p. 94). Desde muito tempo já se sabe que quando nem todos conseguem ter o que precisam instaura-se um clima de inimizade e competição que faz com que um tente superar e, muitas vezes, oprimir e subjugar o outro na tentativa de suprir suas necessidades e desejos²⁴⁴. Além da desigualdade gerar essa inimizade ela também potencializa a capacidade de uns (que detêm riqueza) subjugarem com mais facilidade os outros (destituídos de riquezas). Disso decorre que a desigualdade, ao pauperizar algumas pessoas e permitir a extrema concentração de riqueza a outras, torna o Estado inerte e ineficiente na promoção dos direitos²⁴⁵, direitos estes que são, como acima se disse, a base de legitimidade da democracia.

A desigualdade social, portanto, é uma doença que ataca a democracia em um dos seus pilares, a igualdade. Quanto maior a concentração de renda, maior a concentração do poder e mais grave é a enfermidade da democracia. A desigualdade é uma doença, e ela pode matar tanto os direitos quanto a democracia. Essa visão é tão clara que Thomas Hobbes, resgatando a comparação da circulação do dinheiro com a circulação sanguínea no corpo humano, diz que da mesma forma que a concentração excessiva de sangue em uma parte do corpo pode levar a problemas de saúde, também a concentração de riqueza em algumas poucas pessoas pode fazer

“Surtem então dois efeitos negativos, um fiscal e outro cívico. Primeiramente, deterioram-se os serviços públicos, porque aqueles que não mais precisam deles não têm tanto interesse em apoiá-los com seus impostos. Em segundo lugar, instituições públicas como escolas, parques, pátios recreativos e centros comunitários deixam de ser locais onde cidadãos de diferentes classes econômicas se encontram. Instituições que antes reuniam as pessoas e desempenhavam papel de escolas informais da virtude cívica estão cada vez mais raras e afastadas. O esvaziamento do domínio público dificulta o cultivo do hábito da solidariedade e do senso de comunidade dos quais depende a cidadania democrática” (SANDEL, 2016, p. 328).

²⁴³“À medida que o luxo se estabelece numa república, o espírito se volta para o interesse particular. Aos indivíduos, aos quais nada é preciso senão o necessário, nada resta a desejar senão a glória da pátria e a sua própria glória. Mas uma alma corrompida pelo luxo possui muitos outros desejos; dentro em pouco tornar-se-á inimiga das leis que a incomodam. O luxo que a guarnição de Rhéghe começou a conhecer fez com que a mesma estrangulasse os seus habitantes” (MONTESQUIEU, 2012, p. 129).

²⁴⁴“Essa é a causa pela qual os homens, quando desejam a mesma coisa e não podem desfrutá-la por igual, tornam-se inimigos e, no caminho que conduz ao fim (que é, principalmente, sua sobrevivência e, algumas vezes, apenas seu prazer), tratam de eliminar ou subjugar uns aos outros” (HOBBS, 2014, p. 107).

²⁴⁵“Pode-se acrescentar ainda que os fatores, que acabam por reproduzir e emperrar a capacidade ativa do Estado na consecução dos direitos fundamentais previstos pela Constituição, inerente perante a pauperização material dos seus cidadãos e a concentração de renda mais aviltante ocorrida no mundo nos últimos quinze anos, impedem o desenvolvimento de uma real liberdade social, submetida que está aos seus pressupostos materiais” (DERANI, 2008, p. 211).

o Estado adoecer²⁴⁶. Ademais, Montesquieu salienta que a desigualdade produz o luxo e que o luxo só é possível por meio da exploração de algumas pessoas por outras. Se a democracia é o regime da liberdade, então a exploração fruto da desigualdade lhe faz oposição e com ela não pode coexistir no mesmo tempo e espaço, afinal uma pressupõe o fim da outra²⁴⁷. É essa desigualdade, inclusive, que permite o surgimento de um poder que não é político, mas que é um poder econômico.

b) Aumento do poder econômico sobre o poder político representativo

Capitalismo e democracia não se combinam facilmente, é o que dizem os especialistas como Wolfgang Streeck (2012, p. 36). Há uma constante e eterna tensão entre o poder econômico e a democracia. O capitalismo é uma força de acumulação e se torna tão mais eficiente e poderosa quanto mais consegue acumular, para isso, o funcionamento econômico deve ser deixado o mais livre possível de qualquer amarra ou limite político, ideológico ou valorativo. Por outro lado, a democracia, que se baseia na participação de todos e na decisão da maioria, permite que limites e regras sejam impostas ao poder econômico em vista de o poder democrático estar baseado no desejo do povo²⁴⁸. Essa tensão entre acumulação sem limites, por um lado, e restrições e regras distributivas, de outro, faz com que a acumulação capitalista se choque com as ideias e anseios democráticos, chegando essa tensão em um limite que ambos não possam conviver juntos (VARELA; SANTA, 2017, p. 39). Essa tensão, entretanto, foi

²⁴⁶“Pode existir, algumas vezes, no Estado, uma doença semelhante à pleurisia, quando o tesouro do Estado, saindo de seu curso normal, concentra-se demasiadamente num ou em vários indivíduos particulares, por meio de monopólios ou de contratos de renda públicas, da mesma maneira como se dá com o sangue nessa doença, que, alcançando a membrana do tórax, causa-lhe uma inflamação acompanhada de febre e dolorosas pontadas” (HOBBS, 2014, p. 260).

²⁴⁷“O luxo acha-se sempre em proporção com a desigualdade das fortunas. Se num Estado, as fortunas estiverem igualmente repartidas, não existirá o luxo: porque este não é fundado senão sobre as comodidades que se usufruem pelo trabalho de outrem” (MONTESQUIEU, 2012, p. 127).

²⁴⁸“Democracia e capitalismo sempre guardaram uma forte, permanente e indissolúvel relação de tensão. Por um lado, o capitalismo é uma força de acumulação que não suporta limites. É uma mecânica cuja força motriz é a continuação de uma acumulação sem fim. Por isso, a acumulação capitalista tem de ser mantida tão desimpedida quanto possível de restrições legais e de constrangimentos fiscais determinadas por critérios de ordem política e ideológica. Por outro lado, como responde a anseios e interesses definidos com base no sufrágio universal e na regra de maioria, a democracia representativa possibilita a imposição de limites à lógica capitalista e ao jogo financeiro, com o objetivo de assegurar algum equilíbrio entre enriquecimento privado e justiça distributiva. A democracia também permite a formulação e implementação de políticas governamentais capazes de aumentar a igualdade de oportunidades – medida necessária para assegurar alguma mobilidade ao livre jogo de mercado e que tende a levar a um aumento da participação do setor público na economia, alterando, com isso, a relação entre bens privados e bens públicos, em favor destes últimos” (FARIA, 2017, p. 57).

temporária e provisoriamente amenizada pelo surgimento do Estado social²⁴⁹, que conseguia equilibrar acumulação e divisão face as potencialidades que o período do pós-guerra fornecia. Todavia, com o passar do tempo, o fim do mundo bipolar, a globalização e a emergência de um novo modelo econômico, essa temporária trégua entre capitalismo e democracia – entre poder econômico e poder político – cessou, fazendo com que o atual sistema econômico se incompatibilizasse novamente com o exercício da soberania popular²⁵⁰. São pelo menos duas as razões. Primeiro porque a democracia é o governo de um poder visível (o povo), enquanto que o atual modelo econômico é o governo da “mão invisível” (o mercado)²⁵¹. Segundo porque a atual configuração do capitalismo exclui e marginaliza deferindo o governo e o poder de decisão apenas a aqueles que detenham o poder econômico, enquanto que a democracia é um governo inclusivo, isto é, o governo de todos²⁵². Não por outra razão que já na base desse pensamento, o liberalismo econômico, se pregava que apenas os proprietários deveriam ter poder político e não se deveria reconhecer direitos e participação política aos trabalhadores²⁵³.

O poder econômico, entretanto, sempre faz sentir sua presença na política, especialmente quando a economia se encontra em crise. Em nome do lucro, do salvamento da economia ou do crescimento, o poder econômico pressiona para suspender democracias, retirar líderes eleitos do poder, implantar ditaduras, ou outros mecanismos para esses fins. Essa tendência é bem conhecida da história, e o pequeno retrospecto que se fez no item 1.2 sobre os ciclos longos são suficientes para provar isso. Os períodos de recessão econômica estão cheios

²⁴⁹“Na figura de democracias de massa de Estados sociais, a forma econômica altamente produtiva do capitalismo foi sujeitada pela primeira vez de modo social e mais ou menos harmonizada com a autocompreensão normativa de Estados constitucionais democráticos” (HABERMAS, 2001, p. 64).

²⁵⁰ “Mientras que antaño el poder político se caracterizaba precisamente por crear su propio espacio – la nación – el actual proceso de globalización no solo permea las fronteras nacionales como nunca antes, sino que socava la relativa congruencia que existía entre los espacios políticos, económicos y culturales. Por consiguiente, no solo la soberanía nacional, sino también la categoría de soberanía popular, tan crucial para la idea democrática, se ha vuelto problemática. La vieja tensión entre democracia y capitalismo se expresa hoy en la distancia que separa la integración sistémica de economía y administración, que se produce a nivel supranacional, de la integración política que apenas se realiza en el ámbito del Estado nacional” (FARIA, 2004, p. 39).

²⁵¹“Um dos lugares-comuns de todos os velhos e novos discursos sobre a democracia consiste em afirmar que ela é o governo do ‘poder visível’” (BOBBIO, 2015, p. 134).

²⁵²“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” (GRAU, 2005, p. 57).

²⁵³“[John Locke] mesmo favorecendo o governo representativa, restringia a representação aos ricos e proprietários. Não era um republicano em sentido estrito, e sim um parlamentarista monárquico, a favor de um governo burguês associado à aristocracia. [...] Existem dois supostos no pensamento de Locke de acordo com C. B. Macpherson: o primeiro é que os trabalhadores não são membros com pleno direito do corpo político, e o segundo é que não vivem nem podem viver uma vida plenamente racional. Mas estas premissas não são apenas de Locke, mas sim da Inglaterra de sua época, que considerava natural a incapacidade política dos trabalhadores. Os pobres estão na sociedade civil, mas não são membros plenos dela nem são considerados cidadãos. [...] A Revolução Gloriosa não pretendia a igualdade política, como alguns grupos radicalizados durante a Guerra Civil inglesa, e sim a implantação de uma monarquia limitada, com um sistema oligárquico no governo” (CENCI; HAMEL, 2016, p. 174).

de golpes, revoluções, trocas de regimes, autoritarismos, totalitarismos, fascismos e nazismos. Em busca da recuperação econômica, da retomada do crescimento e da superação de uma crise, o poder econômico está disposto a decapitar reis, derrubar democracias, lançar bombas atômicas em civis inocentes ou mesmo exterminar pessoas em câmaras de gás. Embora esses exemplos sejam bastante extremos e terríveis (e o fator econômico não seja o único responsável por eles), o fato é que o primeiro impacto de uma crise econômica, depois de derrubar as bolsas de valores, ocorre na política. Engana-se quem acha que o fenômeno é novo. Marco Tulio Cícero, do auge da república romana, denuncia que os povos (incluindo o romano), quando tudo vai bem, gostam de estar no comando, mas basta uma crise (que pode se expressar em uma guerra, na fome, ou na crise dos títulos imobiliários nos Estados Unidos) e estão dispostos a se submeter a um poder supremo e único renunciado a toda e qualquer autonomia em nome da superação da crise²⁵⁴. Como a humanidade não mudou muito de Cícero até hoje, aqueles detentores do capital, quando estão ameaçados, buscam sempre se refugiar no autoritarismo que afugenta o povo e suas demandas, e concentra o poder no que interessa ao poder econômico. Superadas as crises, a elite quase sempre acaba consentindo com o retorno da democracia²⁵⁵. Três exemplos (um antigo e dois mais recentes) são suficientes para mostrar o que se disse acima.

O primeiro exemplo é trazido por Eric Hobsbawm (2016, p. 373), que conta que quando das revoluções industrial e francesa, as elites econômicas dentre os revolucionários preferiam uma monarquia constitucional que garantisse seus interesses do que uma democracia que os submetessem aos interesses do povo. Este período foi próspero em produzir intelectuais que denunciavam como a democracia poderia levar à barbárie e ao caos.

O segundo exemplo é produto nacional, diz respeito à instalação do regime militar em 1964 e sua transição para a democracia. A implantação do regime militar se deu com apoio da classe empresarial brasileira que se sentia atraída pelos militares e suas promessas. Acontece que as promessas não se cumpriram, e foi o regime militar começar a apresentar seus primeiros sinais de exaustão e todos os empresários foram os primeiros a abandonar o autoritarismo e se

²⁵⁴“Do mesmo modo, o nosso povo, em paz e nos seus lares, quer mandar ameaçando, recusando, denunciando, afastando os seus magistrados; mas, sobrevindo a guerra, obedece a um rei, e toda paixão tumultuosa sacrifica-se e perece em aras da salvação da pátria. Nossos pais já o fizeram; nas principais expedições, quiseram um só chefe cujo título expressasse a extensão de seu poder: era o ditador, assim chamado porque escolhido pelo dito de um cônsul, e vê-se que em nossos livros tem o nome de mestre do povo” (CÍCERO, 2005, p. 55).

²⁵⁵“Argumentei que o Brasil voltaria necessariamente à democracia porque já havia completado sua ‘revolução capitalista’ e porque, em um sistema totalmente capitalista, a democracia é o único regime político que faz sentido no longo prazo. No curto prazo, uma classe capitalista ameaçada pode escolher um regime autoritário, como foi o caso do Brasil em 1964. Mas em uma economia de mercado, à medida que o controle direto do governo deixa de ser uma condição de sobrevivência para os capitalistas, eles se tornam, primeiro, menos resistentes e, finalmente, dão apoio às demandas da população por democracia” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 67-68).

refugiar na democracia. Assumindo-se democratas passaram a fazer pressão para que o novo regime e a nova constituição deixassem a economia em paz e que se reduzisse a intervenção estatal na livre iniciativa privada. Eros Roberto Grau apresenta o discurso de um desses empresários que assumiram uma visão democrática:

Sabemos, perfeitamente, como empresários que somos, e portanto pragmáticos por natureza, que as discussões acadêmicas são indiscutivelmente importantes e ouvimos com muita atenção a abordagem do Prof. Eros, mas eu talvez pudesse iniciar respondendo a uma questão que ele aqui colocou: Por que não há debate judicial sobre a estatização? Diria, pura e simplesmente porque o empresário entende que não vale a pena perder tempo com esse tipo de discussão, porque sabemos que a Constituição é descumprida em vários aspectos, não apenas neste. O fundamental hoje é o empresário exercer preponderantemente o seu poder de pressão, exercer o 'lobby' nesta oportunidade em que se mudam os rumos deste país, para estancar a participação do Estado na economia. Querer aqui repetir dados sobre essa participação seria além de enfadonho inteiramente desnecessário, porque sabemos precisamente que nos últimos 20 anos fomos literalmente submetidos ao conto do vigário por parte deste sistema que se implantou em 1964 com o apoio nosso e de toda a sociedade brasileira. É a mesma estrutura de apoio que está recebendo Tancredo Neves. Existe um consenso nacional de que é necessário mudar agora. Fomos, entretanto, conduzidos através de caminhos não pré vistos (sic), não imaginamos venha a ser tomado a partir de 1985 pois na época existia um componente que merece respeito, que é a força. Hoje temos instrumentos democráticos que nos permitem abertamente discutir e exercer o nosso poder de pressão. Mas na época, além de impedir fisicamente essa atuação do empresário, também mascaravam uma realidade nacional, porquanto não existia essa possibilidade de livremente debater e conseqüentemente as informações não circulavam e a verdade sobre a situação do país não era do conhecimento público, como é hoje. E foi perfeitamente natural o que aconteceu, porque todo esse avanço do Estado na economia é muito característico de regimes fortes, de exceção, em que a impunidade se coloca acima de tudo no Estado. As disfunções ocorrem e estamos hoje face a uma realidade, que é o exagero da participação do Estado na economia. (...) A posse do novo governo Tancredo Neves, tem um significado que é de colocar novamente os destinos do país sob a égide da classe política. E com isto temos que nos acostumar (sic). Sabemos que existem comportamentos de políticos que não são inteiramente favoráveis e até muito pelo contrário são bastante conflitantes com o que pensamos em relação ao capitalismo privado, à livre iniciativa, à defesa intransigente do lucro. Mas temos que fazer uma opção e essa opção já fizemos, que é a da democracia. (GRAU, 2005, p. 336-337).

O discurso comprova que o poder econômico está envolvido nas trocas de poder, que esteve presente e atuante no fim da democracia em 1964 e também em sua restauração. O discurso do empresário é claro ao considerar ambos os regimes uma escolha dessa classe. Isso mostra o quão poderoso o poder econômico é e como pode derrubar ou criar democracias.

Geralmente, quando o poder econômico se sente ameaçado ou está em crise e precisa “cortar gastos”, a democracia é a primeira a sofrer os efeitos. Mas, quando a elite econômica se sente confortável consente na democracia, é por esse motivo que Luiz Carlos Bresser-Pereira atribui a uma classe empresarial bem estabelecida a queda da ditadura, e não aos grupos de pressão progressistas²⁵⁶.

O terceiro exemplo, finalmente, é mais recente e mostra que o poder econômico – desde 2008 (nos EUA), 2011 (na Europa) e 2014 (no Brasil) – já não se sente mais seguro e começa a rivalizar novamente com a democracia. Como já se disse acima, a Europa em 2011 vivenciou uma crise econômica grave, resultado da crise de 2008 nos Estados Unidos. Embora vários países tenham sido atingidos, alguns foram mais afetados do que outros. Esse foi o caso da Grécia, da Irlanda e da Itália. No auge da crise as democracias desses países foram suspensas e seus líderes retirados do poder pela pressão da Comissão Europeia²⁵⁷. O caso grego, o mais escandaloso, foi emblemático dada a resistência que o povo realizou contra as medidas que retiravam seus direitos e violavam sua democracia. A reação europeia à resistência foi rápida e veemente. O ministro das finanças da Alemanha, Wolfgang Schäuble, propôs a suspensão das eleições na Grécia até as que medidas de austeridade impopulares fossem não apenas aplicadas, mas produzissem seus efeitos justificando que a democracia era um regime já antiquado e inadequado para os novos desafios. A presidente do FMI, Christiane Lagarde, foi ainda mais direta e acusou a democracia grega de ser um obstáculo ao tratamento da crise econômica²⁵⁸. É

²⁵⁶“Enquanto nos conhecidos estudos sobre as transições democráticas editados por O’Donnell, Schmitter e Whitehear (1986), a transição no Brasil é vista sobretudo como uma questão interna dos militares – uma vitória dos progressistas sobre os ‘linhas-duras’ – e como uma resposta às pressões internacionais, eu a considero o resultado da existência de uma classe empresarial bem estabelecida no país. Quando isso acontece, os regimes autoritários têm vida curta” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 67).

²⁵⁷“Na Europa era ainda pior. Numa iniciativa indecorosa e assustadora, a aliança franco-germânica resolveu suspender os processos políticos usuais – a democracia – depois de julgar que estavam ameaçando a moeda única. Interferiram diretamente na soberania de dois países e demoveram seus líderes, que, por pior que fossem, haviam sido eleitos democraticamente. George Papandreu e Silvio Berlusconi foram substituídos por Lucas Papademos, na Grécia, e por Mario Monti, na Itália, ambos com credenciais impecáveis como economistas. Não tinham legitimidade política em seus países, mas gozavam da confiança dos demais líderes europeus” (BOLLE, 2016, p. 68).

²⁵⁸“O tenso, arrastado e por vezes contraditório encaminhamento de uma solução para a dívida grega, que levou alguns economistas a classificar a Grécia como ‘o Lehman Brothers da zona do euro’, culminou com uma proposta bastante controversa do Ministro das Finanças alemão, Wolfgang Schäuble. Ele sugeriu a suspensão das eleições gregas durante determinado período, até que as impopulares medidas de austeridade orçamentária impostas ao país pela Comissão Europeia, pelo Banco Central Europeu e pelo FMI fossem postas em prática e dispusessem do tempo necessário para apresentar resultados. Em entrevista aos jornais econômicos com maior prestígio mundial, Schäuble por diversas vezes já havia reivindicado ‘novas formas de governança europeia e internacional’, classificando a democracia representativa como uma forma de governo ‘antiquada’, que não estaria à altura dos desafios da globalização. No mesmo sentido, porém mais moderada no tom, a presidente do FMI, Christiane Lagarde, afirmou que a democracia ‘é um obstáculo para o tratamento da crise grega’” (FARIA, 2017, p. 95-96).

assim que as democracias entram em crise, pois em tempos de recessão econômica quem manda são os credores e não os eleitores (FARIA, 2017, p. 99).

Os três exemplos acima só fazem comprovar o peso que o poder econômico tem sobre a democracia e qual a sua capacidade de levá-la à crise, especialmente em momentos de crise econômica. Percebe-se que a qualquer momento a economia e o mercado podem “intervir” na democracia, muito embora os textos legais falem apenas de intervenção da política e do Estado na economia e no mercado (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 13-14). Com isso, o poder econômico passa a substituir a democracia impondo sua racionalidade a todas as decisões, que não são mais tomadas de uma perspectiva da maioria ou de valores e ideais políticos, mas a partir da visão pragmática do mercado cujo único compromisso é com a eficiência do lucro²⁵⁹. O poder não está mais no povo, mas no mercado, pois as decisões deixaram de ser tomadas pelo povo em um ambiente político para serem tomadas pelo poder econômico no mercado²⁶⁰. Nesse contexto o princípio da representatividade, tão caro à democracia, perde por completo seu valor, já que algumas pessoas ou grupos, por deterem o poder econômico, podem impor seus desejos e decisões sobre os demais levando à perda da legitimidade e da confiabilidade da política e da democracia²⁶¹.

Essa invasão do mercado na política e a substituição da lógica democrática pela lógica econômica, na atualidade, não ocorre por meio de golpes de Estado com militares depondo governantes civis, mas se dá por meio da tecnocracia²⁶². Como já se disse mais acima (item

²⁵⁹“Por isso mesmo, outra importante faceta desse processo de recomposição do sistema de poder do Estado-nação são as recorrentes discussões sobre o sentido, o alcance e o *locus* da democracia representativa no âmbito da economia globalizada; sobre a substituição da política pelo mercado como fator determinante do ‘âmbito público’; sobre a erosão dos distintos mecanismos de formação da identidade coletiva forjadas pela modernidade; sobre os novos tipos de sociabilidade gerados pela mercantilização das mais diversas relações sociais; sobre o impacto fragmentador ocasionado pela diversidade de ritmos, dinâmicas e horizontes temporais com relação às percepções da história e de um futuro nacional; sobre a efetividade da representação parlamentar; e, por fim, sobre o caráter cada vez mais difuso e menos transparente da elaboração das regras jurídicas em matéria econômica, monetária, financeira, cambial, industrial e comercial” (FARIA, 2004, p. 28).

²⁶⁰“De modo que ha desaparecido el nexo democracia-pueblo y poderes de decisión-Estado de derecho, tradicionalmente mediado por la representación y por la primacía de la ley y de la política que da origen a dicha ley”.

“El principio de la representación se vuelve totalmente inadmisibile con la desaparición de la relación entre poder político y pueblo; en otras palabras, por el hecho de que las decisiones relevantes no corresponden ya a los poderes estatales, sino a poderes supraestatales o, peor, a poderes de otros Estados o, peor aún, a los poderes económicos del mercado: en todo caso, a poderes sustraídos a cualquier control popular, ni si quiera lejano o indirecto” (FERRAJOLI, 2005, p. 110 e 113).

²⁶¹ “As liberdades protegidas pelo princípio da participação perdem muito de seu valor sempre que os detentores de maiores recursos privados têm permissão de usar suas vantagens para controlar os rumos do debate público, pois essas desigualdades acabarão por possibilitar aos que estão em melhores condições exercer uma influência maior sobre os rumos da legislação. Com o tempo, é provável que venham a exercer um peso preponderante na decisão das questões sociais, pelo menos no que se refere àqueles assuntos sobre os quais costumam concordar, isto é, em relação àquilo que favorece suas circunstâncias privilegiadas” (RAWLS, 2016, p. 278).

²⁶²“A chamada tecnocracia surge quando o corpo técnico, ao invés de se limitar às três tarefas supra-indicadas, passa a fixar diretamente os fins a serem alcançados pela sociedade, substituindo-se a ela, portanto. Uma segunda

1.2), um dos motivos da economia prevalecer sobre a política é o fato daquela ser considerada “exata” ou objetiva, ou ainda, “desideologizada”. Um sintoma claro disso é a aparição com cada vez maior frequência de candidatos a cargos públicos eletivos (especialmente do executivo) que se recusam a ser chamados de políticos, mas se autodenominam “administradores” ou “gestores” e prometem um mandato puramente “técnico”. Esses políticos “não-políticos” são, quase sempre, egressos do mercado e dirigem o governo para o qual foram eleitos como verdadeiros CEOs buscando maximizar lucros (que o poder público não tem) e cortar gastos (que são a razão de ser do poder público). Assim, o debate político e a participação popular são afastados dos centros decisórios, pois os tecnocratas entendem que nenhuma decisão política, por mais legítima que seja, supera em eficiência as decisões calculadas do mercado, por mais duras ou indiferentes que possam ser²⁶³. A política é, aos poucos, retirada do centro decisório sob esse pretexto de maior tecnicidade, e proliferam-se agências independentes, Bancos Centrais independentes e a democracia vai, pouco a pouco, perdendo território. Os políticos, que passam a se recusar a decidir sobre questões complexas e técnicas, dão lugar aos técnicos e peritos²⁶⁴. Saem os juízos de valor, entram os cálculos dos preços. Assim desaparecem as

modalidade da mesma tecnocracia verifica-se quando as íntimas relações existentes entre fins e meios, em termos não apenas funcionais mas axiológicos, são ignoradas. Com efeito, não importa apenas à sociedade fixar uma determinada meta, mas interessa-lhe igualmente saber de que forma será atingida. Isso porque aquilo que para os técnicos pode não passar de simples meio, para a comunidade muitas vezes representa um fim em si. Assim, por exemplo, todos podem estar de acordo com o objetivo de aumentar a produção ou a produtividade de um dado setor. Rejeitarão, porém, um aumento compulsório de horas de trabalho apontado como meio para alcançá-la. A melhor distribuição de renda poderá, como objetivo, atrair o consenso quase geral, mas não às custas de uma tributação asfixiante. Em suma, muitas vezes será mais importante e melindroso decidir o meio do que concordar com o fim, o que exige um permanente controle social sobre o processo de formulação e aplicação da política econômica. Esta, fora de controle, pode assumir feições totalitárias, ainda quando formalmente inserida num processo democrático” (NUSDEO, 2008, p 173).

²⁶³“Caso se consultasse a opinião da maioria sobre as mudanças que o progresso implica, esta, provavelmente, tentaria impedir muitas das suas condições e consequências indispensáveis, acabando, assim, por estancar o próprio progresso. Eu ainda não tenho notícia de um caso em que o voto deliberado da maioria (distinta da resolução de certas elites governantes) tomou decisão sobre tais sacrifícios no interesse de um futuro melhor com a competência demonstrada pelas sociedades de mercado livre” (HAYEK, 2014, p. 69).

²⁶⁴“Como, em princípio, a regra de maioria seria aplicável somente a questões ‘opinativas’, não podendo ser utilizada como alternativa ao conhecimento científico e tecnológico, no âmbito da economia é cada vez maior o número de assuntos ‘técnicos’ subtraídos à discussão política, conforme fica sugerido na citação acima, nesse sentido, os dirigentes governamentais justificam como simples ‘exigência técnica’ sua reivindicação de independência e autonomia absolutas nas decisões relativas a câmbio, juros e moeda – como se não houvesse alternativas políticas quanto aos fins de suas políticas macroeconômicas, porém apenas quanto aos meios mais adequados para alcançá-los e/ou implementá-los. Decorre daí, numa linha não muito discrepante daquela acima expressa na citação do professor do MIT, a tendência de alguns governos e parlamentos de países periféricos e semi-periféricos de ‘despolitizar’ sua moeda, inicialmente concedendo aos Bancos Centrais ampla liberdade de controlar a oferta monetária; em seguida, convertendo-os em poderes dotados de grande autonomia funcional e independência administrativa; e, por fim, inspirando-se nos modelos do Federal Reserve, nos Estados Unidos, e do Bundesbank, na Alemanha. ‘blindando-os’ mediante a adoção de mandatos fixos – e não coincidentes com o do presidente da República ou o do primeiro-ministro – para seus dirigentes. Essa estratégia tem por objetivo impedir que os ciclos eleitorais influenciem ou condicionem a condução da economia e assegurar uma gestão continuada capaz de fixar padrão no controle da moeda”.

democracias e os direitos, que já não fazem sentido numa avaliação pragmática e técnica dos mercados.

É dessa maneira que o poder econômico abala a democracia colidindo com um dos seus pilares, a autonomia. Quando as pessoas – o povo – já não podem mais decidir seus rumos porque o poder econômico sobrepuja qualquer outro poder e qualquer limite, então este povo já não é mais autônomo, e sim, vive sob a heteronomia mercadológica em que suas vidas e suas necessidades não são mais valoradas, e sim, precificadas²⁶⁵.

c) *Crise do Estado-nação*

Sobre a crise do Estado moderno já se falou longamente no item 1.3.1, no qual se apresentou um retrospecto do surgimento e das bases do Estado nacional e quais os motivos que levam a sua crise. No entanto, cabe nesta oportunidade apresentar com maior vagar o impacto dessa crise na democracia.

A crise do Estado é bem representada no atual antagonismo entre o pensamento econômico e o modelo de Estado social. Defende-se um Estado mínimo, contudo, o tipo de Estado que se desenha reflete a força da democracia que o governa. O Estado mínimo é aquele que se preocupa apenas com a propriedade e a segurança, é um Estado para os proprietários e apenas para eles, logo, a democracia desse tipo de Estado é igualmente mínima e direcionada para poucos. Já a democracia do Estado social é bem mais ampla, pois convida a todos a participar do governo. Disso resulta que a tendência de diminuição do Estado equivale à diminuição da democracia e quem deve participar dela (BOBBIO, 2015, p. 61-62). Por isso Eros Roberto Grau apontar como as maiores vítimas da crise do Estado de bem-estar as pessoas que dependem do Estado e a própria democracia²⁶⁶.

“A primeira tendência é de alargamento e desformalização nos tradicionais procedimentos de elaboração legislativa, especialmente nas questões mais técnicas, de caráter interdisciplinar e situadas nas fronteiras do conhecimento. Quanto maiores são a complexidade e os riscos das matérias a serem convertidas em leis, menos as instituições políticas formalmente encarregadas de concebê-las sob a forma de projetos, de votá-las e de sancioná-las manifestam-se dispostas a assumir, no exercício de suas prerrogativas funcionais, a responsabilidade exclusiva por elas” (FARIA, 2017, p. 65 e 89).

²⁶⁵“Mais do que nunca, o poder econômico parece ter se tornado poder político, enquanto os cidadãos parecem estar quase inteiramente despojados de suas defesas democráticas e de sua capacidade de imprimir à economia interesses e demandas que são incomparáveis com os dos detentores de capital” (STREECK, 2012, p. 56).

²⁶⁶“A Constituição de que cogito é a Constituição do Brasil. Não de qualquer outro Estado, desenvolvido, cujos próceres possam se lançar à aventura de desmantelamento do *Welfare State*, desmantelamento cujas primeiras vítimas são os assalariados, mas cuja vítima seguinte será, certamente, a democracia”.

“A Constituição de 1988, do Brasil, norma fundamental do direito brasileiro, projeta precisamente a instalação de uma sociedade estruturada segundo aquele modelo – disse-o no item 96 – e justamente visando a consolidação da democracia” (GRAU, 2005, p. 314-315).

Outro aspecto relevante da crise democrática é a tendência ao aumento do autoritarismo, facilmente visualizado na atualidade. Esse retorno ao autoritarismo é uma espécie de resposta e consequência do autoritarismo do poder econômico sobre a democracia. A investida do poder econômico sobre o Estado – impedindo-o de regular e planejar a economia, atender as necessidades da população e usurpando suas prerrogativas e funções – permite que esta força econômica escape a qualquer controle democrático instituindo um verdadeiro “fascismo social”²⁶⁷. Todo esse autoritarismo faz as pessoas descreditarem na força da democracia e se servirem de outros regimes tão autoritários quanto aquele do poder econômico.

Essa perda da autonomia dos Estados frente o poder econômico simplesmente esvazia as instituições democráticas, o que as joga no descrédito da população²⁶⁸. Quanto mais os Estados se rendem às exigências do poder econômico menos poder as democracias possuem. Essa relação diretamente proporcional entre autonomia estatal e força democrática explica bem porque a crise do Estado nacional é um dos fatores mais importantes para se entende a crise da democracia.

A crise do Estado-nação, portanto, abala o alicerce institucional da democracia. A incapacidade do Estado de impor aquilo que democraticamente se decidiu faz com que a democracia perca seu significado e importância. A essência democrática da autonomia se perde quando a democracia não consegue fazer com que suas decisões sejam materializadas e efetivadas pelo Estado, pois este se encontra subserviente e constrangido por poderes econômicos transnacionais, muito superiores em capacidade de organização, recursos e extensão de influência.

d) Quebra da dicotomia público-privado

A divisão entre público e privado é uma das bases mais importantes tanto para o surgimento e legitimação do Estado quanto da democracia. Já se disse mais acima que, graças a esta dicotomia, é possível estabelecer um perímetro ao redor do indivíduo, dentro do qual ele

²⁶⁷Boaventura de Souza Santos define o fascismo social como “a usurpação de prerrogativas estatais (de coerção e de regulação social) por atores sociais muito poderosos, que, escapando a todo controle democrático, neutralizam o controle social produzido pelo Estado” (MARQUES NETO, 2002, p. 175).

²⁶⁸“Por consequência, como, com a transnacionalização dos mercados, as complexas tramas de interesses e poderes constituídos pelos agentes econômicos levam os governos a perder as capacidades de esgotar os recursos tributários da economia interna, de pensar estrategicamente o futuro, de estabelecer objetivos de longo prazo, de garantir as condições físicas mínimas indispensáveis a qualquer projeto de crescimento, de promover a ideia de justiça pela ação fiscal e de assegurar as bases fundamentais de sua legislação, no plano político as instituições democrático-participativas organizadas em bases nacionais tendem a ser esvaziadas” (FARIA, 2002a, p. 69-70).

pode, individual e livremente, fazer suas escolhas com base em sua vontade particular. Há, por outro lado, o que se chama de público, que é o reino do geral, do universal ou, ainda, do comum. Neste espaço as decisões não são fruto da vontade do indivíduo segundo seus próprios interesses particulares, mas é resultado do procedimento que constrói o interesse público. O procedimento de construção do interesse público atualmente mais aceito e utilizado pelas sociedades é a democracia.

É em razão da existência dessa dicotomia do público e do privado que a sociedade vota, por exemplo, quem será o presidente ou o prefeito, mas deixa a escolha pessoal e individual de cada um de qual a profissão que deseja seguir. Sem essa divisão as pessoas estariam submetidas a uma “ditadura” do público que definiria tudo em suas vidas ou, de um outro extremo, redundaria na “ditadura” do privado em que todas as decisões partiriam de um interesse ou vontade particular. Assim, o que sustenta a existência de um Estado e da democracia como método de decisão é justamente o reconhecimento de que há alguns assuntos e algumas decisões que não podem ser resultado da vontade privada de alguém ou de um grupo de pessoas, e que as vontades particulares devem se submeter ao interesse e à vontade comuns.

É por isso que a existência da divisão entre público e o privado e a prevalência daquele sobre este é condição para a democracia²⁶⁹. Ocorre que a atual condição do mundo globalizado que faz emergir poderes privados muito superiores aos poderes públicos provoca uma inversão dessa relação destruindo tanto internacional quanto nacionalmente a ideia de interesse público e criando um vazio de espaço público decisório²⁷⁰. Isso põe em risco a sobrevivência da democracia, pois se tudo se torna privado ou resultado de uma decisão individual, a democracia como método de produção do interesse público deixa de fazer sentido²⁷¹. Se, como se viu um pouco mais acima, o poder econômico (detido por alguns poucos entes privados em razão da abissal desigualdade) é que toma as decisões segundo o seu ponto de vista e para manutenção de seus próprios interesses, então o poder político já não decide mais, e a democracia se torna um método sem sentido.

²⁶⁹“A prevalência da política sobre a produção, do Estado sobre os mercados, da vontade coletiva e livre dos cidadãos sobre o sistema econômico não está isenta de restrições econômicas, mas é a condição para um sistema de governo democrático” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 25).

²⁷⁰“Paso ahora a examinar el segundo orden de problemas y peligros para el futuro de la humanidad señalado al final del § 16.3, esto es, la crisis y la deformación de la democracia y del estado de derecho generadas por el vacío de derecho público que caracteriza a los modernos procesos de globalización sin reglas” (FERRAJOLI, 2013, p. 512).

²⁷¹“Es evidente que el vacío de derecho público internacional, en el que veo el rasgo jurídico de la globalización, resulta insostenible a largo plazo en una sociedad global cada vez más frágil e interdependiente si no es al precio de ir al encuentro de un futuro de guerras y violencias capaces de poner en peligro, sobre todo, la supervivencia de nuestras propias democracias” (FERRAJOLI, 2013, p. 531).

Essa tensão entre o público e o privado fica muito bem configurada na tensão que há entre Estado e mercado e entre a democracia e o poder econômico mais acima referido. O choque entre público e privado, entre mercado e Estado ocorre porque no público, campo do universal, deve prevalecer a igualdade entre as pessoas, enquanto que no mercado, campo do privado, impera a liberdade para a circulação dos bens²⁷². Entende-se, assim, porque a democracia e o capitalismo nessa perspectiva são conflitantes ou difíceis de conviver, pois a democracia atua no público e pelo público tentando igualar os participantes do público, mas o atual modelo econômico faz o individual invadir o público por meio das privatizações, da retirada de regulações e da diminuição do Estado em busca da liberdade, o que produz a desigualdade. Com a prevalência cada vez maior desse pensamento privatizante, tudo o que é público passa a ser combatido e, a reboque, a democracia, como meio decisório do público, também é combatida.

Jacques Rancière chama esse combate de “ódio à democracia”, pois o mercado não aceita a igualdade defendida pela democracia, pois esta igualdade limita a liberdade irrestrita defendida pelo mercado. O poder econômico não quer se ver invadido pela igualdade democrática, nem limitado por ela, por isso a invade e controla²⁷³. O fim da dicotomia público e privado, primeiro com a privatização de tudo o que é público e depois com o esgarçamento da fronteira que separa os dois, confere um poder cada vez maior ao privado e, ao mesmo tempo e por consequência, cada vez menor ao público, onde habita a democracia (FARIA, 2017, p. 113-114).

* * *

A conclusão que se chega do que se abordou aqui sobre a democracia, é que ela se encontra em crise porque suas três bases – autonomia, igualdade e direitos – estão sendo duramente atacadas pela desigualdade social (que priva a muitos não apenas de dignidade, mas também de poder, enquanto proporciona a outros poucos uma concentração inimaginável desse poder), pelo poder econômico (que não cessa de crescer e impor sua vontade ao político), pela

²⁷² “Como nos ensina Pietro Barcellona: ‘Toda a estrutura do relacionamento social que se institui entre a nova classe burguesa e os outros extratos sociais (...) é marcada por uma profunda contradição, que exprime a tensão entre a necessidade de formalização, por um lado, de uma instância igualitária e a necessidade de garantir, ao mesmo tempo, um sistema de diferenciação social fundado sobre o processo privado e sobre o caráter privado da produção e circulação da riqueza’. Esta contradição, releva dizer, perpassa toda a tensão público/privado: a universalidade (política) pretendida pela esfera pública contrasta com o individualismo (econômico) da esfera privada” (MARQUES NETO, 2002, p. 43).

²⁷³ “O movimento democrático é assim um duplo movimento de transgressão dos limites, um movimento para estender a igualdade do homem público a outros domínios da vida comum e, em particular, a todos que são governados pela ilimitação capitalista da riqueza, um movimento também para reafirmar o pertencimento dessa esfera pública incessantemente privatizada a todos e qualquer um” (RANCIÈRE, 2014, p. 75).

crise do Estado nacional (o suporte institucional da democracia, que é cotidianamente afrontado por um mercado mais rico, mais poderoso e global) e pela quebra da dicotomia público e privado (com a crescente colonização e invasão do público pelo privado).

Porém, o que deve ficar destacado até aqui, sendo a linha mestra que conduz o raciocínio dessa pesquisa, é que essa crise democrática é apenas uma das peças deste grande efeito em cadeia cujo último elemento são os direitos. O movimento de crise, como se fez claro no início do capítulo, começa com a perda dos limites e dos propósitos dos negócios jurídicos, ou seja, as transações negociais entre pessoas, empresas e Estados deixam de ser funcionalizadas segundo certos valores, propósitos e objetivos para se tornar um fim em si mesmos e dar vazão a todo e qualquer interesse, mesmo que destrutivo. Essa perda de controle dos negócios jurídicos – que são a unidade básica da economia – leva à crise econômica, crise essa já prevista de antemão por vários economistas, dos quais se destaca Kondratieff. Estas crises cíclicas possuem certas características que permitem antever efeitos e resultados para muito além das questões meramente econômicas. Um desses efeitos é que, dada a conexão entre economia e Estado, a crise econômica pressupõe, quase que inevitavelmente, a crise no Estado, porém, em vista do alto grau de globalização e de interdependência entre o ambiente econômico, o jurídico e o político, esta que era uma crise “no” Estado se transforma em uma crise “do” Estado, pois este já não é mais capaz de lidar com a crise econômica que vem de encontro às suas instituições, limites e regras. Abalado o Estado, não demora para que a própria democracia seja igualmente atingida e entre em crise.

Como se percebe, toda essa sequência de crises – da economia, do Estado e da democracia – são fruto ou tiveram como origem os negócios jurídicos, mais especificamente a irresponsabilidade em lidar com eles. Em busca de maior lucro, de mais liberdade, de uma flexibilidade sem medida, os negócios jurídicos se desfizeram de suas amarras civilizatórias que são a sua função social, a dignidade humana, a boa-fé e o equilíbrio (ou igualdade).

1.4 A MORTE DOS DIREITOS

A divisão ou distribuição dos direitos é de competência do direito, da política, do Estado e da economia²⁷⁴ por, pelo menos, três motivos. Primeiro, ela é política porque essa

²⁷⁴“Para nós, o objeto principal da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou, mais precisamente, o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das

distribuição se dá conforme novas necessidades humanas²⁷⁵ surgem, segundo uma ideia ou concepção de justiça politicamente construída²⁷⁶. Segundo, ela é econômica e jurídica porque os direitos nascem de um conflito de alocação e distribuição de recursos limitados que é realizado pelo direito e que tem impactos econômicos²⁷⁷, já que os direitos são um mecanismo de correção dos desequilíbrios entre as pessoas advindos das operações e da atuação dos mercados sobre a sociedade²⁷⁸. Terceiro, a divisão de direitos é jurídica, política, estatal e econômica porque direitos são interesses a que a comunidade atribui proteção especial²⁷⁹, pois politicamente os reconhecem com certo valor e o Estado os transforma em lei²⁸⁰. Assumindo essa forma legal o Estado reconhece sua existência e torna-se obrigado a efetivá-los e protegê-los, o que faz por meio da alocação de recursos do seu orçamento na construção e manutenção de mecanismos de garantia, já que direitos meramente declarados por textos legais sem a atuação do Estado não são direitos, mas meros desejos. Direitos, portanto, têm custos, pois a proteção do Estado por meio dos seus órgãos e mecanismos de garantia são custosos²⁸¹. A atuação estatal e os custos dela decorrentes significam que os direitos têm “dentes”, pois quando

vantagens decorrentes da cooperação social. Por instituições mais importantes entendo a constituição política e os arranjos econômicos e sociais mais importantes” (RAWLS, 2016, p. 8).

²⁷⁵“Essas exigências [direitos] nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los” (BOBBIO, 2004, p. 26).

²⁷⁶“Acrescenta que são os princípios da justiça social que ‘fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social’” (GOMES, 2014, p. 174).

²⁷⁷ “Este es el fondo realista y desmitificador del AED. Su propuesta parte del reconocimiento del momento del conflicto en la misma definición de los derechos. El problema es el de la elección entre derechos, entre usos incompatibles de los recursos” (PACHECO, 1994, p. 158).

²⁷⁸“Para desfrutar dos direitos definidos pela condição humana, é necessário neutralizar as diferenças de classe. Isto implica repensar os direitos e entendê-los como componentes de um sistema de pesos e contrapesos, destinados a cumprir, entre outras finalidades, a de corrigir os desequilíbrios produzidos pela operação dos mercados” (KUNTZ, 2002, p. 22).

²⁷⁹ “Es evidente que la idea de que los derechos se erigen contra la comunidad es demasiado simple, en tanto éstos son intereses especiales a los que nosotros, como comunidad, hemos otorgado protección especial, normalmente porque afectan el ‘interés público’ – es decir, porque implican los intereses de la comunidad en su conjunto o bien el tratamiento justo de sus distintos miembros –. Al reconocer, proteger y financiar los derechos, la colectividad está impulsando lo que en general se interpreta como los intereses más profundos de sus miembros” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 138).

²⁸⁰ “Los derechos no están protegidos porque sean derechos, sino que son derechos porque están protegidos. Los derechos son los intereses que el gobierno protege frente a otros intereses cuando existe un conflicto. En la visión absolutista, los derechos son preexistentes y preeminentes a la ley; en la visión relativista, los derechos están sujetos a la ley y cambian a través de la ley. La realidad económica muestra que la visión absolutista es equivocada: los derechos que cuentan son los derechos reconocidos y protegidos por la ley; no hay derechos al margen de la ley. No hay derechos al margen del control de la ley” (PACHECO, 1994, p. 157).

²⁸¹ “Los derechos son costosos porque los remedios lo son. La imposición de las leyes es costosa, sobre todo si ha de ser uniforme y justa; y los derechos legales son vacíos si no existe una fuerza que los haga cumplir. Dicho de otro modo, casi todos los derechos implican un deber correlativo, y los deberes sólo se toman en serio cuando su descuido es castigado por el poder público con recursos del erario público” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 64).

descumpridos têm como se defender e se impor por meio da atuação estatal²⁸², por isso, sob essa ótica, os direitos podem ser resumidos como gastos (ou investimentos econômicos) públicos do Estado, politicamente decididos e juridicamente defendidos.

Do acima exposto, algumas ideias se sobressaem. A primeira delas é a vinculação entre os direitos e a ideia politicamente construída do justo. A segunda é a dependência dos direitos de certa atuação estatal. E a terceira é o impacto econômico dos direitos. Ocorre que, como se disse fartamente nos itens anteriores (especialmente no item 1.3), o atual contexto político, econômico, social, jurídico e cultural é guiado pelas ideias que reduzem o político ao mercado, e muito influenciado pela crise do Estado nacional e da democracia, o que faz com que essa definição dos direitos vinculada à política, ao Estado e à economia seja reduzida apenas ao econômico²⁸³. Sob a perspectiva da crise do Estado democrático os direitos são valorados economicamente e julgados segundo o critério e a lógica de mercado. A alocação e reconhecimento dos direitos, neste novo contexto, é fruto de um raciocínio de eficiência econômica na alocação de recursos limitados e finitos²⁸⁴. Os direitos, assim, não são mais resultado de uma luta entre classes ou grupos de interesses que tentam politicamente tomar uma decisão de caráter político-jurídico-social, mas se tornam resultado de um cálculo de eficiência econômica, uma decisão de mercado²⁸⁵. Esse pensamento, que prescinde de uma avaliação

²⁸² “Eles observam que ‘um interesse se qualifica como um direito quando um sistema jurídico eficaz o trata como tal, usando recursos coletivos para defendê-los (...) os direitos no sentido legal têm dentes (...) Quando não são apoiados pela força da lei, os direitos morais são banguelas’” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 178).

²⁸³ “En efecto, la relegitimación del mercado de la propiedad privada como mecanismos tendencialmente únicos de asignación y distribución de recursos es hecha a partir de la universalización del esquema propietario a todas las relaciones sociales y a todas las pretensiones candidatas a adquirir el status de derechos sancionados jurídicamente. La definición de *property rights* adoptada como ‘conjunto de relaciones económicas y sociales que definen la posición de cada individuo respecto a la utilización de recursos escasos’ implica la descripción de todas las relaciones sociales y todas las acciones del individuo como relaciones propietarias. Una categoría susceptible de abarcar desde los derechos explícitamente patrimoniales a los derechos humanos como derechos paradigmáticos de la personalidad, no susceptibles en apariencia de su relativización en la lógica económica, una expresión que incluye ‘desde la propiedad inmobiliaria hasta el derecho de voto, pasando por las servidumbres, los derechos de uso, las concesiones administrativas de uso exclusivo y especial, la posesión, los créditos las patentes’. La extensión del principio propietario a todas aquellos bienes que pueden ser valorables económicamente tiene su cumplimiento definitivo si, como vimos en el capítulo segundo, se asigna al llamado capital humano un valor económico que lo haga susceptible de intercambio. Ahora, las capacidades individuales, la educación, la salud, el tiempo, se convierten en bienes valorables económicamente y, en consecuencia, conceptuados como mercancías mediante la extensión de la tutela propietaria. En definitiva, detrás del concepto de *property rights* utilizado en la teoría del AED de Posner, y en la estrategia imperialista de la ciencia económica, no existe sino *la defensa del principio de la mercantilización universal*” (PACHECO, 1994, p. 162-163).

²⁸⁴ “Y este reconocimiento de la función del derecho como mecanismo de asignación y distribución de recursos no significa sino convertir a éste en el mecanismo decisivo a través del cual la eficiencia económica pasa del orden de la posibilidad al orden de la legalidad” (PACHECO, 1994, p. 164).

²⁸⁵ “La teoría de los *property rights* lo que hace es cambiar el escenario de la lucha por los derechos, de la lucha política a la competencia del mercado, de la regulación al contrato, de la estática de los derechos como privilegios arbitrarios basados en una decisión cada vez menos legitimada socialmente a la dinámica de la lógica del intercambio y de la eficiencia económica”.

“Ahora bien, la extensión del principio propietario predetermina la decisión del conflicto. Una vez devueltos a la lógica del mercado, reconocido que el problema en un mundo de escasez es la elección, que el problema es decidir

ético-moral, somada à crise do Estado e da democracia faz com que os direitos, portanto, não sejam mais resultado de uma ideia de justiça, mas apenas de eficiência²⁸⁶. Rudolf von Jhering (2013, p. 23), que defendia que os direitos são fruto da luta do direito com a injustiça, é contrariado por essa nova perspectiva que coloca o plano da luta apenas no econômico. Isso é um perigo para os direitos, diz o autor, pois faz com que as pessoas deixem de lutar por seus direitos.

É exatamente aqui que os direitos entram em crise, e é exatamente assim que morrem. Quando os direitos deixam de ser vistos como resultado de uma luta para suprir necessidades e como advindos de um embate político sobre o que é justo de uma perspectiva ético-moral, os direitos são vistos apenas como custos. Trata-se da mesma redução que leva o Estado e a democracia à crise. Se o Estado e a democracia são enfraquecidos quando a sociedade começa a se perguntar apenas quanto eles custam e não qual o seu valor, com os direitos não é muito diferente. Uma economia em crise – que atualmente vive o mais forte momento do período depressivo do quarto Kondratieff – que corta custos com o Estado e com a democracia verá nos direitos (que têm custos e geram custos) uma despesa importante a ser cortada. Estando enfraquecidos e desabilitados os dois entes – Estado e democracia – que podem valorar os direitos de uma perspectiva ética e política, resta a análise puramente mercadológica da economia sobre os direitos, seu valor é reduzido ao seu preço.

Em vista da redução dos direitos ao meramente econômico e em razão do desespero provocado pelos efeitos políticos, econômicos e sociais das crises acima narradas fruto da globalização, as pessoas – que, agora, já não veem os direitos como luta, mas como cálculo – entendem a demolição dos seus direitos como o preço a ser pago pela recuperação econômica e por um pouco mais de segurança (FERRAJOLI, 2013, p. 526). Daí a concretização da advertência de Jhering, para quem o esquecimento da origem do direito como luta faz com que as pessoas deixem de defender seus direitos. O alerta tem se verificado atualmente, quando se vê trabalhadores litigando contra direitos trabalhistas com a esperança do aumento do emprego, pessoas defendendo reformas de austeridade fiscal no campo previdenciário na perspectiva de garantir sua aposentadoria, consumidores advogando o fim das tutelas consumeristas com o objetivo de consumir mais e melhor, ou ainda, cidadãos defendendo o fim da democracia em

qué derecho privilegiar y cuál no, la eficiencia nos aparece como el nuevo juez universal del conflicto que sustituye a la decisión jurídica basada en una decisión colectiva, pública, política” (PACHECO, 1994, p. 163).

²⁸⁶“Em sua exortação pela volta à tradição ética em economia, Sen (1987) observa que desde Adam Smith duas tradições em economia se firmaram: uma, preocupada com a moral e a ética [que além dos autores clássicos como o próprio Smith, Marx, Ricardo, Stuart Mill, inclui autores como Veblen, Myrdal, entre outros, e toda a escola institucionalista contemporânea]; a outra (neoclássica), que ele classifica como uma espécie de ‘engenharia econômica’, onde esta preocupação não existiu” (ROMEIRO, 2001, p. 2).

busca de mais liberdade e autonomia. Esta esquizofrenia é explicada perfeitamente na advertência de Jhering, que, aliás, não é nova, já que Nicolau Maquiavel, ao ensinar os jovens príncipes a conquistarem o poder no século XVI, diz que aqueles povos habituados a viver em liberdade só se rendem ao domínio, isto é, só abrem mão de sua liberdade e das leis que os protegem, quando são jogados em uma situação de ruína²⁸⁷. Com a atual crise econômica, a luta contra os direitos acima narrada já não parece mais tão esquizofrênica, pois jogados no desemprego, na incapacidade de consumir e na pressão do econômico sobre o político, as pessoas se esquecem ou abrem mão das liberdades e dos direitos em nome da superação da ruína a que foram reduzidos.

Acontece que essa renúncia a direitos que, aparentemente são caros demais para serem mantidos em tempos de crise, levam a mais renúncias e maiores reduções de direitos. Pode-se estar disposto a fazer cortes na aposentadoria, reduzir a tutela do trabalho ou mesmo certos direitos políticos, mas dificilmente as pessoas abrem mão de sua liberdade ou de sua vida. Mas o final dessa troca de direitos por prosperidade, segurança ou recuperação econômica é a retirada de todos os direitos, incluindo os mais básicos. Para usar a linguagem clássica do direito que divide os direitos em três categorias (gerações ou dimensões): a renúncia ou retirada de direitos sociais abre espaço para retirar e renunciar aos direitos políticos, que, por sua vez, tornam a renúncia e retirada dos direitos individuais muito mais fácil e natural. Isso ocorre porque os direitos são interdependentes e fruto de uma construção história (construção não pacífica, mas realizada por meio de lutas). A trajetória do Estado – que começou liberal, ganhou coloração democrática e, finalmente, se tornou social – é acompanhada por uma série de direitos que vão se acumulando e somando segundo a experiência das pessoas com o Estado. É assim que o Estado liberal reconhece os direitos civis, o Estado democrático, os direitos políticos e o Estado social, os direitos sociais²⁸⁸. Há quem veja nessa sequência uma evolução. Essa perspectiva pode não estar incorreta, mas também não expressa a realidade. Não se trata de evolução, mas de pressupostos de concretização e de universalização. Os direitos civis ou individuais só podem ser desfrutados e garantidos quando se reconhecem também os direitos

²⁸⁷“Porque, na verdade, não há nenhum modo mais seguro do que a ruína. Quem se torna senhor de uma cidade, livre por tradição, e não a destrói, deve esperar ser por ela destruído, porque sempre há, como justificativa, na rebelião, o nome da liberdade e suas leis antigas, que jamais se esquecem, nem com o decorrer dos tempos, nem com os benefícios, e por mais que se faça ou se tomem precauções, se não desunirem ou desagregarem os habitantes, eles não recordam nem o nome, nem as leis; e logo, em todas as situações, recorrem às mesmas, como fazem em Pisa, depois de cem anos de suportar o jugo dos Florentinos” (MAQUIAVEL, 2013, p. 44).

²⁸⁸“Os valores liberais enfatizaram os direitos civis; os valores democráticos sacralizaram os direitos políticos; o socialismo salientou os direitos sociais. Os ideais republicanos precedem os liberais, na medida em que tiveram origem na república romana e nas cidades-república do Norte da Itália nos séculos XIV e XV” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 128).

políticos e sociais, que são sua base material. Os direitos políticos outorgam igualdade jurídica na atribuição dos direitos e os direitos sociais igualdade minimamente material para que os direitos possam ser concretizados, acessados e usufruídos²⁸⁹. Em síntese, não é possível falar em direitos fundamentais individuais sem os direitos sociais ou coletivos²⁹⁰.

Portanto, a renúncia aos direitos sociais hoje, leva à renúncia aos direitos mais básicos e individuais amanhã. Ainda que inicialmente as pessoas não estejam dispostas a abrir mão de uma série de direitos, e mesmo que não renunciem a estes direitos expressamente, o resultado é o fim de todos os direitos, pois, se abrem mão da base material dos direitos individuais, logo verão que o reconhecimento meramente jurídico não lhes garante nada e, assim, estarão prontos para renunciar juridicamente a eles também.

Como forma de demonstrar o que foi dito acima, a seguir, será apresentado o atual processo de morte dos direitos, que, pouco a pouco vão sendo relativizados, mitigados, reduzidos e finalmente retirados. Inicia-se com os direitos sociais, universalmente culpados pela falência do Estado, passando para os direitos políticos e, derradeiramente, chegando aos direitos individuais.

Quanto aos direitos sociais, três exemplos práticos podem indicar o atual estado em que se encontram e quanto têm perdido espaço.

O primeiro exemplo diz respeito à crise dos direitos e garantias dos trabalhadores. Abi Adams, Mark Freedland e Jeremias Prassl (2015), na Inglaterra, Raquel Poquet Catalá (2016), na Espanha e, Raquel Varela e Roberto della Santa (2017), em Portugal, dão notícia que a crise do direito social do trabalho é planetária. Estes autores registraram em seus países a tendência quase universal de flexibilização e precarização das relações de trabalho, o que inclui a instituição de formas contratuais como o trabalho intermitente, bem como a erosão da representação sindical, para citar apenas dois exemplos. O Brasil, a despeito do atraso tecnológico, educacional e em várias outras áreas, no que tange à mitigação da tutela ao trabalho encontra-se em nível igual ou até superior ao restante do mundo. A reforma trabalhista de 2017

²⁸⁹“Para Pisarello, a teoria geracional reforça o discurso de prevalência axiológica dos direitos individuais sobre os direitos sociais. Pisarello argumenta também que as vinculações entre direitos civis e direitos de liberdade, de um lado, e direitos sociais e direitos de igualdade, de outro, são reducionistas e não podem ser utilizadas como argumento para estabelecer uma inferioridade axiológica entre uns e outros. Para Pisarello, os direitos sociais consistem na base material imprescindível para a concretização plena das liberdades públicas” (MACHADO, 2011, p. 52).

²⁹⁰“Os direitos fundamentais exerciam preponderantemente funções limitativas (o exercício da liberdade individual só é limitado pelo exercício da liberdade de outro). Hoje, seu maior papel está em ações constitutivas operadas tanto pelo Estado como pelos agentes privados. Esta compreensão nova e inovadora dos direitos fundamentais está pautada numa premissa essencial, a de que as liberdades individuais são indissociáveis das liberdades sociais ou coletivas” (DERANI, 2008, p. 208).

é exemplo disso já que chegou a autorizar o trabalho insalubre para mulheres gestante e lactantes (embora tal autorização tenha perdido efeito).

De todos os direitos sociais, o direito do trabalho é geralmente o mais massiva e abertamente atacado. Em toda crise econômica – que, como se viu mais acima, são frequentes e periódicas – as garantias trabalhistas são sempre acusadas de serem o grande problema e entrave à superação das crises e do desemprego²⁹¹. A solução, dado esse diagnóstico, é sempre a flexibilização e a desregulamentação com a justificativa de diminuição dos custos e incentivo ao investimento e geração de novos postos de trabalho²⁹². Essa solução, além de lastreada em diagnóstico questionável, não ataca os reais fatores do problema que são: a mudança do paradigma produtivo e o dumping social.

O paradigma produtivo, que até algumas décadas atrás era o fordismo, se tornou pós-fordista (ou toyotista), no qual predomina a flexibilidade e adaptabilidade do trabalhador, que deve ser polivalente. Também a estrutura da produção é flexível, o que permite que seja fragmentada por vários países ou regiões. Ocorre que a tutela do trabalho foi pensada da perspectiva de um paradigma produtivo fordista, e não pós-fordista. O resultado é que os trabalhadores neste novo contexto são divididos em três categorias: um grupo pequeno altamente qualificado e polivalente que recebe altos salários e considerável proteção jurídica; um segundo grupo amplo de trabalhadores de baixa qualificação, substituíveis a qualquer momento e cujo emprego fica ao sabor das conveniências do empregador e um terceiro grupo formado por trabalhadores eventuais ou terceirizados sem qualquer tutela jurídica. O primeiro e o segundo grupos, conforme o novo paradigma se consolida e novas tecnologias surgem, estão em franco declínio, enquanto que o terceiro grupo aumenta de forma constante²⁹³.

²⁹¹“Há tempos que alguns economistas e governos, durante as crises econômicas, apontam o Direito do Trabalho como entrave máximo ao crescimento econômico, reiterando a pressão política para que as normas trabalhistas adaptem-se ao crescimento e revolução tecnológicas para melhor atender aos anseios de “progresso” do setor econômico, sob o fundamento de que as normas trabalhistas dificultam a competitividade das empresas, e por isso, são o fator ensejador de tanto desemprego” (COLNAGO, 2017, p. 63).

²⁹²“Com efeito, foi a partir, e como consequência, da referida ‘crise do direito do trabalho’ que se introduziu no vocabulário, e, paulatinamente, no próprio ordenamento jurídico-laboral, uma ideia que se veio a tornar central: a flexibilidade das relações laborais. O conceito de flexibilidade do mercado de trabalho tem origem na consideração de que a proteção do emprego, proporcionada pelo sistema jurídico-laboral, constitui um custo fixo do factor trabalho que tem influência sobre o emprego e, conseqüentemente, sobre o desemprego, e pode hoje definir-se como ‘a capacidade da empresa modular a segurança do emprego segundo as realidades económicas’” (MARTINS, 2012, p. 69-70).

²⁹³“Em termos de estrutura do mercado de trabalho, a ‘flexibilidade’ tende a se dar em três níveis simultâneos: um núcleo cada vez menor de trabalhadores polivalentes estáveis, trabalhando em tempo integral com ampla ‘flexibilidade funcional’ dentro das empresas, desfrutando de direitos trabalhistas, gozando de benefícios sociais e dispondo de relativa segurança, assegurada pela dificuldade de sua substituição em face de sua qualificação, de sua experiência e de suas responsabilidades; uma mão-de-obra periférica de baixa qualificação, contratável e demissível segundo as conveniências das empresas, sem seguro-desemprego, flutuando ao acaso da conjuntura econômica (‘flexibilidade numérica’); e os trabalhadores ‘externos’ (eventuais ou temporários, pouco especializados e contratados por tarefa), para os quais as empresas não têm maiores obrigações jurídicas. A figura

O dumping social, por outro lado, já fartamente abordado acima, é outro forte fator de periclitacão da proteçãõ trabalhista. Os Estados, pressionados pela competiçãõ internacional, veem-se forçados a colocar seus cidadãos em condições cada vez mais precária, injustas, inseguras e opressivas na busca de convencer o mercado e atrair investimentos e gerar postos de trabalho²⁹⁴. Os direitos trabalhistas, assim, sãõ sempre nivelados por baixo, pois na competiçãõ vence quem consegue proporcionar às empresas um ambiente ainda mais livre de restrições que o concorrente²⁹⁵.

Um indicativo interessante sobre a crise dos direitos trabalhistas se encontra nos sindicatos e nas greves. Os sindicatos têm como funçãõ e papel principal a defesa e promoçãõ dos direitos de um determinado seguimento de trabalhadores. Entretanto, nos últimos anos a média de sindicalizaçãõ dos trabalhadores tem caído sensivelmente (atualmente a média é de 17% de sindicalizaçãõ)²⁹⁶. Isso demonstra a perda da força e da relevância dos sindicatos, que não conseguem mais exercer pressãõ sobre empresas que transcendem os limites territoriais dos Estados. Sua atuaçãõ tem sido cada vez mais restrita e menos vitoriosa²⁹⁷. Outro indicativo

metafórica mais persuasiva para traduzir e ilustrar essa ‘flexibilidade’ do mercado de trabalho é a ampulheta: a parte inferior conta com um número cada vez mais expressivo de trabalhadores divididos em empregos precários ou desempregados; o meio conta com um contingente cada vez menor de trabalhadores semiqualeficados, quase todos virtualmente condenados à exclusãõ por causa da velocidade dos processos de informatizaçãõ; a parte superior, por fim, integrada por trabalhadores poliqualeficados e bem remunerados, tende a diminuir na mesma proporçãõ em que o desenvolvimento científico-tecnológico amplia a automaçãõ flexível dos sistemas produtivo” (FARIA, 2004, p. 230).

“Desterritorializaçãõ e reorganizaçãõ do espaço da produçãõ, mediante a substituiçãõ das plantas-industriais rígidas surgidas no começo do século XX, de caráter ‘fordista’ pelas plantas-industriais ‘flexíveis’, de natureza ‘toyotista’ substituiçãõ essa acompanhada pela desregulamentaçãõ da legislaçãõ trabalhista e pela subsequente ‘flexibilizaçãõ’ das relações contratuais” (FARIA, 1995, p. 260).

²⁹⁴“Se no passado esse vínculo rígido propiciou melhoria crescente do nível de vida nos países centrais, com as novas estruturas organizacionais das empresas, nas quais a distância perde relevância e elas passam a dispor e condições de explorar mais efetivamente as continuidades e as descontinuidades da ‘economia-mundo’, tornou-se possível conjugar alta tecnologia e alta produtividade com baixos salários e baixa proteçãõ trabalhista. É por esse motivo que o empenho dos conglomerados originalmente situados nos países centrais de utilizar mão-de-obra qualificada, rigidamente disciplinada e barata do Leste Asiático passou a ser a frente mais dinâmica de seus investimentos. É por isso, que, hoje, cerca de doze países sãõ responsáveis por praticamente três quartos do total dos fluxos de capital privado para os países em desenvolvimento. Enquanto no começo dos anos 70 o salário médio mensal do trabalhador nas empresas industriais americanas atingia US\$ 1.220, em Taiwan ele ficava em torno de US\$ 45; na Coréia do Sul, em US\$ 68; em Singapura, US\$ 60; e em Hong Kong, US\$ 82. Na década seguinte, com o deslocamento das fases produtivas dessas empresas para as zonas de processamento instaladas na Coréia, Taiwan e Filipinas, sua taxa de lucro era de 4,3% na Europa; 7,2% na América Latina; e 14% na Ásia (sendo 21,8% em Taiwan e percentuais ainda mais altos em Singapura e na Coréia do Sul)” (FARIA, 2004, p. 98-99).

²⁹⁵“No entanto, diante das transformações no padrãõ mundial de produçãõ e concorrência ocorridas nas duas ou três últimas décadas, toda essa herança passou a ser contestada, em nome da força expansiva dos mercados e da adequaçãõ dos recursos humanos às oscilações econômicas, e a ser progressivamente desmontada, face às pressões dos agentes econômicos para que os níveis salariais locais e o valor dos encargos trabalhistas se uniformizem por baixo, no plano internacional” (FARIA, 2002a, p. 107-108).

²⁹⁶“Relatório recente da Fundação Perseu Abramo revela que, embora tenha sofrido um incremento na última década (relacionado evidentemente à ampliaçãõ do nosso mercado de trabalho formal), a média nacional de sindicalizaçãõ é de 17%” (DUTRA, 2017, p. 118).

²⁹⁷“Na esteira das novas funções percebidas pela negociaçãõ coletiva no contexto neoliberal, realidade que se agrava em momentos de recessãõ econômica, o DIEESE, avaliando as negociações coletivas realizadas no

importante é o das greves, que tem registrado uma queda evidente. A título de comparação, em 1987 foram contabilizados 2.369 movimentos parestas, enquanto que cinco anos mais tarde, em 1992, o número foi de apenas 437 (FARIA, 2004, p. 240). Além da quantidade, a qualidade também tem sido modificada. Os movimentos grevistas podem ser classificados em pelo menos três espécies: a) propositivas, b) defensivas e c) de solidariedade²⁹⁸. Os dados atuais informam uma queda nas greves propositivas (que reivindicam mais direitos) e um aumento nas greves defensivas (que buscam evitar retirada de direitos), isso indica que os grevistas dedicam mais tempo e esforços evitando retrocessos do que buscando melhorias²⁹⁹.

O segundo exemplo é o direito ambiental, que tem enfrentado forte retrocesso. Em junho de 2017 o presidente norte americano Donald Trump anunciou a saída dos Estados Unidos do Tratado de Paris. O país é um dos maiores emissores dos gases do efeito estufa do mundo e sua saída representa não apenas maior poluição, mas também uma perda do peso político do acordo. O ato do presidente americano não é isolado, outras decisões de vários países vão no mesmo sentido. Qualquer regulação ambiental é apontada como burocracia inútil, alarmismo exagerado ou um custo a mais na produção, bem como um entrave ao progresso econômico, urbano e do consumo. A crise econômica é acompanhada de uma verdadeira devastação ambiental que busca reduzir custos no processo produtivo descuidando das medidas prudenciais ou compensatórias de danos, bem como objetiva ampliar suas possibilidades de exploração (seja na busca de matéria-prima, seja no aumento da capacidade do descarte dos resíduos). Neste sentido, para ficar apenas no caso brasileiro, cite-se o novo Código Florestal (extremamente leniente com o desmatamento em proveito do setor produtivo rural), e as duas recentes catástrofes ambientais com barragens de rejeitos de minério (tratadas com absoluta

primeiro semestre de 2016, concluiu que se passa por um momento de adversidade nesse campo, a partir do indicador dos reajustes salariais, que, como cediço, acontecem a partir das tratativas coletivas”.

“De acordo com o balanço realizado por esse departamento de pesquisas, apenas 24% das negociações celebradas no período contribuíram para aumentos reais de salários dos obreiros. 37% dos trabalhadores alcançaram, no período, reajustes representativos de mera reposição da inflação e 39% celebraram acordos com reajustes em percentuais inferiores ao percentual inflacionário, observada como referência a variação do INPC/IBGE” (DUTRA, 2017, p. 118-119).

²⁹⁸“A metodologia adotada pelo DIEESE para o balanço pautou-se no exame do conjunto de exigências dos trabalhadores e nas razões para a deflagração da greve. A partir desses elementos, o movimento foi classificado em ‘propositivo’, quando voltado a ‘novas conquistas ou ampliação das já asseguradas’, e foi considerado ‘defensivo’, quando voltado para ‘defesa de condições de trabalho vigentes, pelo respeito a condições mínimas de trabalho, saúde e segurança ou contra o descumprimento de direitos estabelecidos em acordo, convenção coletiva ou legislação’. Já as paralisações que ‘visam ao atendimento de reivindicações que ultrapassam o âmbito das relações de trabalho’ foram classificadas como greves de protesto, ao passo que os movimentos destinados a apoiar trabalhadores de outras categorias, empresas ou setores da empresa, foram enquadrados como greves de solidariedade” (DUTRA, 2017, p. 119).

²⁹⁹“Em 2013, (Tabelas 11 e 12) a proporção das greves que trouxeram reivindicações propositivas sofreu um recuo de 64% para 57% enquanto a proporção das greves que trouxeram reivindicações defensivas experimentou um incremento de 67% para 75%” (DUTRA, 2017, p. 119).

negligência pelas autoridades públicas, tanto na fiscalização quanto na punição), entre outros tantos episódios.

A pressão do poder econômico sobre a regulação do meio ambiente se deve ao fato de que o direito ambiental regula e organiza a forma como o homem se apropria economicamente do meio ambiente e de seus recursos limitados e finitos. Isso, obviamente, causa um grande impacto na economia, de forma que maiores limitações ambientais correspondem a maiores limitações econômicas e vice e versa³⁰⁰. É por isso que a regulação e a proteção ambientais são fortemente confrontadas pelo poder econômico, que pretende se libertar dos entraves e limitações a sua expansão e desenvolvimento³⁰¹. Os mercados pressionam os países a reduzir as barreiras ambientais e, por meio da concorrência, privilegiam aqueles países que se submetem a altos riscos de poluição, contaminação, doenças, catástrofes naturais, destruição da paisagem natural, aumento da temperatura, desregulação dos ciclos hidrológicos, redução da diversidade biológica e extinção de animais raros em troca da expectativa de independência e desenvolvimento econômicos³⁰².

Ocorre que a exploração irresponsável do meio ambiente produz graves consequências: aumento de doenças respiratórias e de pele, contaminação por metais pesados na água e nos alimentos, escassez de água e alimento, mudanças climáticas repentinas e catastróficas como aumento e/ou diminuição abruptas da temperatura, a elevação do nível dos oceanos e uma série de outros problemas que produzem dor, morte, prejuízos econômicos incalculáveis e milhões de “refugiados ou migrantes ambientais”. O mais grave é que essas consequências são distribuídas de forma desigual, e nem sempre aqueles que as produzem sofrem diretamente suas consequências. Riqueza e riscos ambientais são absorvidos de forma distinta pelos diversos extratos econômicos, tanto em nível nacional quanto internacional. É por

³⁰⁰“A preocupação fundamental do DA é organizar a forma pela qual a sociedade se utiliza dos recursos ambientais, estabelecendo métodos, critérios, proibições e permissões, definindo o que pode e o que não pode ser apropriado economicamente (ambientalmente). Não satisfeito, o DA vai além. Ele estabelece como a apropriação econômica (ambiental) pode ser feita. Assim, não é fácil perceber que o DA se encontra no coração de toda atividade econômica, haja vista que qualquer atividade econômica se faz sobre a base de uma infra-estrutura que consome recursos naturais, notadamente sob a forma de energia” (ANTUNES, 2008, p. 3).

³⁰¹“A política ambiental é confrontada forçosamente com a enorme concentração do poder e necessariamente se quedará no fracasso, caso não esteja em condições de causar modificações nas estruturas existentes do poder econômico, ou pelo menos poder fechar acordos com elas” (DERANI, 2008, p. 70).

³⁰²“No caso de catástrofes, o emaranhado de competências e as posições de interesse nos países pobres oferecem boas oportunidades para uma política de contenção definitiva, de minimização e de encobrimento dos efeitos desastrosos. Condições de produção favoráveis em termos de custos, imunes às restrições legítimas, atraem os conglomerados industriais como ímãs, e acabam vinculando-se ao interesse próprio dos países em superar a carência material e em alcançar a autonomia nacional numa combinação explosiva, no mais verdadeiro sentido da palavra: o diabo da fome é combatido com o belzebu da potenciação do risco. Indústrias de risco particularmente elevado são transferidas para os países pobres da periferia. À pobreza do Terceiro Mundo soma-se o horror das impetuosas forças destrutivas da avançada indústria do risco” (BECK, 2010, p. 51).

isso que geralmente as pessoas e países mais pobres costumam ficar com os riscos da destruição ambiental e as populações e países mais ricos com a riqueza dela decorrente³⁰³.

Finalmente, o terceiro exemplo é a crise do direito social à moradia. Atualmente milhares de pessoas pelo mundo não têm onde morar, essas pessoas estão em locais impróprios, insalubres e inseguros onde se proliferam doenças, crimes, violência, degradação ambiental e onde se expõem a constante perigo de desabamentos ou outras catástrofes. Deste direito social são privadas as pessoas mais vulneráveis economicamente de uma sociedade. No Brasil, por exemplo, cujo déficit habitacional é de 7,2 milhões de unidades, 90% das pessoas sem habitação têm uma renda de 0 a 3 salários mínimos³⁰⁴. Porém, as poucas políticas públicas direcionadas para a resolução desse problema se destinam, por meio do “keynesianismo privado”, apenas para pessoas com renda de três a cinco salários mínimos (ou seja, apenas para 10% daqueles que compõem o déficit habitacional no país). Isso ocorre porque as empresas emprestadoras não têm interesse comercial algum em emprestar para aqueles na faixa de 0 a 3 salário que provavelmente não terão condições de pagar o empréstimo.

Aliado ao déficit habitacional estão uma série de outras violações a direitos sociais básicos das pessoas. É isso que explica o fato de haver 26 milhões de pessoas sem água encanada, ou 14 milhões sem coleta de lixo ou, ainda, 83 milhões sem saneamento básico³⁰⁵. A clandestinidade a que essas pessoas são forçadas a aderir impede que possam receber esses serviços corretamente. A consequência disso, aliada à marginalização social e econômica, é a

³⁰³“Tipo, padrão e meios da distribuição de riscos diferenciam-se sistematicamente daqueles da distribuição da riqueza. Isto não anula o fato de que muitos riscos sejam distribuídos de um modo especificado pela camada ou pela classe social. A história da distribuição de riscos mostra que estes se atêm, assim como as riquezas, ao esquema de classe – mas de modo inverso: as riquezas acumulam-se em cima, os riscos em baixo. Assim, os riscos parecem reforçar, e não revogar, a sociedade de classes” (BECK, 2010, p. 41).

³⁰⁴“Esse déficit de moradias concentra-se na maioria – ao redor de 90% - na faixa de renda de 0 a 3 salários-mínimos, afetando diretamente as comunidades de baixa renda. Por outro lado, a política habitacional existente – programa Minha Casa Minha Vida – não teve ainda a efetividade esperada de atacar esse déficit e reduzir consideravelmente o número de pessoas sem teto no país. Apesar disso, proliferam pelas grandes cidades obras gigantescas destinadas para a faixa de renda de 3 a 5 salários-mínimos financiadas por esse programa e, quando as obras são destinadas aos pobres, estas são localizadas na periferia das grandes cidades em geral a 15km do centro – longe dos serviços públicos de transporte, saúde, educação, lazer e do trabalho. A essa contradição, pode ser somada ainda a falta de investimentos públicos em revitalização de áreas centrais onde existem vazios urbanos nesses centros e da ociosidade e subutilização dos prédios públicos e privados que habitam também esses grandes centros urbanos, os quais poderiam estar direcionados à habitação de interesse social” (MÜLLER, 2014, p. 163).

³⁰⁵“Como resultado: de acordo com dados recentes de diversas fontes, 26 milhões dos brasileiros que vivem em áreas urbanas não têm água em casa; 14 milhões não são atendidos por sistema de coleta de lixo; 83 milhões não estão conectados a sistema de saneamento; e 70% do esgoto coletado não é tratado, mas jogado em estado bruto na natureza. Mais de 50 milhões de brasileiros têm andado de casa para o trabalho, por não poderem arcar com os custos do deslocamento por transporte coletivo; um percentual crescente de pessoas tem dormido na rua, mesmo tendo casas, para não terem que arcar seja com os custos do transporte, seja com o longo tempo de deslocamento até o trabalho e o risco de demissão no caso de atraso. O déficit habitacional em áreas urbanas foi recentemente estimado em 7,2 milhões de unidade no país, sendo que o número de imóveis vazios nessas áreas foi calculado em cerca de 5 milhões de unidades. Em suma, o país está enfrentando uma profunda, e crescente, crise urbana” (FERNANDES, 2006, p. 4).

proliferação de milícias e outros exploradores irregulares desses serviços que tornam comunidades inteiras reféns e que se somam a outras formas de criminalidade como o tráfico de armas, de pessoas e de drogas criando o ambiente para o surgimento dos grandes dilemas de segurança pública que encontra nas comunidades do Rio de Janeiro seu exemplo máximo. Trata-se de um efeito em cadeia sem fim.

Como se percebe dos três exemplos acima e de tudo o que se disse sobre a crise dos direitos sociais, já é possível notar que a violação de um direito social implica em uma outra série infindável de outras violações. Quando se soma estes três singelos exemplos percebe-se o grande perigo a que a sociedade se expõe, pois a regulação degradante a que os trabalhadores – em especial aqueles menos qualificados e mais vulneráveis – se encontram submetidos permite a exploração, o aumento da desigualdade social e a diminuição da renda, isso faz com que tais pessoas não consigam atender às suas necessidades básicas, tais como a da habitação, o que o empurra para a clandestinidade fazendo com que, ao arrepio de toda a regulação urbana e ambiental, ocupe locais de preservação ou impróprios e perigosos, onde os serviços não chegam ampliando ainda mais a degradação ambiental e a social. Finalmente, desprotegidos nas relações de trabalho que não lhe sustentam nem conferem dignidade, imersos em um ambiente contaminado, degradado, poluído e abjeto e desassistidos de um lar e dos serviços mínimos que o pressupõem, resta apenas se render às pressões e ao desespero e encontrar na criminalidade o único remédio, seja se submetendo a ela para ter acesso a certos serviços, seja aderindo a ela como escapatória ao desemprego. Neste momento, porém, é que a lei – que esteve ausente na regulação do trabalho, na tutela ambiental e no acesso a uma habitação – finalmente se faz presente, não para resolver seus problemas, mas para puni-lo penalmente.

Os direitos sociais, antes de serem um padrão civilizatório, são uma barreira contra a barbárie e a crise absoluta. O descumprimento de apenas três direitos sociais gera uma corrente de problemas, injustiças e catástrofes que a maioria dos Estados tem gasto milhões em dinheiro e décadas em planejamento para resolver. A morte dos direitos sociais é o prelúdio para a desagregação social, para a falência de uma sociedade minimamente viável, digna e justa, pois são esses direitos sociais que separam o que é ser cidadão e o que é ser consumidor, o que é um direito e o que é um produto.

A realidade dos direitos individuais, embora pareçam incontestáveis, não é muito diferente da realidade dos direitos sociais. E a crise do Estado, da democracia e da economia os afeta da mesma forma que os direitos sociais, pois os direitos individuais também possuem

custos para o Estado³⁰⁶. Dois exemplos são suficientes para demonstrar que a crise dos direitos já está afetando os direitos individuais.

O primeiro exemplo é a crise dos direitos pertinentes ao controle do direito penal, tais como a presunção de inocência, o direito a um julgamento, tratamento digno e o próprio direito a ter sua vida respeitada pela autoridade policial e judicial. Atualmente vive-se um momento de recrudescimento penal³⁰⁷, que, não por coincidência, vem ocorrendo desde os anos 70 (período em que se observa o início da fase depressiva do quarto Kondratieff). Esse aumento no direito penal é fruto de uma involução em que o direito penal deixa de ser direito e se transforma pura e simplesmente em guerra contra o crime, uma guerra que, ao contrário do direito, não possui limites e enxerga o cidadão (seja o inocente seja o culpado) como inimigo ou possível inimigo³⁰⁸. A pessoa despojada de sua qualidade de cidadão e vista da ótica da guerra ao crime como inimiga não será punida quando comete um ilícito, mas será combatida

³⁰⁶“Os ultraliberais, e não os liberais, são contra os direitos sociais positivos, argumentando não só em termos de liberdade individual mas também em termos de custos: os direitos positivos custariam caro. Na verdade, para garantir os direitos civis e ou liberais, particularmente os direitos de propriedade, também é necessária uma ação governamental positiva, que implica custos, tanto quanto a proteção dos direitos sociais” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 177).

“El libertario antigobierno más ardiente acepta tácitamente su dependencia del gobierno, aun cuando denuncie con retórica sagaz los signos de esa misma dependencia en otros. Ese pensamiento doble es el núcleo de la postura libertaria estadounidense. Quienes propugnan una filosofía libertaria – Robert Nozick, Charles Murray y Richard Epstein, entre otros – hablan con simpatía del ‘Estado mínimo’. Pero decir que un sistema político realmente capaz de reprimir la fuerza y el fraude es ‘mínimo’ equivale a sugerir, contra toda la evidencia histórica, que ese sistema es fácil de alcanzar y de mantener. Sin embargo, no es así. Las cifras astronómicas que gastamos, como nación, en proteger la propiedad privada mediante el castigo y la prevención de delitos adquisitivos indican a las claras lo contrario. En 1992, por ejemplo, en Estados Unidos se gastaron alrededor de 73 mil millones de dólares – una suma mayor que el PBI de más de la mitad de los países del mundo – en protección policial y corrección criminal. Buena parte de ese gasto público, por supuesto, se destinó a proteger la propiedad privada. Hasta el más acérrimo defensor de la abstención del Estado, si pretende gobernar en serio y fomentar la actividad económica, ofrecerá a las familias y a los negocios una protección confiable contra los ladrones, los incendiarios y otras amenazas” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 85).

³⁰⁷“A nona e última tendência é de prevalectimento do primado Lei e Ordem no âmbito do direito penal, seja por meio de uma crescente criminalização das condutas, maior repressão nos delitos com pequeno potencial ofensivo, aumento generalizado no rigor das punições, tipificação de delitos de perigo abstrato, conversão das penas privativas de liberdade em regra geral para qualquer comportamento delitivo e adoção de créditos mais flexíveis de interpretação de determinadas categorias jurídicas, seja por meio de uma pertinaz campanha de desqualificação de propostas alternativas, como é o caso, por exemplo, da defesa de um direito penal ‘mínimo’ (em cujo âmbito a interpretação punitiva apenas se justifica no quadro de violações graves aos direitos fundamentais ou em face de uma demanda social insuperável que anule qualquer outra solução possível)” (FARIA, 2002a, p. 114).

³⁰⁸“Además, se trata del resultado extremo de una larga involución del derecho penal, que ha perdido progresivamente los rasgos del derecho para asumir los opuestos de la guerra y del crimen. Es un cambio de paradigma gradualmente desarrollado en la cultura jurídica, el sentido común y las prácticas institucionales: desde las legislaciones de emergencia de los años setenta ala new penology despiadadamente retributiva de los años ochenta, a la ‘tolerancia cero’ de los noventa, hasta el actual derecho penal del enemigo. Una contradicción en los términos que, como se ha visto en el § 16.7, expresa la concepción y el tratamiento no sólo del enemigo como criminal, sino también del criminal —y antes aún del denunciado y del sospechoso— como enemigo y se resuelve, por eso, a causa de la pérdida de la asimetría entre derecho y crimen, derecho y guerra, en la negación de la forma misma del derecho penal. Es la perversión extrema del ‘derecho’, justamente aludida por Raúl Zaffaroni con la fórmula ‘el derecho penal y sus enemigos’. Ya que la figura del enemigo pertenece a la guerra y es incompatible con el derecho, que no conoce enemigos y amigos sino sólo culpables e inocentes” (FERRAJOLI, 2013, p. 524).

e exterminada como um inimigo. Por isso a guerra ao crime representada pelo recrudescimento do direito penal (que se despoja de seus marcos civilizatórios) ser um dos fatores mais violentos contra os direitos fundamentais, ou seja, com o aumento desse tipo de direito penal se opera, ao mesmo tempo, uma abolição de direitos e garantias individuais³⁰⁹.

Se a transformação do cidadão em consumidor é a morte dos direitos sociais, a transformação do cidadão em inimigo é a morte dos direitos individuais. Ocorre que essa cadeia de transformações é conectada uma à outra. Pois o cidadão que é transformado em consumidor pela retirada dos direitos sociais é o mesmo que, não tendo recursos para se manter na sociedade e ser plenamente consumidor, é deixado na clandestinidade, na marginalidade e no crime, situação em que passa por uma segunda transformação pela qual o consumidor se transmuda em inimigo³¹⁰.

De forma objetiva, esse recrudescimento penal que viola direitos individuais pode ser visto na realidade social. Pessoas nas periferias dos grandes centros são “abatidas” por policiais em situações claramente indevidas em que não representavam qualquer perigo a terceiros. Os noticiários apresentam quase que diariamente casos de abuso de autoridade, cujas vítimas são membros de um mesmo grupo econômico, étnico, racial e geográfico. O direito à vida, o direito

³⁰⁹“En efecto, parece que en el momento en que los fenómenos que deberíamos entender y afrontar se hacen más complejos, nuestro lenguaje y nuestras categorías, en lugar de adquirir a su vez mayor complejidad y matización, se simplifican y se confunden, hasta alcanzar la extrema simplificación en la oposición elemental del ‘Bien’ contra el ‘Mal’: ayer el comunismo, hoy el terrorismo. Además, la simplificación ha operado siempre como factor de autolegitimación a través de la figura del enemigo: del enemigo exterior, para legitimar la guerra externa, preventiva y virtualmente permanente, y del enemigo interior, sospechoso de connivencias con aquél, para legitimar medidas de emergencia y restrictivas de las libertades fundamentales de todos. Es el esquema schmittiano de la oposición amigo/enemigo, que se ha impuesto sobre todo en los Estados Unidos; un esquema que, sin embargo, no es el paradigma de la política, sino de la guerra, que es la negación de toda política racional tanto en las relaciones internacionales como en las internas, plano éste en el que, no por casualidad, termina por secundar la disolución del Estado de derecho en nombre de la emergencia, mediante la difusión del miedo y la exigencia de lealtades incondicionales y un consenso apriorístico a todo arbitrio y abuso” (FERRAJOLI, 2013, p. 498-499).

³¹⁰“Como, no âmbito da economia transnacionalizada, a produtividade vem sendo obtida, ao lado de outros fatores, à custa da degradação salarial, da rotatividade no emprego, no aviltamento das relações trabalhistas, da informatização da produção e do subsequente fechamento dos postos convencionais de trabalho, a imbricação entre a marginalidade econômica e a marginalidade social faz com que as novas formas de criminalidade deixem de ser um simples problema de força para se converter numa questão de poder. Se o problema da força envolve apenas a capacidade de repressão, a questão do poder implica a formação de complexas e intrincadas redes sociais, com a submissão, o consentimento, a cumplicidade e a colaboração de comunidades inteiras, principalmente aquelas cuja população é formada por enormes contingentes de excluídos da economia formal, o que amplia o desafio do combate ao crime organizado e transterritorial” (FARIA, 2002a, p. 118).

Eric Hobsbawm (2007, p. 142), falando sobre os fatores que levaram ao aumento da violência e da criminalidade defende que: “O segundo fenômeno, mais direto, também teve início na década de 1960. Trata-se da crise do tipo de Estado em que todos nos acostumamos a viver no século passado – o Estado nacional territorial. Antes desse ponto de inflexão, durante 250 anos o Estado vinha ampliando seus poderes, recursos, espectro de atividades, conhecimento e controle sobre o que acontece no seu território. Esse desenvolvimento ocorreu independentemente da política e da ideologia: ocorreu nos Estados liberais, conservadores, comunistas e fascistas. Alcançou o auge nos anos dourados do ‘estado de bem-estar’ e da economia mista depois da Segunda Guerra mundial. Mas tudo isso estava baseado na premissa anterior do monopólio da lei e da justiça estatal sobre outras leis (por exemplo, o direito religioso ou o direito costumeiro)”.

a ir e vir, o direito à expressão são retirados. Essa tendência se apresenta cada vez mais real e institucionalizada, seja por medidas legislativas que isentam policiais de responsabilidade por abusos, seja por decisões judiciais que reafirmam esse modelo de direito penal. Não apenas o direito penal material, mas também o direito penal processual evidencia que os direitos individuais estão em crise. Com esse tipo de conduta o Estado que deveria tutelar os direitos se transforma em seu maior violador. Todas essas mudanças e violações, no entanto, são percebidas pela sociedade (titular desses direitos violados) como desejáveis, já que se refugiam no punitivismo e no populismo penal em busca da melhora da segurança pública.

A morte dos direitos individuais nestas condições só comprova o que diz Luigi Ferrajoli, para quem um mundo com tanta desigualdade e injustiça social só é governável e controlável por meio da violência e guerra, únicos instrumentos mais fortes que o sentimento de revolta, desespero e desamparo que inunda a mente dos milhões de excluídos³¹¹.

Finalmente, o segundo exemplo se refere à crise do direito à liberdade. Este direito foi uma das conquistas mais difíceis que a humanidade já travou e ainda trava. Para que a liberdade viesse à luz os homens tiveram que lutar contra impérios, depois tiveram que lutar contra senhores feudais, em seguida tiveram que enfrentar reis absolutos, foi preciso vencer a força de instituições poderosas como a Igreja, precisaram se revoltar contra os senhores de escravos e tantas outras batalhas. Até hoje o homem busca liberdade. Contudo, este direito, tão duramente conquistado, é ameaçado por três fatores. O primeiro deles é a crise da democracia, pois como reconhece Norberto Bobbio (2015, p. 37-38), há um vínculo estreito entre liberdade e democracia, uma pressupondo, fortalecendo e almejando a outra. Não há liberdade sem democracia, bem como inexistente democracia sem liberdade. O segundo fator é a falência das instituições, com destaque especial para a crise do Estado, pois os direitos são mantidos e tutelados pelo Estado, e quando este Estado enfraquece, os direitos enfraquecem juntamente com ele³¹². Por fim, o terceiro fator de risco da liberdade é a desigualdade, que provoca um desequilíbrio entre as pessoas e fragiliza o exercício da liberdade.

A confluência desses três fatores gera um explosivo poderoso e instável capaz de destruir qualquer liberdade. É por causa de uma sociedade com um Estado enfraquecido, uma democracia em crise e um altíssimo nível de desigualdade que se torna possível a alguns grupos

³¹¹“En efecto, en un mundo cada vez más integrado, el desarrollo y la creciente visibilidad de las desigualdades representa la amenaza más grave para la paz y la seguridad de todos; porque las violaciones de los derechos, tanto más insoportables cuanto más contradicen sus solemnes proclamaciones, generan resistencia, rebelión y violencia; porque sólo con la fuerza de las armas, y por tanto con la guerra, puede defenderse un mundo fundado en una tal divergencia de riqueza y de condiciones de vida” (FERRAJOLI, 2013, p. 531-532).

³¹²“La libertad privada depende de la calidad de las instituciones públicas” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 137).

oprimir e esmagar outros. Essa relação se expressa bem na atual interação entre majorias e minorias no Brasil e também no mundo. Acompanha-se o desenlace dramático de várias minorias que lutam para sobreviver, pois se encontram pressionadas por majorias cada vez mais intolerantes, violentas e totalizantes. A liberdade de expressão, a liberdade de crença, a liberdade de reunião, a liberdade sexual, a liberdade profissional e tantas outras estão ameaçadas pela confluência desses três fatores. Quando uma sociedade é convencida de que renunciar a direitos resolve as crises e problemas que enfrenta, todos os direitos estão ameaçados, especialmente os direitos “dos outros”.

* * *

Este capítulo se propôs mostrar a trajetória que vai da derrubada dos limites nos negócios jurídicos – isto é, na atuação econômica – até a morte dos direitos. Ficou demonstrado que os negócios jurídicos, dada a sua importância e centralidade na vida social, quando deixados livres e desvinculados de qualquer padrão ético e jurídico são a causa para crises econômicas. Estas crises – especialmente a atual num contexto de globalização – enfraquecem os Estados que já não conseguem regular as relações e dirigir a vida. O direito por ele produzido já não chega mais a todos os lugares e já não alcança todas as pessoas. Com isso outras formas de regulação tomam o seu lugar, com destaque especial para a regulação do mercado, que não é democrática, nem valorativa, mas se pauta por interesses privados medidos pela eficiência econômica. Com isso, entra em crise também a democracia, já que as decisões deixam de ser tomadas politicamente para serem fruto de um cálculo mercadológico. O resultado dessa sequência de crises (jurídica, econômica, do Estado e da democracia) é a morte dos direitos.

Dessa constatação, surge a indagação no sentido de saber se é possível deter essa crise ou morte dos direitos. É à resposta a esta pergunta que se dedicam os dois próximos capítulos desta pesquisa. Se neste capítulo se apresentou um diagnóstico os dois capítulos que seguem buscam indicar o prognóstico de como lidar com a crise dos direitos. Esse prognóstico se divide em duas partes. No segundo capítulo se propõe a responder a “quem” compete defender, proteger e manter os direitos, uma vez que os Estados nacionais se encontram visivelmente incapacitados de fazê-lo. No terceiro capítulo o objetivo é indicar “como” defender os direitos em um mundo cercado por crises em que o direito se vê coagido e limitado por vários fatores e forças.

CAPÍTULO 2

UM MUNDO NOVO: QUEM PROTEGE OS DIREITOS DEPOIS DAS CRISES

“Imagine que não houvesse nenhum país
Não é difícil imaginar
Nenhum motivo para matar ou morrer”
John Lennon, *Imagine*

“Como possível resposta às insuficiências e à clara defasagem
histórica do nacionalismo metodológico, debate-se a emergência do
cosmopolitismo metodológico, com a ousada proposta de revolucionar
o nível de análise da sociologia tradicional e confrontá-la com a
realidade que opera na borda do Estado-nação”
Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar, *Cosmopolitismo e Governança
Transnacional*

No capítulo anterior, realizou-se uma extensa análise da crise dos direitos e de alguns direitos em especial (direito do trabalho, direito à moradia, e direito penal) e constatou-se como causa comum para a morte desses direitos a crise sistêmica, entendida como a sequência e somatória das crises jurídica, econômica, do Estado e da democracia que se sucedem e levam ao fim dos direitos. Neste capítulo busca-se demonstrar como combater uma destas causas, a crise do Estado democrático, que ocorre em vista da fraqueza do Estado frente à pressão econômica dos mercados globais. Sendo o Estado-nação e a democracia os dois alicerces (força e consenso) dos direitos e estando debilitados por todos os fatores já indicados, como reabilitá-los ou o que colocar em seu lugar? Ou seja, sob quem repousará a responsabilidade de manter e tutelar os direitos na era pós-nacional?

Das três opções existentes atualmente para assumir essa tarefa – Estados nacionais, mercado global ou direito internacional – a estrutura internacional é a única que pode defender e manter os direitos de forma eficiente. Os Estados nacionais não conseguem cumprir essa tarefa tendo em vista a crise a que foram reduzidos. Os mercados globais, apesar de poderosos,

não têm vocação para proteger direitos, muito pelo contrário, costumam exercer pressão para reduzi-los. Resta, portanto, a estrutura internacional.

Esta opção pelo direito internacional, no entanto, gera dois desafios, que ao longo da própria história e experiência internacionais já se manifestaram. O primeiro é o déficit democrático das principais instituições internacionais que, muitas vezes, permitem que aqueles países mais poderosos (militar e/ou economicamente) ou que os mercados internacionais dominem essas estruturas internacionais e passem a impor o seu desejo e os seus interesses e planos aos demais países, o que em nada contribui para a manutenção dos direitos, já que se substitui um tipo de dominação por outro. O segundo é que o sistema internacional é construído com base em acordos e na “boa vontade” de países soberanos de se submeterem e cumprirem o que foi acordado ou não, isto é, inexiste no plano internacional um ambiente de tomada de decisão que seja ao mesmo tempo democrático e cogente, fazendo com que os direitos deixem de ser obrigatórios e o seu cumprimento e respeito não possam ser exigidos coercitivamente dos Estados.

O primeiro desafio se resolve com a organização dos agentes que possuem maior influência no plano internacional, de tal forma que, do equilíbrio entre eles, nenhum possa se sobrepor ao outro e impor sua perspectiva ou objetivos. Trata-se de uma nova organização em que por meio de uma nova forma ou espécie de “freios e contrapesos” um agente limite o outro e todos sejam coordenados para a manutenção e proteção dos direitos, já que a violação e crise dos direitos é, em grande medida, fruto dessa supremacia de certos agentes sobre outros (por exemplo, do mercado sobre o Estado, segundo se viu no primeiro capítulo). Os agentes da estrutura internacional são os Estados nacionais, o mercado global e a sociedade civil internacional (aqui entendida como a síntese das organizações não-governamentais de alcance global e as sociedades civis de cada país). São estes três agentes que devem ser organizados e coordenados na perspectiva da proteção e manutenção dos direitos, sob pena de um deles assumir um poder ou protagonismo que imponha subserviência aos demais. É do equilíbrio e da boa coordenação destes três elementos que dependem a tutela e sobrevivência dos direitos.

O segundo problema, resolvido o primeiro, será superado com o estabelecimento de uma esfera pública internacional que se tornará o centro de tomada de decisão e produção do direito com universalidade e cogência, cuja base estará em um constitucionalismo internacional de caráter público e direcionado ao interesse geral e à manutenção e tutela dos direitos. Isso obviamente envolve a mudança de perspectiva quanto à soberania e seu papel, bem como uma nova visão sobre o próprio direito, que desde muito tempo é vinculado ao Estado, e agora assume uma abrangência internacional. A forma, os princípios e os objetivos pelos quais os

Estado se relacionam um com os outros também mudam, de maneira que as relações passam a ser regidas da perspectiva da manutenção dos direitos e não mais exclusivamente dos interesses egoísticos nacionais. A construção da esfera pública internacional, portanto, cria uma verdadeira sociedade, cuja solidariedade permite coordenação sob os valores de um constitucionalismo global.

2.1 TRÊS PROPOSTAS DE TRANSFORMAÇÃO

Parece bem definida a ideia de que a estrutura que vinha protegendo os direitos até hoje chegou à exaustão e não consegue mais cumprir esse papel. Se o sistema atual se tornou inadequado e ineficiente quem ocupará o seu lugar? Dessa pergunta surgem três opções, que não são as únicas possíveis, mas que são as mais defendidas e factíveis: a) um Estado nacional forte e autônomo baseado no fortalecimento da ideia de soberania, b) mercado global, cuja liberdade econômica promove automaticamente o equilíbrio e a defesa dos direitos e c) direito internacional, pautado na construção de uma esfera pública internacional³¹³.

As três propostas (Estado, mercado e direito internacional) representam mecanismos, instrumentos, caminhos e valores diferentes. O critério para a eleição da melhor proposta para os direitos em crise deve ser a eficiência e a compatibilidade nesta tarefa de manter, proteger e promover direitos, tanto da perspectiva dos meios, instrumentos e estratégias, quanto da perspectiva dos valores. Em termos mais diretos, a escolha de “quem” protegerá os direitos parte da análise e da demonstração de qual (ou quais) deles “pode” (no sentido de ter capacidade, força e condição) e “quer” (no sentido de concordância e adesão) tutelar os direitos.

³¹³ “Deve-se voltar, porém, à questão sobre qual será o futuro do Estado! Nesse sentido pode-se refletir sobre três possibilidades. A primeira delas seria a volta de um Estado forte e autônomo, capaz de manter o controle do poder perante os novos organismos e entes transnacionais. Esta é uma alternativa pouco realista pelas razões já indicadas em outras partes deste artigo. Cabe uma segunda possibilidade, que consistiria em confiar na capacidade autorregulatória do emergente sistema global e reduzir, em consequência, a presença e ação dos Estados até que sejam reduzidos a meros coadjuvantes de uma sociedade em rede, multicêntrica e com poderes compartilhados em diversos níveis. É uma alternativa não só possível, mas também realista, considerando o cenário mundial atual e suas projeções. O problema está em que se trata de uma alternativa demasiado realista e, portanto, extraordinariamente perigosa. A referência é à confusão usual entre mundialização e neoliberalismo ou, se se preferir, à distinção entre a ideia da globalização assentada no dogma de que toda atividade humana atual deve estar sujeita ao primado da economia global”.

“Diante destas duas alternativas extremas, cabe uma posição intermediária, embasada na construção teórica de um Estado adaptado à nova situação. Uma alternativa que permitisse a vigência de um poder público estatal, mas construído com base na nova realidade mundial e capaz de ser uma peça na engrenagem pública global” (CRUZ; BODNAR, 2016, p. 249-250).

2.1.1 O Retorno do Estado

Face todos os desdobramentos e significados da crise a que se encontra submetido o Estado nacional (que foram explorados exaustivamente no item 1.3.1, a que se remete o leitor), parece suficientemente claro e comprovado que este não é o melhor caminho ou agente para proteger os direitos. Embora o Estado tenha sido constituído segundo valores e concepções que buscavam a tutela dos direitos, atualmente ele já não consegue mais realizar esta tarefa, suas ferramentas, potencialidades e mecanismos são insuficientes para isso. É por causa disso que o Estado é um agente que embora vocacionado a defender os direitos, não consegue fazê-lo, porquanto, embora compartilhe os valores dos direitos, está visivelmente despreparado e desatualizado para os desafios de um presente muito diferente do que passou que moldou, formou e justificou o Estado-nação.

Mas ainda é possível questionar: e se o Estado fosse “reabilitado”, isto é, e se ele fosse fortalecido e alçado novamente ao seu posto de poder e de domínio na regulação? E se o Estado fosse reabilitado como o grande protetor dos direitos, não seria ele um caminho possível ou mesmo prioritário? O abandono do Estado como opção à defesa dos direitos não é, portanto, precoce? A resposta a estas indagações só pode ser negativa se o interesse estiver, de fato, na tutela dos direitos. Por dois motivos. Primeiro, reabilitar o Estado, isto é, devolver a ele sua força e centralidade implica lutar contra um fenômeno inescapável que é a globalização. É inútil tentar evitar esse processo que não tem parada e que é uma fase ou etapa da própria evolução social. Segundo, e mais importante, tentar reabilitar o Estado implica em suscitar e radicalizar suas duas bases constituidoras, a soberania e a cidadania, o que, dentro do atual contexto e das próprias experiências históricas da humanidade, apenas resultaria em protecionismo econômico, nacionalismos exacerbados, soberanias externas absolutas tendentes à guerra e soberanias internas absolutas tendentes ao totalitarismo e autoritarismo, que militam contra os direitos e não em seu favor.

Suscitar o fortalecimento da soberania implica em grave perigo para os direitos, pois a ideia de uma soberania absoluta – única que poderia reabilitar o Estado para fazer frente às pressões que vêm de cima e de baixo – é a origem e a causa de muitos dos grandes problemas da humanidade³¹⁴. Isso ocorre porque a soberania absoluta (tanto interna quanto externa) cria

³¹⁴“De fato, não é exagerado debitar à própria divisão do mundo em Estados soberanos e à arbitrariedade de suas fronteiras uma das causas mais evidentes não apenas dos conflitos entre as nações, mas também dos conflitos internos a elas, ainda mais frequentes, gerados por fatores étnicos e religiosos: tome-se como exemplo a guerra que tem afligido por décadas a fio o Ocidente Médio, a guerra na ex-Iugoslávia, as guerras na Somália e em Ruanda. As ideias de ‘nação’ e de ‘nacionalidade’, não menos do que a noção de ‘Estado’, são também uma

um ambiente de estado de natureza hobbesiano entre os Estados, que se veem livres de qualquer amarra ou constrangimento. Ocorre que esse estado de natureza, ao contrário da ilustração de Hobbes, não é formado por pessoas naturais em guerra constante entre si, mas de Estados, isto é, de leviatãs em guerra constante. Se numa guerra do homem contra o homem já é difícil falar em direitos, imagine tentar impor direitos no meio de uma luta de leviatãs³¹⁵. São pelo menos três as consequências de tornar a soberania absoluta: a) negação dos direitos dos cidadãos como uma limitação externa ao Estado, b) tendência ao protecionismo econômico e c) radicalização política e ideológica com o surgimento de nacionalismos, xenofobias, revanchismos e guerras.

A primeira consequência diz respeito à forma como os Estados avaliam os direitos. Da perspectiva de um Estado cuja soberania interna é absoluta, os direitos são vistos como meros favores que o Estado concede ao cidadão, pois, no exercício de sua soberania interna absoluta o Estado escolhe se autolimitar. Ocorre que essa ideia deixa transparecer que, a qualquer momento, o Estado pode suspender esse autocomedimento, especialmente quando há fortes motivos para isso como, por exemplo, uma suposta guerra ao crime ou ao terrorismo, ou em resposta a algum problema externo ou interno³¹⁶. Além disso, Hannah Arendt, falando sobre a soberania interna como absoluta, adverte que essa soberania constitui em uma relação de transferência, pois a soberania absoluta compreende uma absoluta liberdade do ente soberano (Estado, grupo de pessoas, classe, partido, etc.) para fazerem, ilimitadamente o que desejarem

invenção ocidental: nascidas da Revolução Francesa, serviram para fornecer, no século XIX, um embasamento ‘natural’ aos Estados europeus e para legitimar sua soberania como ‘nacional’ e/ou ‘popular’. Hoje, essas mesmas ideias estão se voltando contra os Estados: concebidos e legitimados como instrumentos de pacificação interna e de unificação nacional, eles, enfim, revelam ser não apenas as principais ameaças à paz externa, como também fontes de perigo para a paz interna e fatores permanentes de desagregação e conflito” (FERRAJOLI, 2002, p. 49-50).

³¹⁵“É assim que a sociedade internacional dos Estados vem a configurar-se – mais na teoria do que na prática – como uma sociedade selvagem em estado de natureza; aliás, como o paradigma moderno do estado de natureza. Com a diferença, em relação ao estado de natureza originário, de que essa nova sociedade selvagem não é mais composta por homens naturais de carne e osso, mas exclusivamente pelos ‘homens artificiais’ construídos por eles. A ambiguidade dos sujeitos soberanos – as *respublicae* e as *communitates* de Vitoria e de Suarez, as *civitates* e as *gentes* de Gentili e de Grotius, todas independentes, mas também sujeitas ao direito – dissolve-se em sentido absolutista, deixando no cenário internacional unicamente os novos Leviatãs: máquinas e lobos artificiais, em estado de guerra virtual e permanente, livres de todo vínculo legal, subtraídos ao controle de seus criadores, para cuja paz e tutela tinham sido inventados e, aliás, em revolta contra aqueles e capazes de destruí-los” (FERRAJOLI, 2002, p. 22).

³¹⁶“Graças a essa operação – não por acaso realizada em países como a Alemanha e a Itália, de forte cultura jurídica, de fracas tradições liberais e de recente unificação nacional –, o paradigma hobbesiano do Leviatã e a metáfora antropomórfica da soberania estatal deixam de ser uma ficção e são levadas a sério, abrindo espaço para uma metafísica de cunho idealista e autoritário, que reconhece o Estado como única fonte do direito. Disso derivam duas importantes consequências. A primeira é a já lembrada configuração dos direitos fundamentais não mais como limites externos, mas como ‘autolimitações’ da soberania do Estado, conseqüentemente remetidos à sua disponibilidade. A segunda é a elaboração da conhecida e bizarra doutrina organicista, ainda hoje no auge em quase todos os manuais de direito público, segundo a qual não apenas a soberania, mas também o povo e o território, podem ser considerados como outros tantos ‘elementos’ constitutivos do Estado. ‘O povo’ em particular, declara Santi Romano, ‘não tem existência jurídica a não ser no Estado’” (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

e, com isso, retira-se dos demais submetidos a esta soberania absoluta toda e qualquer liberdade que poderiam ter. Em outros termos, o exercício da soberania por uma pessoa ou grupo retira a liberdade de todos os outros, pois a soberania de uma pessoa ou grupo custa a liberdade de todos os outros. Assim, a autora arremata dizendo que se as pessoas querem ser livres é à soberania que devem renunciar³¹⁷.

A segunda consequência de tornar a soberania absoluta, especialmente a externa, é o retorno a padrões competitivos ainda mais agressivos e antissociais que o dumping, isto é, a agudização do protecionismo, contra o que o mundo chegou a criar um organismo internacional exclusivo para o seu combate e redução, a Organização Mundial do Comércio. Atualmente já se percebe uma tendência forte ao aumento do protecionismo, que é cada vez mais utilizado como arma ou resposta à globalização e aos efeitos deletérios que ela pode causar às indústrias nacionais (HOBBSAWM, 2007, p. 12-13). O processo de integração da economia gera mudanças e desafios novos, especialmente para Estados nacionais pensados da perspectiva territorialista, isso, obviamente gera ressentimentos e conflitos sociais que, como se disse acima, acabam sendo resolvidos por meio do ensimesmamento protecionista e o fechamento de fronteiras aumentando o mal-estar geral, já que a toda decisão protecionista corresponde algum tipo de retaliação³¹⁸. Esta postura simplesmente inviabiliza a cooperação e coordenação entre os Estados para tratar dos grandes problemas globais, o que apenas enfraquece os direitos ao invés de fortalecê-los.

Finalmente, a terceira consequência da soberania absoluta está na produção de um espírito de potência que produz nacionalismo, expansionismo e que acaba sempre em conflitos³¹⁹. O primeiro passo está no nacionalismo cada vez mais latente que, não demora,

³¹⁷“Hannah Arendt deixa bastante claro esse caráter monopolista e totalizante da soberania. Embora devamos reconhecer que seu pensamento é sobremodo influenciado pelo fenômeno totalitário vivido pela autora – totalitarismo, este, que levou aos limites da barbárie a ideia totalizadora da soberania –, a filósofa assevera que: ‘essa identificação de liberdade com soberania é talvez a consequência política mais perniciosa e perigosa da equação filosófica de liberdade com livre arbítrio. Pois ela conduz à negação da liberdade humana (...) ou à compreensão de que a liberdade de um só homem, de um grupo ou de um organismo político só pode ser adquirida ao preço da liberdade, isto é, da soberania, de todos os demais. (...) Onde os homens aspiram a ser soberanos, como indivíduos ou como grupos organizados, devem se submeter à opressão da vontade, seja ela a vontade individual com a qual obrigo a mim mesmo, seja a vontade geral de um grupo organizado. Se os homens desejam ser livres, é precisamente à soberania que devem renunciar” (MARQUES NETO, 2002, p. 46).

³¹⁸Somados todos esses fatores, cresce o risco de ressentimento, protecionismo, conflito social e quebra do sistema capitalista, ‘como nos anos 30’. ‘Com a influência do Estado em declínio, há uma necessidade maior de cooperação internacional’, escreveu Soros. ‘Mas essa cooperação é contrária às ideias dominantes de laissez-faire, de um lado, e de nacionalismo e fundamentalismo, de outro” (KUNTZ, 2002, p. 49).

³¹⁹“Desse fato provêm duas ordens de consequências (...). A segunda consequência é o espírito de potência e a vocação expansionista e destrutiva que animam tal paradigma da soberania estatal. São seus terríveis corolários a exaltação da guerra, concebida por Hegel como ‘momento ético’, ou seja, como ‘ momento em que a idealidade do particular consegue seu direito e se torna realidade’ e, ao mesmo tempo, como o ‘meio’ através do qual ‘a saúde ética dos povos é conservada’; o redescobrimento, sob o ângulo idealista e eticista, do antigo princípio da ‘razão de Estado’ como razão de potência, alimentado pelo desenvolvimento na Europa dos diversos nacionalismos

costuma produzir radicalismos e fundamentalismos de todas as espécies (político, militar, religioso, ideológico, etc.)³²⁰. Embora não detenha o monopólio dessa forma de pensamento, não é incomum que nestes períodos surjam ideologias de extrema direita (embora o extremo oposto também exista e compartilhe do mesmo erro), nacionalistas, colonialistas e geralmente lastreadas em algum chefe carismático e messiânico com um discurso geralmente xenófobo, ultranacionalista, pouco democrático e bastante autoritário³²¹. Uma rápida olhada na geopolítica mundial é suficiente para notar como esse tipo tem ganhado cada vez mais espaço e voz. Deste ponto em diante a tendência é o insulamento dos Estados, o aumento da rivalidade, corrida armamentista e, por fim, sob o menor pretexto, eclodem conflitos e guerras, que são, em última análise, a negação dos direitos. Todos estes sintomas parecem visíveis mesmo para o observador pouco atento. O presidente russo, Vladimir Putin, em uma entrevista no mês de dezembro de 2018 expressou abertamente sua preocupação com uma guerra nuclear e que a humanidade tem subestimado tal possibilidade (O GLOBO, 2018a). A análise do líder da Rússia converge com a visão de Eric Hobsbawm (2007, p. 35), que já dizia que são pequenas as chances de paz para o século XXI, e acrescenta que, dada a tendência belicista, ninguém estará à salvo, pois nas guerras mundiais, por exemplo, o percentual de civis mortos foi de 5%, enquanto que nas guerras do século atual este percentual é de 80% (HOBSBAWM, 2007, p. 23-24). O maior problema com isso é que a defesa dos direitos tem como pressuposto a paz³²².

Além da necessária radicalização da soberania, a reabilitação do Estado exigiria também a radicalização da ideia de cidadania como o vínculo jurídico entre a pessoa e o Estado

agressivos e expansionistas; e, finalmente, o desprezo pelos povos ‘incivis’ ou ‘naturais’ do resto do mundo, que ainda não conseguiram chegar à maturidade do Estado e que estão destinados – sempre nas palavras de Hegel – a ‘desaparecer ao primeiro contato com o espírito’, encarnado pelos Estados europeus. Inicialmente nas formas da colonização, depois através da exportação para todo o planeta da ideia de Estado e de nação e da criação de Estados e nações dependentes, o princípio da soberania estatal ilimitada se expande mundialmente, sujeitando e homologando povos e culturas” (FERRAJOLI, 2002, p. 37-38).

³²⁰“Muito ao contrário, pois que a emergência dos nacionalismos é diretamente correlacionada com o processo de globalização, pois, laseado o liame nacional, permite-se o ressurgimento dos nacionalismos, dos fundamentalismos e dos radicalismos religiosos” (MARQUES NETO, 2002, p. 113-114).

³²¹“Contrariamente às anteriores, as posições de direita – intermediárias ou extremas – não se agrupam em torno de uma denominação geral. Isto se deve ao seu caráter eminentemente nacionalista e à impossibilidade de seus objetivos, destinados mais à colonização do que à pura expansão. Por outro lado, tendem a se desenvolver sob a liderança de chefes nacionais, cada qual marcado por condições e carismas próprios, no mais das vezes conflitantes. São, em suma, mais movimentos do que doutrinas, são criados ad hoc, isto é, especialmente para lhes dar suporte e justificação. Exemplos: nazismo alemão, fascismo italiano, falangismo espanhol, integralismo brasileiro, justicialismo argentino, corporativismo português e tantos outros que vicejaram ao longo do século passado” (NUSDEO, 2008, p. 214).

³²²“A princípio, a enorme importância do tema dos direitos do homem depende do fato de ele estar extremamente ligado aos dois problemas fundamentais do nosso tempo, a democracia e a paz. O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional” (BOBBIO, 2004, p. 223).

que condiciona a atribuição de direitos. Isso fere frontalmente o ideal de universalização dos direitos. A radicalização da cidadania vai de encontro ao que foi estabelecido já em 1789 com a declaração de direitos, que os reconhecia a todos independentemente de nacionalidade. O condicionamento dos direitos à condição de cidadão é o caminho inverso da universalização e fortalecimento dos direitos, representa, pelo contrário, o perigo de criar um contingente cada vez maior de “sem-direitos”.

Portanto, se o Estado não é o melhor mecanismo no atual contexto para ser o defensor dos direitos, pois se encontra em crise e não possui a força necessária para fazer os direitos prevalecerem, ele, mesmo reabilitado e fortalecido, também não terá condições de assumir essa tarefa, pois, para que se torne eficiente, as ideias de soberania e cidadania terão que ser radicalizadas produzindo um ambiente ainda mais avesso aos direitos, ou seja, o preço para reabilitar o Estado são os próprios direitos. Embora os Estados continuem sendo uma realidade e dificilmente venham a deixar de existir no futuro próximo, os direitos já não podem mais ser deixados a seus cuidados, seja porque o Estado-nação não pode mais cumprir a tarefa, seja porque os meios de dar-lhe uma sobrevida o transformariam em mais um inimigo dos direitos e não em seus protetores.

2.1.2 O Abandono ao Mercado

Afastado o Estado como agente principal de tutela dos direitos, surge o mercado ou o sistema econômico como possibilidade e proposta. Contudo, assim como o Estado, os mercados encontram-se constantemente em crise. No item 1.2 foi apresentado com bastante vagar todo o percurso econômico da história do capitalismo moderno, que é marcada eminentemente pela instabilidade e pela crise constante e periódica. Um sistema tão instável e que não consegue assegurar sua própria estabilidade e funcionamento – assim como o Estado – não está apto para tutelar e promover os direitos. Como se disse no capítulo anterior, o capitalismo e os mercados são instáveis, tendentes à crise, possuem muitas falhas intrínsecas ao seu funcionamento e não conseguem se autorregular. Por esse motivo, confiar que sistema econômico, pelas forças de mercado, irá proteger e manter os direitos é simplesmente abandoná-los à própria sorte.

Há, porém, mais um aspecto do sistema econômico que o inabilita para a tarefa de manutenção dos direitos: a sua natureza. O mercado possui e adere à racionalidade e à natureza da empresa, que é bastante excludente e específica quando comparada com a racionalidade social (GRAU, 2005, p. 49). Aos mercados não se pode exigir essa visão social, pois sua

natureza está voltada ao interesse individual e particular, os interesses coletivos e públicos não são parte do mercado³²³. Isso ocorre porque o sistema econômico é sensível a apenas um tipo de estímulo, o dinheiro, ou nas palavras de Jürgen Habermas (2001, p. 120): “(...) os mercados são surdos para informações cuja linguagem não seja a dos preços”. É por isso que o mercado – como ordem estabelecadora de comportamentos – é pautado pelos interesses particulares que se impõem segundo a lei do mais forte (GRAU, 2005, p. 30).

O resultado disso é o reconhecimento de que a ordenação que advém do mercado não é valorativa, pois sua preocupação principal está na maximização e na eficiência³²⁴, prescindindo e ignorando valores como a justiça (SANDEL, 2016, p. 29) ou o bem-estar das pessoas³²⁵. Daí dizer que o princípio do livre mercado é o princípio sem princípios, afinal, uma sociedade regida apenas pelo e para o interesse particular é uma sociedade sem virtude cívica e sem valores³²⁶. Em razão disso o mercado, por si só, não consegue responder às questões e às demandas sobre valores e interesses públicos. Ele pode ser um bom instrumento para determinar qual o melhor produto, bem ou serviço, mas não pode dizer o quanto de liberdade é razoável limitar para se ter uma razoável igualdade social, pois esta é uma questão de valor, a ser determinada não pela relação “custo *versus* benefício”, mas por meio de uma decisão política. A incapacidade do mercado em lidar com questões de valor e de coesão social se deve ao fato de que o mercado realiza reduções ao econômico (ou contábil) para que possa aplicar a regra da eficiência. Embora uma “economia de mercado” possa ser a melhor (já que os demais sistemas econômicos acabaram falindo ao longo da história), isso não autoriza a construção de uma “sociedade de mercado”³²⁷. É dessa constatação que deriva a conclusão de que o mercado, por natureza, não é capaz de tutelar os direitos.

³²³“Não se pode exigir que o mercado tenha uma visão social, pois a sua visão é preponderantemente de vantagem individual própria (lucro). Sem este *anima* não há mercado. Porém, não é a soma das vontades individuais que forma a vontade coletiva. São necessários instrumentos que resguardecam e promovam uma atitude social. E o direito econômico deve, como uma norma social, que é a norma jurídica, garantir tais interesses. A natureza pública das suas normas e os poderes privados a que se dirigem formam os dois pólos do direito econômico” (DERANI, 2008, p. 44-45).

³²⁴“Entre as questões levantadas, no que diz respeito à formulação de normas de Direito positivo, partem os críticos do argumento de que, no plano metodológico, enquanto o Direito se ocupa de valores (Ética e Moral), a Economia tem seus parâmetros na maximização de resultados, na eficiência, o que inviabiliza, para não dizer faz descabida, qualquer tentativa de empregar parâmetros econômicos na avaliação das normas jurídicas” (ZYLBERSTAJN; SZFAJN, 2005, p. 77).

³²⁵ “Simultaneamente, o mercado e o Direito estão conectados, sendo que o mercado, assim como o Direito, nos garante certeza (especificamente, em relação às nossas transações econômicas). Assim, o amor e o bem-estar são descartados, já que destroem a certeza das regras do mercado” (BANKOWSKI, 2007, p. 37).

³²⁶“Somente a partir da dimensão política, na esfera pública, é que se pode esperar encontrar cidadãos virtuosos. Pode-se ter capitalistas virtuosos, mas quando estes o são, estão agindo de acordo com a lógica da cidadania, e não de acordo com a lógica do mercado” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 170).

³²⁷“A questão da democracia conduz à área ‘mais nebulosa’, a dos valores e da coesão social. O mercado não pode responder a esses problemas. Valores de mercado só refletem o que um participante está disposto a pagar numa troca livre. Mercados reduzem tudo, incluídos seres humanos (trabalho) e natureza (terra), a mercadorias.

Se a natureza do mercado está conectada ao interesse particular, obviamente ele não conseguirá compreender os direitos, que, por derivarem de uma decisão política, refletem um interesse e um valor públicos. Em realidade, os direitos são bens públicos, pois sua efetivação e derivação (além de seu reconhecimento) se fazem por meio da atuação do Estado na gestão do orçamento público³²⁸. Dessa ideia se conclui que é preciso algo mais que apenas os mercados, pois sem a proteção do Estado, os cidadãos ficam completamente desprotegidos, já que o mercado não pode e nem se preocupa em protegê-los³²⁹. Isso explica a advertência de Jürgen Habermas (2001, p. 98) de que os direitos “abandonados à regulação do mercado estão ameaçados de decadência, destruição e de descuido”. Em vista disso John Rawls (2016, p. 344) conclui que o mercado desconsidera as necessidades das pessoas e, por isso, não é um bom critério de distribuição de direitos.

Essa natureza do mercado – que não considera os valores, mas apenas os preços, e que não é feito para proteger pessoas, mas para colocá-las em competição – o torna incapaz de assumir o papel de protetor dos direitos. O mercado existe para muitas coisas, mas dentre elas não está a tutela e manutenção dos direitos. A essência dos direitos é completamente refratária à lógica, essência e natureza do mercado.

Por todos estes fatos – falhas do mercado, incapacidade de se autogovernar, produção de desigualdade e natureza contrária aos direitos – fica comprovado que o mercado não pode ser o agente que defenderá os direitos, pois, embora tenha muita força e influência, já que é global e detém os recursos materiais, não é apto para defender os direitos, pois muito do que estes direitos estabelecem colidem com os interesses e práticas do mercado. Por isso Luiz Carlos Bresser-Pereira (2009, p. 25) indicar que “a construção de sociedades mais livres, mais

‘Podemos ter uma economia de mercado, mas não podemos ter uma sociedade de mercado’, escreveu Soros, e essa impossibilidade vale também para a ideia de uma sociedade global” (KUNTZ, 2002, p. 50).

³²⁸“El derecho estadounidense traiza una distinción importante entre ‘impuestos’ (*taxes*) y ‘tasas’ (*fees*). Los impuestos se cobran a la comunidad en su conjunto, sin importar quiénes reciban los beneficios de los servicios públicos que se pagan con lo recaudado. Las tasas, en cambio, se cobran a beneficiarios específicos en proporción a los servicios que ellos reciben en forma personal. Los derechos individuales de los estadounidenses, incluyendo el derecho a la propiedad privada, en general se financian con los impuestos, no con las tasas. Esa fórmula de financiamiento fundamental es señal de que, bajo las leyes estadounidenses, los derechos individuales son bienes públicos y no privados” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 38).

“La financiación de derechos básicos a través de ingresos derivados de los impuestos nos ayuda a ver con claridad que los derechos son bienes públicos: servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar colectivo e individual. Todos los derechos son, entonces, derechos positivos” HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 69).

³²⁹“Os cidadãos necessitam de um Estado forte para proteger seus direitos, garantir sua segurança: não só a segurança pessoal e política, mas também a segurança resultante de um bom sistema educacional, em sistema efetivo de assistência à saúde, um sistema de renda mínima e um sistema de aposentadoria. Os mercados asseguram uma alocação de recursos relativamente eficiente, mas não protegem os cidadãos” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 126).

ricas e mais justas depende da ação coletiva dos homens, e de sua capacidade de construir instituições boas e exequíveis, mais do que de poderosas forças de mercado”.

2.1.3 Rumo ao Direito Internacional

Demonstrado que Estados e mercados são incapazes de defender os direitos – seja por sua fraqueza em um ambiente cada vez mais cambiante, seja por sua própria natureza –, continua sem resposta a questão de quem defenderá os direitos. A terceira opção é o direito internacional. Esta opção faz todo o sentido no atual contexto de mudanças e globalização pela qual o mundo tem passado. A globalização é o fenômeno que padronizou e unificou a cultura, a informação, o consumo, a economia e também os problemas e desafios (LEWANDOWSKI, 2004, p. 253). Ora, se a globalização é um processo social, político, jurídico e cultural que unifica os povos no compartilhamento de problemas deve ser também o processo pelo qual tais problemas globais são resolvidos de forma unificada³³⁰. Um exemplo paradigmático de problema global é a preservação do meio ambiente, cujos efeitos são sentidos em toda a parte e não costumam respeitar fronteiras ou línguas. Um furacão, um terremoto, uma seca, um tsunami ou o vazamento de milhões de litros de petróleo não se detêm na alfandega, doenças como o vírus H1N1, a Aids ou qualquer outra moléstia contagiosa não escolhem suas vítimas segundo o passaporte. Face essa realidade parece óbvia a necessidade de uma estratégia global para lidar com problemas globais³³¹.

Contudo, não são apenas os problemas ambientais que estão globalizados, também o foram os desafios econômicos, sociais, político e jurídico³³². Isso exige a construção de soluções

³³⁰“A globalização, todavia, não se resume a esse novo modo de produção capitalista, organizado em escala mundial. Ela decorre também da universalização dos padrões culturais e da necessidade de equacionamento comum dos problemas que afetam a totalidade do planeta como a degradação do meio ambiente, a explosão demográfica, o desrespeito aos direitos humanos, a corrida armamentista etc. Na verdade, como ficou registrado na 54ª Sessão da Comissão dos Direitos Humanos da ONU, a globalização consiste num ‘processo que não é apenas econômico, mas que apresenta também uma dimensão social, política, ambiental, cultural e jurídica’” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 52).

³³¹“O objetivo geral é evidenciar os limites das estratégias de governança empreendidas a partir de estruturas normativas e instituições locais para a proteção de um bem jurídico (meio ambiente) que é espacialmente planetário e enaltecer a importância de novos arranjos institucionais e de marcos normativos para uma governança transnacional” (CRUZ; BODNAR, 2016, p. 241).

“A dimensão global de muitos problemas ambientais faz supor que uma solução para a crise ambiental só poderá ser obtida por intermédio de uma estratégia global. Tal estratégia, porém, – assim se supõe – só poderá ser realizada por uma instituição central no plano mundial. Consequentemente, segundo essa concepção, uma política eficaz para o meio ambiente só pode ser levada a cabo por um governo mundial – qualquer que seja sua configuração – ou por formas multilaterais de organização” (KLOEPFER, 2010, p. 62).

³³²“A irreversibilidade da institucionalização internacional está associada à irreversibilidade do processo de globalização (NYE, 2002), ou seja, nada garante uma coordenação de interesses, mas a interdependência leva à

pautadas pela solidariedade entre os povos e na cooperação de suas forças³³³. É necessária a elaboração de um novo direito internacional, de uma nova forma dos Estados lidarem com os problemas que levem em conta a natureza dos problemas que enfrentam. Este novo direito internacional precisa se dar por meio de uma produção normativa que considere a interdependência econômica, social, política, ambiental, cultural e jurídica do mundo³³⁴. É preciso reconhecer que certos problemas e desafios só serão resolvidos por mecanismos e iniciativas globais³³⁵, é também necessário compreender que certos valores compartilhados quase universalmente só poderão persistir e ser realizados a partir do direito internacional³³⁶, sem o que estarão sujeitos aos sabores das ondas econômicas e políticas dos mercados e dos Estados.

As soluções integradas não são uma novidade, pelo contrário, se a sabedoria histórica ensina algo é que grandes desafios exigem mecanismos e atores correspondentes. Desde a

busca de regras mínimas e instituições. Neste contexto de reconhecida interdependência crescente, o tema do meio ambiente tornou-se paradigmático por naturalmente sempre ter sido tratado em sua particularidade transnacional. Atualmente, todo debate a seu respeito vem levando à reflexão sobre uma convergência de questões econômicas, sociais, culturais e políticas que não mais se dissecam e nem se resolvem em espaços territoriais delimitados por uma nação ou por uma burocracia política” (TOSTES, 2006, p. 70).

³³³“Na verdade, a globalização econômica vem aumentando a miséria no mundo. Por esse motivo, Fernando Henrique Cardoso, na reunião preparatória da conferência Rio + 10, ocorrida em junho de 2002, em tom de desabafo, afirmou ‘que a globalização do jeito que vai, não vai, vai mal, precisamos ter mecanismos que contrabalancem o sentimento dos povos que a globalização só serve para os ricos’, acrescentando que é preciso ‘criar mecanismos efetivos e fazer com que haja solidariedade internacional nessas questões-chave, como a pobreza, o acesso aos mercados, a transferência de tecnologias e, claramente, a preservação do ambiente’” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 95).

“Temas globais geram problemas e desafios também com escala ampliada de complexidade. Nos temas do ambiente, que possui vocação espacialmente transnacional, isso ocorre até de forma mais acentuada, pois os interesses gravitam também numa perspectiva ampliada no que diz respeito aos sujeitos, futuras gerações e toda comunidade de vida”.

“Os riscos globais, potencializados por eventos naturais extremos das últimas décadas e pela revolução tecnológica, incentivam novos pacto se estratégias de governança para a construção de uma nova civilidade global baseada eticamente na cooperação” (CRUZ; BODNAR, 2016, p. 242).

³³⁴“Para fazer frente a todos estes fatores, a que aludimos apenas panoramicamente (já que abordá-los de forma detida importaria desviar ainda mais do foco do presente trabalho), faz-se mister a emergência de um novo arcabouço de Direito Internacional, ‘em cujo âmbito os processos de elaboração normativa se dão no plano das interdependências sociais e econômicas descentralizadas’. Nos dizeres de Eros Grau ‘esse modo de produção social globalizado dominante, resultante daquela nova revolução industrial, reclama(rá) um outro Direito’” (MARQUES NETO, 2002, p. 111).

³³⁵“Tal circunstância vai ser impulsionada em grande medida pelo fato de que muitos problemas vividos (relacionados, por exemplo, a meio ambiente, minorias, terrorismo, oceanos, fluxos migratórios, crimes transnacionalizados) somente podem ser tratados a partir de iniciativas transnacionais” (MARQUES NETO, 2002, p. 109).

³³⁶“Fora do horizonte do direito internacional, de fato, nenhum dos problemas que dizem respeito ao futuro da humanidade pode ser resolvido, e nenhum dos valores do nosso tempo pode ser realizado; não apenas a paz, mas tampouco a igualdade, a tutela dos direitos de liberdade e sobrevivência, a segurança contra a criminalidade, a defesa do meio ambiente concebido como patrimônio da humanidade, conceito que também inclui as gerações futuras. E isso depende não apenas do caráter já global do tamanho desses problemas, pois uma integração do mundo já se realizou em todos os planos e em todas as esferas de vida em relação às quais tais problemas se colocam: na economia, na produção, na exploração e no aproveitamento dos recursos, nos equilíbrios ecológicos, na grande criminalidade organizada, no sistema das comunicações” (FERRAJOLI, 2002, p. 51).

Antiguidade os homens lançam mão da cooperação e coordenação para lidar com vários problemas como a defesa contra um inimigo em comum, busca de água e mantimentos, entre muitos outros. Para ficar em um exemplo não tão distante, após as guerras napoleônicas os países europeus vitoriosos, depois de reorganizarem o mapa do velho continente, se empenharam na busca da paz e perceberam que novas guerras, revoluções e revoltas só seriam evitadas por meio de uma estratégia conjunta e coordenada, por isso formaram o “Concerto da Europa” que era uma reunião internacional na qual os problemas eram discutidos de uma perspectiva global, infelizmente o Concerto teve curta duração, mas foi útil enquanto durou, pois atuava de uma forma muito parecida com o que hoje se conhece do Conselho de Segurança da ONU (HOBSBAWM, 2016, p. 171). Esta maneira de resolver os grandes desafios mundiais está em harmonia com o que defendia Immanuel Kant, para quem era necessária a formação de uma liga das nações, resultado de um contrato mútuo, aliados por objetivos e compromissos comuns³³⁷. Estes precedentes deram força e inspiração para novas modalidades de cooperação, como os blocos econômicos e organismos internacionais, cuja União Europeia é o melhor exemplo de integração, coordenação e cooperação³³⁸.

Um desses organismos internacionais é a Organização das Nações Unidas, que surge justamente após uma das grandes catástrofes humanas. Nesta época a humanidade se deu conta de sua capacidade de destruição e extermínio e que este era um problema que estava muito acima das forças e das capacidades de um Estado (ainda que forte, soberano e rico)³³⁹. Foi a partir dessa constatação que a ONU é criada, servindo de órgão de pacificação e de coordenação

³³⁷“Na busca do ideário da ‘paz perpétua’, fundada na razão e na inteligência humanas, Kant já sugeria a formação de uma liga de povos, que não seria o mesmo que um superestado envolvendo povos e territórios, pois no seu entendimento cada Estado tem e deve conservar a sua individualidade. A liga de povos resultaria de um contrato mútuo entre Estados livres, aliados por objetivos e compromissos comuns e seria fundamentada num ‘Direito Cosmopolita’. O direito de visita e de hospitalidade promoveriam a comunicação e o relacionamento pacífico entre pessoas dos mais variados pontos do mundo, e contribuiriam para transformar em realidade o ideal de uma ‘constituição cosmopolita’. Enfatizava que esse desejo não era mera fantasia, “mas um complemento necessário do código não escrito tanto do direito de Estado como do direito das gentes para um direito público dos homens em geral e, assim, para a paz perpétua” (CRUZ; BODNAR, 2016, p. 246).

³³⁸“Segundo Sabino Cassese: ‘Los Poderes Públicos hacen frente a esta creciente internacionalización de los problemas nacionales multiplicando las relaciones bilaterales y multilaterales, y constituyendo organizaciones internacionales. Existen, hoy día, organizaciones internacionales gubernativas (se usa este término para distinguir-las de las de origen privado) en los campos de la defensa, de la moneda, de la policía, de los ferrocarriles, de correos, de la sanidad, del tráfico aéreo y marítimo, de la utilización del espacio, del uso de la plataforma marítima, de la meteorología, de las fuentes de energía, del trabajo, del crédito, de la política social, del comercio, del desarrollo económico, de la ciencia, de la cultura, de la energía nuclear, de los derechos del autor y de la protección de las patentes industriales” (MARQUES NETO, 2002, p. 109).

³³⁹“No curso de mais de cinco décadas de existência, as Nações Unidas aumentaram sobremaneira o escopo de seu mandato de cooperação internacional. Após o fim da Guerra Fria, no final dos anos 80, a organização assumiu novos desafios. O ex-secretário-geral da ONU, o jurista egípcio Boutros Boutros-Ghali, definiu bem a nova situação, ao afirmar que ‘a degradação do meio ambiente, a crescente disparidade entre ricos e pobres e o aumento de pressões econômicas de alcance mundial colocam problemas para o bem-estar humano que ultrapassam as forças dos Estados, individualmente considerados” (RODRIGUES, 2006, p. 201).

e, também e mais importante, como constante lembrança do perigo e do caos que surgem quando inexiste um poder em comum que impeça as pessoas (e os Estados) de viverem em constante guerra entre si³⁴⁰. Thomas Hobbes (2014, p. 108) alerta que sem esse poder em comum “(...) a vida do homem é, então, solitária, pobre, embrutecida e curta”. Immanuel Kant conclui que, caso o direito internacional inexistisse, os Estados viveriam em um eterno estado de natureza³⁴¹.

O direito internacional é, só por isso, a melhor opção para a tutela dos direitos, pois possui um alcance global. Uma coordenação fundada na cooperação e integração direcionada para a proteção e manutenção dos direitos seria a melhor (e talvez única viável) saída. O direito internacional se apresenta como alternativa: a) à ineficiência dos Estados nacionais e b) à frieza dos mercados.

Como alternativa ao Estado, o direito internacional é superior, pois consegue superar e prescindir da ideia de soberania que, como se viu mais acima, tem sido desastrosa tanto para o funcionamento dos Estados quanto para a manutenção e proteção dos direitos. Os dois grandes legados da soberania (interna e externa) foram o holocausto e Hiroshima³⁴², situações em que

³⁴⁰“ Por isso, quando não existe um poder comum capaz de manter os homens numa atitude de respeito, temos a condição do que denominamos guerra; uma guerra de todos contra todos. Assim, a guerra não é apenas a batalha ou o ato de lutar, mas o período de tempo em que existe a vontade de guerrear; logo, a noção de tempo deve ser considerada como parte da natureza da guerra, tal como é parte da noção de clima” (HOBBS, 2014, p. 108).

³⁴¹“Assim como olhamos com profundo desprezo o apego dos selvagens à sua liberdade sem lei, que prefere mais a luta contínua do que sujeitar-se a uma coerção legal por eles mesmos determinável, escolhendo antes a liberdade grotesca à racional, e consideramo-lo como barbárie, grosseria e degradação animal da humanidade; assim também – deveria pensar-se – os povos civilizados (cada qual reunido num Estado) teriam de se apressar a sair quanto antes de uma situação tão repreensível: em vez disso, porém, cada Estado coloca antes a sua soberania (pois a soberania popular é uma expressão absurda) precisamente em não se sujeitar a nenhuma coacção legal externa, e o fulgor do chefe de Estado consiste em ter à sua disposição muitos milhares que, sem ele próprio se pôr em perigo, se deixam sacrificar por uma coisa que em nada lhes diz respeito, e a diferença entre os selvagens europeus e os americanos consiste essencialmente nisto: muitas tribos americanas foram totalmente comidas pelos seus inimigos, ao passo que os europeus sabem aproveitar melhor os seus vencidos do que comendo-os; aumentam antes o número dos seus súditos, por conseguinte, também a quantidade dos instrumentos para guerras ainda mais vastas” (KANT, 2008, p.16).

³⁴²“En el plano normativo, la peripecia histórica de la soberanía de los Estados nacionales concluye en la primera mitad del siglo pasado. Mientras que en los ordenamientos internos de los países de más frágil democracia, la ausencia de límites y de garantías frente a los supremos poderes de mayoría degeneró en regímenes totalitarios, en las relaciones externas de casi todos los países europeos acabó por secundar políticas de potencia, que se manifestaron en las colonizaciones de gran parte del planeta y deflagraron en las dos guerras mundiales. Por eso, fueron las duras lecciones de las tragedias consumadas entonces – los totalitarismos y las guerras, Auschwitz e Hiroshima – las que provocaron, junto a una nueva conciencia sobre las razones y las condiciones de la democracia, una refundación del derecho y de las instituciones políticas, tanto estatales como internacionales, basada en la superación de las aporías de la soberanía interna y externa, al menos en el plano normativo. Esta refundación se expresó en dos grandes conquistas, ambas actualmente en crisis, que, como otros tantos rechazos de los horrores del pasado, chocaron una con la forma institucional de los Estados nacionales y la otra, con las formas de las relaciones de los Estados. Ambas conquistas fueron el fruto de una misma operación: la ampliación del viejo paradigma del Estado de derecho, a través de la constitucionalización de los derechos humanos y del principio de la paz como límites y vínculos impuestos a la política, es decir, a los poderes supremos tanto internos como internacionales. Y ambas han producido un nuevo paradigma en el plano normativo, una del derecho estatal, la

a ideia de soberania – como um poder absoluto e sem limites tanto sobre os cidadãos quanto em relação aos demais Estados³⁴³ – foi levada ao extremo. Se os efeitos da soberania aconselham sua superação, também sob uma ótica jurídica esse conceito já não faz muito sentido. Luigi Ferrajoli (2002, p. 2-3) denuncia a inconsistência jurídica da soberania apontando três aporias: primeira, a soberania é uma ideia de origem jusnaturalista, isto é, pré-moderna. Ela não se encaixa na visão juspositivista atual havendo contradição entre ambas; segunda, a soberania como poder que não reconhece outro possui dois eventos paralelos e divergentes: um referente à formação dos Estados de direito e constitucionais que limitam a ideia de soberania interna, e outro referente à absolutização da soberania externa e, terceira, há uma antinomia entre soberania e direito, não apenas com o direito interno do Estado de direito, mas também com o direito internacional e com as cartas da ONU.

É justamente esta última aporia (a antinomia entre direito e soberania) a mais emblemática na demonstração da superioridade do direito internacional como guardião dos direitos frente os Estados. Foi graças ao sistema internacional – especialmente aquele construído para a Organização das Nações Unidas – que o esquema de uma soberania absoluta pode ser superado e, com ele, superado também o estado de natureza que prevalecia tanto interna quanto externamente aos Estados. Ao estabelecer restrições para o uso da força pela guerra e determinar uma tutela especial aos direitos humanos, a ONU mitiga tanto o exercício da soberania externa (no caso da guerra), quanto da soberania interna (no caso dos direitos humanos)³⁴⁴.

otra del internacional, a mi juicio, no adecuadamente tratado por la reflexión jurídica y política” (FERRAJOLI, 2013, p. 477).

³⁴³“Embora apareça já na Idade Média em autores como Beaumanoir e Marino da Caramanico, é indubitável que a noção de soberania como *suprema potestas superiorem non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si) remonta ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus e à divisão correlativa, no limiar da Idade Moderna, da ideia de um ordenamento jurídico universal, que a cultura medieval havia herdado da romana. Falar da soberania e de seus eventos históricos e teóricos quer dizer, portanto, falar dos acontecimentos daquela formação político-jurídica particular que é o Estado nacional moderno, nascida na Europa há pouco mais de quatro séculos, exportada no século XX a todo o planeta e hoje em declínio” (FERRAJOLI, 2002, p. 1-2).

³⁴⁴“Esses dois documentos transformam, ao menos no plano normativo, a ordem jurídica do mundo, levando-o do estado de natureza ao estado civil. A soberania, inclusive externa, do Estado – ao menos em princípio – deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos. É a partir de então que o próprio conceito de soberania externa torna-se logicamente inconsistente e que se pode falar, conforme a doutrina monista de Kelsen, do direito internacional e dos vários direitos estatais como de um ordenamento único. De fato, por um lado, o veto à guerra, sancionado no preâmbulo e nos dois primeiros artigos da Carta da ONU, suprime aquele *ius ad bellum* que, de Vitoria em diante, foi o principal atributo da soberania externa e representa, portanto, a norma constitutiva da juridicidade do novo ordenamento internacional. Por outro lado, a consagração dos direitos humanos na Declaração de 1948 e depois nos Pactos internacionais de 1966 atribui a esses direitos, antes apenas constitucionais, um valor supra-estatal, transformando-os de limites exclusivamente internos em limites agora também externos ao poder dos Estados” (FERRAJOLI, 2002, p. 39-40).

A partir dessa superação da soberania como um dogma absoluto e inquestionável, é possível propor uma nova forma de organização das relações e da própria maneira de tutelar os direitos. Propõe-se um direito internacional não mais fundado nos Estados nacionais que compõem a ordem internacional, mas fundado na própria humanidade. O paradigma desse novo direito internacional deixa de ser o da soberania e passa a ser o da autonomia dos povos. Cria-se, assim, um constitucionalismo global, cujos sujeitos são a humanidade e não apenas e tão somente os Estados, e cujo valor e limitação não é a arbitrária soberania dos Estados, mas a autonomia dos povos³⁴⁵.

A substituição do paradigma estatal na tutela dos direitos é premente, pois a organização territorial dos Estados está em contradição e em descompasso com a organização internacional da econômica e dos mercados³⁴⁶, há uma clara ruptura entre soberania formal e soberania substancial dos Estados, que, como já se disse várias vezes, impossibilita o Estado de proteger os direitos³⁴⁷. O direito internacional se apresenta, portanto, como a opção mais viável

³⁴⁵“Ferrajoli acredita na ‘razão artificial’ do direito, especialmente na força generosa de um direito internacional fundamentado não na soberania dos Estados, mas na autonomia dos povos: a humanidade no lugar dos Estados; um constitucionalismo mundial, inclusive com garantias jurisdicionais globais, no posto ou ao lado dos constitucionalismos nacionais”.

“Naturalmente, essa crise do Estado é uma crise de época, com consequências imprevisíveis. Mas acreditamos que cabe à cultura jurídica e política apoiar-se naquela ‘razão artificial’ que é o direito, e que já no passado moldou o Estado em suas relações internas, para indicar as formas e os percursos: os quais passam, evidentemente, através da superação da própria forma do Estado nacional e através da reconstrução do direito internacional, fundamentado não mais sobre a soberania dos povos. Somente desvinculado tais autonomias da rigidez monística do velho paradigma do Estado – baseado na identificação entre Estados, povos e nações –, o direito à autodeterminação dos povos poderá ser realizado sob formas pacíficas, não reciprocamente exclusivas e, além disso, autênticas e democráticas”.

“A primeira indicação é a hipótese do totus orbis (mundo inteiro) – a da humanidade, no lugar dos antigos Estados, como referencial unificador do direito –, hipótese que hoje pode ser realizada por meio da elaboração de um constitucionalismo mundial, capaz de oferecer, às várias cartas dos direitos fundamentais de que a comunidade internacional já dispõe, aquelas garantias jurídicas de cuja falta depende a ineficácia destas. Se quisermos que tais cartas sejam levadas a sério, como normas e não como declarações retóricas, faz-se necessário que essa falta de garantias seja reconhecida, pela cultura jurídica e política, como uma lacuna, cujo preenchimento é obrigação da ONU e, portanto, dos Estados que a esta aderem. Não estamos pensando de forma alguma num improvável e indesejável governo mundial. Mais simplesmente, pensamos na perspectiva, indicada há exatos cinquenta anos por Kelsen em seu livro *A paz através do direito*, de uma limitação efetiva da soberania dos Estados por meio da introdução de garantias jurisdicionais contra as violações da paz, externamente, e dos direitos humanos, internamente” (FERRAJOLI, 2002, p. x, 52 e 54).

³⁴⁶“Alexander Murphy, nesse sentido, constata que os Estados contemporâneos, enquanto entidades de natureza eminentemente territorial, estão em contradição com a estrutura espacial da economia globalizada, que criou ‘espaços funcionais’, formados por redes de relações financeiras e comerciais, que envolvem ‘cidades mundiais’ e empresas multinacionais, as quais conseguem, em sua atuação, sobretudo em razão do progresso da tecnologia, escapar ao controle dos países em que operam. Observa ainda que o sucesso da União Europeia em lidar com esse problema deve-se ao fato de haver ela reduzido a importância econômica, social e psicológica das fronteiras interestatais, introduzindo um sistema de governança em camadas múltiplas (*multi-tiered*), que abandona a concepção ortodoxa de controle, caracterizada por sua natureza territorial e hierárquica” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 259).

³⁴⁷“Para cientistas políticos, especialistas em relações internacionais, cientistas sociais e juristas, o grande desafio é, justamente, dar conta dessa ruptura entre a soberania formal do Estado e sua autonomia decisória substantiva, por um lado, e da subsequente recomposição do sistema de poder provocada pelo fenômeno da globalização, por outro” (FARIA, 2004, p. 23-24).

e eficiente para lidar com este vácuo deixado pelos Estados. Prova disso está na tendência dos Estados a se unirem em blocos internacionais³⁴⁸. A União Europeia se tornou o símbolo máximo dessa tendência, bem como o exemplo mais bem-sucedido de integração internacional entre Estados (muito embora a crise de 2010 tenha sido uma prova dura para a continuidade do bloco, bem como o Brexit um desafio não menos importante, o bloco continua unido e viável). Os membros da União Europeia claramente optaram por renunciar a partes relevantes de suas soberanias formais para que, unidos, pudessem exercer uma soberania efetiva e funcional, pois reconheceram que eram, sozinhos, incapazes de regular sua economia e tantos outros assuntos. Por meio de uma soberania compartilhada os países europeus tiveram restaurada boa parte de sua força e de seu controle³⁴⁹.

Essa busca por união e cooperação – que pode assumir os mais variados níveis – é um reconhecimento evidente de que o direito internacional consegue fazer o que os Estados isolados não conseguem mais. No nível internacional, especialmente dentro do contexto de organizações intergovernamentais (tais como a ONU, a OMC, a OIT, entre outras) encontram um ambiente de comunicação e de cooperação para lidar, coletiva e organizadamente, com problemas que possuem em comum³⁵⁰. Essas organizações intergovernamentais são bastante eficientes na geração desse ambiente favorável, pois desempenham quatro funções essenciais: a) oferecer aos Estados um espaço permanente de diálogo, b) legitimar situações de fato, c) gerar informações que serão referência para os membros e d) reduzir a tensão internacional (RODRIGUES, 2006, p. 196).

³⁴⁸“No último quarto do século XX, porém, provavelmente em resposta à globalização, ocorreu uma mudança em direção à delegação de poderes. De acordo com Castells, o Estado-nação, ao enfrentar a globalização, defende-se da consequente perda de autonomia no tocante à definição de políticas em seu território, movendo-se em duas direções opostas: em uma direção, ele se organiza internacionalmente em blocos econômico regionais, em zonas de livre-comércio ou em uniões aduaneiras caracterizadas; na outra, envolve-se na delegação de poderes a unidades regionais ou locais” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 299).

³⁴⁹“Os Estados europeus, observa o autor inglês, perceberam que sua soberania, compreendida não num sentido jurídico, porém como capacidade de responder efetivamente às demandas domésticas, poderia ser consideravelmente incrementada mediante a integração econômica e política entre eles. Em suma, entenderam que, numa economia globalizada, é melhor limitar algumas das prerrogativas estatais, mantendo-se fortes na unidade, do que permanecer isolados e fracos e com a soberania formalmente intacta”.

“Desse modo, vai-se desenvolvendo entre os especialistas a ideia – nem sempre claramente explicitada – de uma soberania ‘funcional’ ou ‘operacional’, exercida pelos Estados não só no sentido vertical, mas também no plano horizontal, e de forma partilhada ou compartilhada, que lhes permitiria superar as limitações impostas pelo processo de globalização” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 260-261).

“Os Estados-nação transferem à União responsabilidades que não podem exercer efetivamente em seu próprio território: defesa nacional, normas comuns sobre comércio, mercados financeiros e de trabalho e agora, com o euro, uma moeda única” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 300).

³⁵⁰“Marcel Merle observa que ‘a proliferação destas organizações criou, acima da tradicional rede de relações diplomáticas, um novo circuito de comunicação que oferece aos Estados um marco permanente para o tratamento coletivo dos problemas que os afetam’. A existência de assuntos de interesse comum, de temas que comportam níveis de interdependência entre Estados, é uma realidade que passou a ser seriamente encarada pelos Estados no âmbito das OIGs” (RODRIGUES, 2006, p. 195).

Apesar da já consolidada tradição das organizações transnacionais, a proposta do direito internacional como protetor dos direitos vai um pouco além do atual estágio de desenvolvimento das relações e mecanismos internacionais, obviamente não os nega, mas os aprimora e aprofunda. A ideia é criar um verdadeiro cosmopolitismo superando a visão nacionalista que enxerga o Estado-nação como ator principal e único³⁵¹. É relevante ressaltar, contudo, que este novo sistema internacional não advoga a extinção ou o fim dos Estados, nem prescinde de sua relevante participação e colaboração, contudo, há uma mudança clara no eixo de atuação, o Estado e o seu modelo não são mais a referência³⁵², o direito não pode mais ficar preso, dependente e limitado por uma perspectiva nacional que se arroga uma soberania que lhe permite agir de forma antissocial na esfera global (CRUZ; BODNAR, 2016, p. 243). Assim, os Estados deixam de ser eminentemente soberanos para assumir um papel conciliador, integrador e negociador dentro de uma comunidade transnacional³⁵³, afinal, em um contexto globalizado e pós-nacional a articulação e a coordenação passam a ser mais importantes que a independência e a soberania³⁵⁴. Em síntese, como indicou Jürgen Habermas, os Estados devem passar aquelas atividades que já não conseguem mais cumprir para o âmbito internacional³⁵⁵, dentre as quais, a promoção e proteção dos direitos.

Finalmente, ainda na perspectiva de demonstrar o direito internacional como melhor alternativa ao sistema dos Estados soberanos, pode haver aqueles que desconfiem dessa nova forma de organização e que vejam nisso a fundação de uma espécie de governo mundial ou global que pode exercer uma pressão excessiva sobre os Estados e retirar não apenas a soberania desse ente, mas a própria autonomia dos povos. Tal desconfiança é infundada por dois motivos. Primeiro, não se advoga a criação de um governo mundial, que, aliás, seria indesejável, mas

³⁵¹“Como possível resposta às insuficiências e à clara defasagem histórica do nacionalismo metodológico, debate-se a emergência do cosmopolitismo metodológico, com a ousada proposta de revolucionar o nível de análise da sociologia tradicional e confrontá-la com a realidade que opera na borda do Estado-nação” (CRUZ; BODNAR, 2016, p. 253).

³⁵²“A crítica ao nacionalismo metodológico naturalmente não prega o fim do Estado, mas enfatiza a ideia de que a organização nacional, como um princípio estruturante da sociedade e da ação política, não pode mais servir como ponto de referência de orientação para o desenvolvimento social do observador científico” (CRUZ; BODNAR, 2016, p. 251).

³⁵³“Em outras palavras, os novos estados exerceriam sua atividade não como entidade soberana, mas como parte componente de uma ordem política internacional mais ampla e complexa (Cruz, 2010, p. 22-41). Assim, o Estado tende a se extinguir como estrutura de soberania – um dos motivos para a superação do Estado Constitucional Moderno – e como coordenador de uma hierarquia piramidal (Ferrajoli, 2002). O novo Estado não seria mais um pretenso gestor de uma hierarquia soberana, mas sim um potencial negociador e integrador de sua comunidade no concerto transnacional” (CRUZ; BODNAR, 2016, p. 250).

³⁵⁴“No chamado Estado pós-nacional, articulação e coordenação passam a ser mais importantes do que independência e soberania – ao menos no sentido de que estes dois conceitos foram entendidos nos dois últimos séculos” (FARIA, 2017, p. 116).

³⁵⁵“As funções do Estado social evidentemente só poderão continuar a ser preenchidas no mesmo nível de até agora se passarem do Estado nacional para organismos políticos que assumam de algum modo uma economia transnacionalizada” (HABERMAS, 2001, p. 69).

sim um aprofundamento dos mecanismos e organismos internacionais já existentes. Segundo, atualmente os EUA, com seu poder e sua quase ausência de limites às intervenções que realiza, já criou um “governo” mundial opressivo a todos os outros Estados, especialmente aqueles que entram em rota de colisão com seus interesses. O novo direito internacional, muito ao contrário de instituir um governo mundial absoluto (como o que se vê com o domínio americano), busca justamente o oposto, a construção de um ambiente internacional de cooperação e integração verdadeiros sem a prevalência de interesses nacionais, que são substituídos pelos interesses humanos³⁵⁶.

Além de ser uma alternativa aos Estados, o direito internacional é também uma alternativa aos mercados como protetores dos direitos. Tanto o mercado como o direito internacional possuem alcance planetário, a diferença entre eles, porém, não está no alcance, mas na natureza de sua regulação e funcionamento. O mercado atua e regula segundo uma “*lex mercatória*” de natureza privada em que vige a negociação e a prevalência do mais forte. Há um abandono do público e a prevalência do privado na ordenação do mercado³⁵⁷. Essa realidade faz com que as instituições universais, regidas por uma visão e um direito público, percam força e que, em contrapartida, as instituições particulares ganhem maior destaque³⁵⁸. Essa forma de regulação e ordenação privadas, no entanto, faz existir no plano internacional o governo do mercado que, como já se viu no item anterior, possui muitas falhas e problemas além de estar sujeito a constantes e periódicas crises. É por esse motivo que, se o mercado é global, e se ele apresenta limitações que os Estados já não podem mais conter, é preciso a existência de uma

³⁵⁶“Frente a los que temen un supergobierno mundial en la ONU y en su posible reforzamiento, y por eso defienden las viejas soberanías nacionales, es fácil objetar que hoy tenemos una mezcla de *bellum omnium*, es decir, de anarquía planetaria, y de gobierno global —el local de Estados Unidos— con las desventajas de uno y otro, ya que el actual Leviatán, por defecto de legitimación y por incapacidad de gobierno, no puede garantizar la paz, al ser él mismo el principal factor de guerra, y menos aún colmar el vacío de esfera pública internacional” (FERRAJOLI, 2013, p. 536).

³⁵⁷“A sétima tendência é a de uma transformação paradigmática no conteúdo programático do Direito Interacional Público. Embora formalmente continue sendo produzido pelos Estados-Nação, sob a forma de acordos, convenções e tratados, com os fenômenos da transnacionalização dos mercados insumos, bens e serviços e da interconexão do sistema financeiro em escala planetária suas normas cada vez mais vão sendo interpenetradas pela *Lex Mercatoria* e pelo *Direito da Produção*. Como consequência, o caráter *público* do Direito Internacional acaba sendo progressivamente relativizado ou até mesmo inteiramente desfigurado, na medida em que muitos de seus dispositivos atendem e tutelam interesses específicos, de natureza privada, revestidos da forma ‘pública’” (FARIA, 2002a, p. 110-111).

³⁵⁸“Se produjo así una singular involución de las instituciones internacionales. Las instituciones de tipo universalista — como la FAO, la OMS y los otros organismos de la ONU — nunca tuvieron poderes efectivos y corren el riesgo de ser cada vez más marginados. A su lado, en cambio, se desarrollaron instituciones de tipo particularista —la OTAN, la OMC, el G8— dotadas de enormes medios y poderes de intervención y de gobierno”. “Esta polaridad se acentuó, precisamente, en la última década, cuando a la creciente globalización de la economía correspondió, en forma paradójica, una disolución de la ya débil esfera pública internacional” (FERRAJOLI, 2005, p. 120).

ordenação tão global quanto este mercado mundial, ordenação esta que traga equilíbrio às relações e diminua os riscos dela decorrentes³⁵⁹.

Por isso propõe-se o direito internacional como melhor alternativa ao mercado na manutenção dos direitos, pois a regulação do direito internacional, ao contrário de ser privada e de estar baseada na lei do mais forte, é pública e se pauta em valores. Substitui-se a ideia de competição entre os Estados para assumir a perspectiva da cooperação e da coordenação, inclusive na ordenação econômica e do mercado mundial. É justamente esta organização solidária e axiológica que faz com que o direito internacional seja muito superior à ordenação do mercado globalizado. Por meio do direito internacional é possível criar uma ordem econômica internacional (GRAU, 2005, p. 66), que, assim como as ordens econômicas nacionais, seguem padrões e buscam implementar políticas econômicas. Surge a possibilidade de estabelecer mundialmente uma ordenação cujos princípios sejam a solidariedade e a salvaguarda e sustentabilidade do capitalismo³⁶⁰, e cujo objetivo seja o desenvolvimento econômico e social mundial sem o qual a defesa dos direitos (especialmente os sociais) é impossível³⁶¹.

A contribuição do direito internacional que o torna preferível ao mercado é o fato de que se torna possível construir uma ordenação econômica que padronize mundialmente as relações sociais e econômicas de forma a impedir que as grandes corporações, usando sua grande mobilidade produtiva, se desloquem para locais com regulações mais brandas ou menos comprometidas com os direitos (individuais, político e sociais) básicos. Forma-se, assim, uma verdadeira macroeconomia global que é conduzida não mais por meio de uma perspectiva competitiva (as vezes revanchista ou até mesmo predatória), mas da união e cooperação entre Estados e agentes econômicos dentro de fóruns e instituições com regras e procedimentos previamente estabelecidos evitando-se o “estado natural”, e impondo uma ordem e valores

³⁵⁹“Como o risco e sua distribuição são produtos de desigualdades globais, deveríamos requerer dos órgãos internacionais de desenvolvimento que desempenhassem um papel significativo e construtivo no controle dos ricos que estão diretamente associados ao comportamento dos atores econômicos globais” (LYNCH, 2001, p. 64).

³⁶⁰“Vale dizer, uma ação conjunta de governos de Estados, lastreada no princípio da solidariedade, para manter o sistema capitalista de produção, possibilitando a obtenção do lucro com sustentabilidade, porém, mediante a salvaguarda da Constituição. Isso tudo, em vista da manutenção da garantia dos direitos fundamentais, dentre os quais os direitos dos trabalhadores, os direitos dos consumidores. Dessa forma, torna-se viável a efetiva redistribuição da renda e riqueza proveniente da arrecadação de impostos” (GOMES, 2014, p. 181).

³⁶¹“Esta tem sido uma das diretivas de membros da ONU, partindo do pressuposto de que, sem desenvolvimento econômico, não há condições de se realizar os objetivos de ordem social. Para tanto, exaltam a cooperação internacional e a união de forças em prol do relevante objetivo de humanizar a economia de mercado global. Ademais, essa interdependência dos Estados-nação torna-se necessária, inclusive para a sustentação do próprio sistema de produção capitalista, no âmbito global” (GOMES, 2014, p. 182).

comuns³⁶². Essa perspectiva pode até ser acusada de ser utópica, impraticável ou impossível, contudo, é interessante ressaltar que, embora ainda não estejam neste nível de regulação e coordenação, algumas instituições de alcance global já realizam uma importante normatização econômica, como o Banco Mundial, por exemplo³⁶³. Contudo, vozes importantes para a economia e a política internacionais alertam para a necessidade de um sistema internacional ainda mais profundo do que existe hoje, um sistema internacional de supervisão aos moldes do que foi feito em Bretton Woods³⁶⁴.

A globalização – fenômeno eminentemente econômico, como se viu no capítulo anterior – pode ter universalizado o sistema capitalista de produção pelo mundo, mas isto é, claramente, insuficiente para a manutenção das relações e também dos direitos. É preciso muito mais do que uma integração “da” e “pela” economia. O direito internacional, em síntese, é superior aos mercados porque ele integra pessoas, instituições e Estados não apenas de uma perspectiva econômica, mas também de um ponto de vista político, valorativo, social, cultural e jurídico. É por esse motivo – pelo fato de a integração do direito internacional ser mais completa e profunda que aquela dos mercados globais – que o direito internacional é a melhor opção para tutelar os direitos. Immanuel Kant (2008, p. 11), quando pensou um mundo de “paz

³⁶²“De outro lado porque esse deslocamento dos poderes de decisão jurídica gera a necessidade de organismos, mecanismos e sistemas supranacionais de coordenação macroeconômicas, de monitoramento comercial, de harmonização das diferentes legislações em vigor, de articulação de interesses financeiros e de resolução dos conflitos que podem comprometer o ‘meio ambiente’ das instituições financeiras e dos agentes produtivos – enfim, de uma inédita, ampla e complexa estrutura jurídica de natureza multilateral destinada a assegurar o funcionamento, sem riscos, traumas e inseguranças, de uma ordem econômica globalizada” (FARIA, 2004, p. 110).

“O primeiro problema envolve a convergência e a homogeneização da legislação financeira e da regulação sobre valores mobiliários em escala planetária, como forma de se pôr fim ao hiato entre a atuação global dos mercados (com base em tecnologias de informação que permitem comunicação on-line ou em tempo real) e o alcance geograficamente restrito das autoridades monetárias e das agências reguladoras dos Estados nacionais. Para tentar responder às crescentes demandas de regulação e governança surgidas com a progressiva, ‘desterritorialização’ dos capitais e com a autonomia das transações financeiras, discute-se a necessidade de se criar órgãos reguladores macroprudenciais, encarregados de cuidar dos riscos sistêmicos, por um lado, e de se estabelecer um organismo emprestador global de última instância, uma espécie de Banco Central mundial por outro”.

“Com princípios, regras e procedimentos globais de regulação sobre instituições financeiras e mercados e o subsequente ajuste à nova realidade dos antigos organismos multilaterais formados no pós-guerra, a ideia-chave é impedir que os capitais acabem ‘vazando’ pra áreas da economia mundial com pouca ou débil regulação. E isso, como consequência, exige a negociação – nos fóruns internacionais – de uma ordem normativa mais rigorosa, abrindo caminho assim para construções políticas e institucionais novas, que vão muito além da tradicional dicotomia entre regulação estatal nacional e regulação intergovernamental” (FARIA, 2017, p. 54-55).

³⁶³“Sua atuação é fundamentalmente subsidiária e complementar à da iniciativa privada, que deve promover e estimular, intervindo a título integrativo, quando esta última se revela incapaz ou insuficiente para atender às necessidades financeiras de determinado projeto. Por essa razão, aliás, grande parte dos programas de investimento do Banco Mundial tem-se concentrado em obras de infra-estrutura, geralmente de retorno lento, porém efetivo” (MAGALHÃES, 2006, p. 67).

³⁶⁴“O problema, como ele deixa claro, mais tarde, num debate público, seria encontrar um sistema de supervisão capaz de, ao esmo tempo, manter a fluidez do mercado e prevenir as crises. Seria necessário, afirma Soros, voltar a Bretton Woods, isto é, remontar o sistema financeiro internacional, como se fez a criação do FMI e do Banco Mundial” (KUNTZ, 2002, p. 48-49).

perpétua” em que os direitos eram reconhecidos e tutelados, defendia que isso só seria alcançado mediante a união entre os povos e que esta união não deveria ser promovida pela economia, mas por motivos sociais e jurídicos, ou seja, o grande pensador defendia um mundo unido não por laços monetários, mas por vínculos axiológicos.

Demonstradas as potencialidades do direito internacional, fica claro que este é o melhor caminho para a defesa e promoção dos direitos em uma era pós-nacional e de intensa globalização econômica. O direito internacional consegue impor os direitos com uma força que os Estados já não possuem mais em vista da crise da soberania e da pressão exercida pela economia. Ele também é melhor que o mercado, pois pautado por ideais que vão além da ideia de eficiência, que muitas vezes é deletéria à tutela e manutenção dos direitos. Por esse motivo o direito internacional é a melhor proposta para defesa dos direitos, pois se adapta muito bem aos valores dos direitos e tem as condições materiais e políticas para fazê-lo.

Apesar de ser o melhor caminho, é necessário receber o direito internacional como guardião dos direitos de uma forma crítica. É preciso notar que a descrição do direito internacional que se fez acima não corresponde inteiramente com a realidade atual. Na verdade, ele parece um pouco idealizado, com um funcionamento perfeito demais, pois nas relações internacionais práticas o direito internacional não se comporta desta forma sempre e em todas as situações. A cooperação e solidariedade acima de tudo, organismos internacionais que conseguem substituir os Estados pela humanidade e a soberania pela autonomia dos povos realmente não são comuns na prática. Isso ocorre por dois motivos: primeiro, porque o direito internacional que se busca está em um estágio evolutivo bem mais a frente que o atual, busca-se a construção de uma esfera pública internacional, regida por uma “constituição internacional”, cujo coração são justamente os direitos das pessoas; segundo, porque o atual sistema internacional possui algumas dificuldades e falhas que o impedem de dar um salto qualitativo ao encontro dessa nova fase evolutiva nas relações e ordenações internacionais, trata-se, mais especificamente, do déficit democrático do ambiente internacional atual e da ausência de uma autoridade com poder coercitivo e capacidade de normatização cogente em nível global. Da superação destes dois problemas – déficit de democracia e ausência de força – depende a evolução do direito internacional, sem o que este se torna tão inadequado para a defesa dos direitos quanto o Estado nacional e os mercados globais.

O primeiro desafio que deve ser superado para que o direito internacional possa evoluir e se tornar um mecanismo de proteção dos direitos é seu déficit democrático. Há uma patente contradição entre Estados nacionais crescentemente democráticos (ainda que formalmente) e

uma ordem internacional cada vez menos democrática³⁶⁵. A despeito da forte exigência para que Estados sejam democráticos para serem legítimos, as organizações internacionais, que influenciam cada vez mais na vida das pessoas num mundo globalizado, são pouco ou nada democráticas. Essa discrepância faz crescer a desconfiança sobre as organizações internacionais, especialmente aquelas de defesa dos direitos humanos, o que torna a efetivação desses direitos ainda mais difícil³⁶⁶. Se o direito internacional quer, de fato, substituir o paradigma da soberania pelo da autonomia dos povos, ele terá que assumir de forma radical a democracia, pois a democracia é a garantia da autonomia, que fica extremamente fragilizada em uma ordem internacional não democrática³⁶⁷.

Há algumas características que podem demonstrar e exemplificar o que se quer dizer quando se diz que o direito internacional possui um déficit democrático. A primeira característica é a forma como as organizações internacionais se constituem e como tomam decisões. Um caso emblemático é o do Banco Mundial, em que a força de decisão de cada Estado depende do número de cotas do banco que foram compradas. Não é preciso dizer que os países ricos que puderam comprar um grande número de cotas dominam o Banco Mundial e suas decisões e políticas³⁶⁸. Também exemplifica esse problema quanto à tomada de decisão a

³⁶⁵“Isso é tão mais problemático na medida em que, no final do século XX, a democracia também adquire o status de uma ideia política hegemônica no sistema internacional. De modo que a discrepância entre a forma como as decisões são tomadas no interior da ONU e os critérios democráticos mínimos reflete-se num crescente déficit de legitimidade da organização”.

“Para David Held, o conceito de democracia só pode ser redimido na esfera transnacional através da construção de uma democracia cosmopolita que buscaria ‘firmar e desenvolver instituições políticas regionais e globais como um complemento necessário ao Estado-Nação’. Seria um sistema onde o Estado nacional coexistiria com instituições transnacionais que decidiriam sobre assuntos ‘com consequências transnacionais e internacionais comprovadas que requeiram iniciativas globais ou regionais no interesse de sua efetivação e que dependam dessas iniciativas para a manutenção de sua legitimidade democrática’” (REIS, 2006, p. 39).

³⁶⁶“Em resumo, é importante destacar que a crescente exigência de que os estados sejam democráticos para serem considerados legítimos no sistema internacional contrasta fortemente com o baixo grau de democratização das instituições internacionais, que cada vez mais afetam a vida e as possibilidades dos indivíduos no mundo, hoje. Essa discrepância afeta a própria forma como a ordem internacional é percebida, e faz com que as tentativas de estabelecer uma política mais efetiva de garantia dos direitos humanos, sejam vistas, não sem razão, com uma boa dose de ceticismo. Além disso, a crescente incorporação da retórica dos direitos humanos na formulação dos objetivos de política externa de atores importantes do sistema internacional, como os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, acaba tendo um efeito contraproducente, do ponto de vista de uma política internacional de direitos humanos. A dificuldade em distinguir os interesses particulares dos imperativos morais em ações como o bombardeio da Sérvia ou a invasão do Iraque contribuem para criar uma atmosfera de desconfiança em relação à política dos direitos humanos. Isso se tem refletido até mesmo em uma postura hostil às ONGs que trabalham com direitos humanos e direitos humanitários nas zonas atingidas por conflitos violentos” (REIS, 2006, p. 40).

³⁶⁷“A democracia interna, garante dos valores da autonomia, fica fragilizada, em geral, com a inexistência de uma ordem internacional não democrática, que obriga os Estados nacionais a recorrer à razão de Estado, aos serviços de inteligência, e a todos os dispositivos que asseguram a invisibilidade do poder, erodindo com isso o princípio da responsabilidade dos governantes diante dos governos, exigência central da democracia” (ROUANET, 2002, p. 241).

³⁶⁸“Esse sistema sempre foi criticado pelos países em desenvolvimento que se sentem alijados das deliberações, monopolizadas pelos Estados desenvolvidos [...]. O poder de decisão dos países industrializados, no fundo, advém do fato de contribuírem com maior volume de recursos para ambos os organismos. Essa circunstância tem reflexos

própria Organização Mundial do Comércio (OMC), que tem sido desde muito tempo acusada de pouco democrática, a chamada Rodada de Doha foi emblemática neste sentido tendo como tema central das discussões e negociações a democratização do órgão internacional³⁶⁹. Outra característica que representa bem o déficit democrático é o uso de certas organizações internacionais por potências ricas e poderosas para alcançar certos objetivos por meio da pressão sobre outros Estados mais fracos³⁷⁰. Muitas vezes esta instrumentalização das organizações internacionais busca dar um verniz ou aparência de legalidade a atos flagrantemente ilegais; geralmente, as potências usam o pretexto de intervenções militares “humanitárias” em nome dos “direitos humanos” ou da “democratização” de certa área para alcançar seus objetivos políticos, econômicos ou militares³⁷¹. Finalmente, também caracteriza o déficit democrático do direito internacional a forte influência que o poder econômico consegue exercer sobre certos órgãos ou organismos internacionais (MARQUES NETO, 2002, p. 126-127).

O segundo desafio que o direito internacional deve enfrentar é a ausência da força no cumprimento de suas decisões e normas. Atualmente, o direito e os órgãos internacionais

no comportamento dessas entidades, dependentes que ficam da orientação política – e dos recursos – dos principais membros” (MAGALHÃES, 2006, p. 68).

³⁶⁹“A controvérsia principal, no entanto, não dizia respeito a questões de natureza pontual, mas à insatisfação dos países mais pobres no tocante à fixação das normas e da própria agenda de negociações pelas potências comerciais. A grande batalha de Doha, na verdade, travou-se em torno da democratização dos debates na OMC” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 90).

³⁷⁰“Seja como for, se a concessão de uma ajuda é de facto o pretexto para pressões ilícitas sobre o Estado beneficiário para que modifique uma política ou as suas estruturas sócio-econômicas, torna-se óbvio que o acordo deste Estado não é mais livremente consentido” (PELLET; QUOC; DAILLIER, 2003, p. 1093).

³⁷¹“Em 1998, a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) bombardeia a Sérvia como objetivo de pôr fim à guerra do Kosovo e acabar com o massacre de civis. De acordo com um dos arquitetos da intervenção, o primeiro-ministro da Inglaterra, a operação justifica-se não apenas em virtude do imperativo moral, como também pelo fato de que, diante da interdependência que caracteriza o mundo contemporâneo, ‘nós não podemos dar as costas aos conflitos e violações de direitos humanos dentro de outros países se nós queremos estar seguros’. Assim, ‘a instabilidade financeira na Ásia destrói empregos em Chicago e na minha própria cidade. A pobreza no Caribe significa mais drogas nas ruas de Washington e Londres. Conflitos nos Bálcãs causam mais refugiados na Alemanha e aqui nos Estados Unidos’ (BLAIR, 1999). Nunca é demais ressaltar a escolha de regiões e a forma como elas se relacionam em sua fala”.

“Pesa sobre as intervenções ditas humanitárias a desconfiança de que são decididas não em função de razões humanitárias ou, ao menos, não principalmente em função delas. A imobilidade da comunidade internacional diante do genocídio de 800 mil pessoas em Ruanda, para nos determos apenas no caso mais extremo, parece confirmar estas suspeitas. No entanto, é justamente em função da gravidade de situações como a de Ruanda, que a reflexão sobre as intervenções e sua legitimidade torna-se mais importante. Diante de situações como essa, a questão da representatividade, da estrutura de organização e dos processos decisórios que levam às intervenções adquirem cada vez mais centralidade na análise da política internacional dos direitos humanos” (REIS, 2006, p. 37-38).

“Da mesma forma, pouco ou nada mudaram certas estruturas de poder e/ou a dinâmica que as caracteriza. Basta, nesse caso, focar a esfera das relações internacionais para ver como ainda são exibidos, com inaceitável frequência, alguns padrões do século XIX, com situações em que o poder das armas parece constituir, para algumas potências, um recurso plenamente válido para terem, satisfeitos os seus interesses, independentemente do esgotamento dos esforços diplomáticos ou da posição de organismos multilaterais de que participam, e assim por diante” (VIEIRA, 2015, p. 91).

funcionam (muito em razão do respeito à soberania dos Estados) segundo o princípio convencional, isto é, as decisões emanadas de um órgão internacional serão cumpridas pelo Estado ou pelos Estados receptores da decisão ou da norma se eles assim concordarem e quiserem, ou seja, os Estados (especialmente os mais poderosos) escolhem se querem ou não cumprir as decisões e as normas internacionais. Isso obviamente enfraquece e deslegitima os órgãos internacionais de maneira que, nesta realidade, impera muito mais um sistema internacional de Estados do que um direito internacional de fato³⁷². A razão dessa ausência de força e de autoridade do direito internacional está na inexistência de um constitucionalismo global que determine uma divisão de competências e atribuição de autoridade e a completa inexistência de mecanismos e garantias de execução e coerção das decisões e normas internacionais³⁷³. Em outros termos, é necessário dotar o direito e os órgãos internacionais do monopólio da força em âmbito internacional para que possam fazer valer suas decisões, assim como os Estados, dentro de seus territórios, possuem o monopólio da força e mecanismos para garantir a efetividade de suas decisões e normas. O direito internacional, portanto, se recende da falta de um órgão global que decida e que execute as decisões. Atualmente a economia, a informação e a cultura estão globalizadas, todavia nem a política nem o direito estão, este novo direito internacional busca justamente completar a globalização³⁷⁴.

Como se viu até aqui, o direito internacional é o agente com melhores condições para assumir a tutela dos direitos, pois consegue transcender as falhas e limitações dos Estados nacionais e também dos mercados globais. Todavia, o direito internacional enfrenta algumas barreiras que precisa transpor para assumir integralmente a função de guardião dos direitos, trata-se de seu déficit democrático e de sua ausência de autoridade e coercibilidade. Nos dois itens que seguem serão apresentadas as formas de como lidar com essas barreiras para que o

³⁷² “Como apenas os Estados têm poder real, o risco é que as instituições internacionais se mostrem ineficazes ou carentes de legitimidade universal ao tentar lidar com questões como os ‘crimes de guerra’. Mesmo quando se estabelecem tribunais por acordo geral (como, por exemplo, o Tribunal Penal Internacional, estabelecido pelas Nações Unidas no Estatuto de Roma de 17 de julho de 1998), suas decisões não serão necessariamente aceitas como legítimas e obrigatórias, ao menos enquanto países poderosos tiverem condições de ignorá-las. Um consórcio de Estados poderosos pode ter força suficiente para conseguir que alguns violadores nacionais de países fracos sejam levados a esses tribunais, o que talvez contribua para diminuir a crueldade dos conflitos armados em certas áreas. Mas este é um exemplo do exercício tradicional do poder e da influência em um sistema internacional de Estados, e não da implementação do direito internacional” (HOBSBAWM, 2007, p. 29).

³⁷³ “La principal laguna en el constitucional global del derecho internacional es la ausencia de garantías judiciales en apoyo de la paz y los derechos humanos. Es a tales garantías, más que a un improbable e incluso indeseable gobierno global, a las que hace cincuenta años Kelsen (1944) confió la tarea de limitar la soberanía de los estados. Con frecuencia, dicha laguna es explicada como producto de la falta de una autoridad internacional con el monopolio de la fuerza – el tercero ausente, como lo llama Bobbio (1989)” (FERRAJOLI, 1998, p. 179).

³⁷⁴ “Existe agora, como durante todo o transcurso do século XX, uma ausência total de qualquer autoridade global efetiva que seja capaz de controlar ou resolver disputas armadas. A globalização avançou em quase todos os aspectos – econômico, tecnológico, cultural, até linguístico –, menos um: do ponto de vista político e militar, os Estados territoriais continuam a ser as únicas autoridades efetivas” (HOBSBAWM, 2007, p. 28).

direito internacional assuma a condição de verdadeiro protetor dos direitos. Primeiro, cabe ao direito internacional estabelecer uma nova composição de forças entre os agentes que atuam nessa esfera de forma que todos estejam acomodados e não exerçam uma pressão ou força sobre os outros criando um ambiente verdadeiramente democrático (item 2.2). Segundo, é necessário que o direito internacional assuma a condição de esfera pública internacional por meio de uma constituição internacional que outorgue autoridade, força e coercibilidade aos seus órgãos ou organismos e que assuma, de fato, uma natureza eminentemente pública (item 2.3).

2.2 A NOVA COMPOSIÇÃO DE FORÇAS DO SISTEMA INTERNACIONAL

No item anterior ficou definido que quem deve proteger e manter os direitos no contexto de um século XXI pós-nacional, globalizado e imerso em uma crise sistêmica é o direito internacional. É este direito internacional que deve ocupar o papel de centro decisório – que foi perdido pelo Estado nacional e invadido pelo mercado global – e tomar as decisões quanto aos direitos e também em relação às políticas de interesse planetário. Essa atribuição, contudo, implica reconhecimento de poder político à esfera internacional sendo que tal poder deve ser organizado, limitado e legítimo, pois a toda forma de poder político corresponde um modelo e organização jurídicos (MARQUES NETO, 2002, p. 57). Tratar do modelo e da organização do direito internacional é lidar diretamente com a composição de forças que participarão das decisões, trata de estabelecer quais os agentes que tomarão parte no comando da esfera internacional e como estes atores interagem, se organizam, se coordenam e se limitam uns aos outros. Em resumo, o modelo e organização do direito internacional que se quer construir necessita apontar como se organiza e de que forma as forças que dele participam e que nele interagem serão acomodadas para que esta instância decisória reflita valores e procedimentos verdadeiramente democráticos, impedindo que uma força exerça qualquer tipo de pressão ou colonialismo sobre as outras forças e atores.

Determinar quais são os agentes ou forças que participam do direito internacional e integram esta estrutura exige observar a realidade internacional e determinar quais agentes fazem parte do que Ferdinand Lassalle (2013, p. 31) chamou de constituição real, isto é, quais são os fatores reais de poder no âmbito internacional. São três os poderes, fatores ou agentes: os Estados, o mercado global e a sociedade civil internacional. Vários são os autores que reconhecem esses personagens como protagonistas na ordenação da vida social, seja nacional ou internacionalmente. Ademir Ribeiro Romeiro aponta que as estruturas institucionais para o

crescimento e o desenvolvimento econômicos são formadas por uma tricotomia formada pelo mercado, pelo Estado e pela força social³⁷⁵. Com isso concorda Fábio Nusdeo ao analisar a ordem econômica da Constituição Federal brasileira de 1988 reconhecendo que desde a promulgação da norma constitucional se estabeleceu no país um sistema misto que compreende dois centros decisórios, o Estado e o mercado³⁷⁶. Cristiane Derani corrobora serem estes os três poderes que dominam a sociedade e entende que à sociedade civil cabe o papel de intermediária entre o Estado e o mercado na resolução dos conflitos e desafios³⁷⁷. Mais explícito, Luiz Carlos Bresser-Pereira afirma que as sociedades são coordenadas pelo Estado, pelo mercado e pela sociedade, e que à mão invisível do mercado se soma a mão visível do Estado e da sociedade na condução da vida e da economia³⁷⁸. Ele conclui dizendo que “(...) toda sociedade utiliza três mecanismos institucionais de coordenação abrangentes: o Estado, a sociedade civil e o mercado”³⁷⁹.

Indicados quais são os agentes que fazem parte da realidade e do poder no contexto do direito internacional, cabe determinar como devem ser organizados de forma que possam ser equilibrados para que nenhum se sobressaia indevidamente sobre os demais. Essa acomodação

³⁷⁵“Opschoor (1992) propõe substituir a dicotomia mercado-governo pela tricotomia: transações (que inclui o mercado) – força social (empowerment) – governo. Somente desse modo seria possível criar estruturas institucionais eficientes, isto é, capazes de redirecionar o crescimento econômico no sentido da sustentabilidade” (ROMEIRO, 2001, p. 21).

³⁷⁶“A primeira delas é a de que a entronização constitucional da Ordem Econômica significa a ausência da mesma nas constituições clássicas ou liberais, das quais ela constava, porém, de formas apenas implícita, embutida no rol dos direitos e garantias individuais. Ao se tornar explícita, ela significou, também, a consagração de um novo sistema econômico que veio substituir o anterior de cunho liberal-garantista ou, numa linguagem mais técnica, descentralizado. Deu-se a este novo sistema a denominação de ‘sistema misto’ ou, mais tecnicamente, de sistema de iniciativa dual, justamente por aceitar dois centros decisões diversos para as decisões econômicas. O mercado e o Estado, por meio de órgãos diversos, genericamente chamados de ‘agências’” (NUSDEO, 2015, p. 32).

³⁷⁷“Com vistas à solução dos problemas ecológicos, as estruturas sociais devem ser mobilizadas, para uma participação efetiva nas normas de organização. Sobretudo, a chamada sociedade civil, organizações que se colocariam entre Estado e mercado, responderiam pela realização da cidadania, ao agir para um comprometimento das funções do Estado e para uma maior flexibilidade do mercado, visando ao assentamento de finalidades coerentes com um novo padrão de relacionamento com o ambiente” (DERANI, 2008, p. 71).

³⁷⁸“As sociedades capitalistas são economias mistas nas quais o Estado, o mercado e os mecanismos informais da sociedade agem como princípios coordenadores. Como observa Elmar Altvater (1993:328), ‘a mão invisível do mercado tem que ser apoiada pela mão visível da intervenção do Estado, e ambas necessitam da terceira mão de uma rede de instituições sociais e econômicas’. O mercado, o Estado e a sociedade civil complementam-se entre si na coordenação da economia e, mais amplamente, da sociedade” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 146).

³⁷⁹“O Estado inclui o sistema legal ou judiciário, constituído pelas normas legais e pelas instituições fundamentais da sociedade, e o aparelho do Estado, com seu governo ou administração. O sistema jurídico é o mecanismo de coordenação mais geral, na medida em que estabelece os princípios básicos para os outros mecanismos funcionarem minimamente. O mercado, por sua vez, coordena ou, para usar a terminologia dos economistas, aloca recursos através da competição. Finalmente, a sociedade, na qual o poder é proporcional ao peso relativo dos diferentes grupos sociais – constitui um terceiro mecanismo básico de controle. Na sociedade civil, o peso de cada grupo de interesse ou indivíduo depende de sua capacidade organizacional, de sua riqueza ou de seu conhecimento. Enquanto o Estado coordena a sociedade por meio da lei e do governo, e os mercados por meio da competição, os membros da sociedade civil participam com o debate público e dão vida à esfera pública, onde nas democracias, é testada a legitimidade dos governos” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 276).

dos agentes é fundamental para o bom funcionamento da esfera internacional. Sempre que há um desequilíbrio entre os participantes do poder surgem disfuncionalidades e mesmo crises, foi, aliás, o que aconteceu na crise do Estado nacional, pois o mercado global se tornou desproporcionalmente mais poderoso que o Estado desequilibrando a relação que havia sido estabelecida inicialmente e jogando o Estado na inefetividade. Com isso, o mercado invade e desapropria o Estado de sua posição e toma o seu lugar. O direito internacional busca justamente reequilibrar esta relação em um novo contexto, impondo limites e fazendo com que nenhum dos agentes se sobressaia sobre os demais. A inexistência dessa esfera internacional que impeça desequilíbrios foi o que permitiu o florescimento de poderes econômicos e políticos selvagens e incontroláveis que acabaram por colocar os direitos em grave perigo³⁸⁰, seja no passado em que os Estados gozavam de uma soberania absoluta o suficiente que lhes dava a prerrogativa de suspender direitos, seja no presente em que os direitos são condicionados aos destinos do mercado.

O primeiro ponto relevante quanto à organização do poder no direito internacional e o equilíbrio que se deseja dar aos atores nele atuantes diz respeito à natureza da relação que devem ter. O princípio que deve nortear a relação entre os agentes na ordem internacional é o da interdependência³⁸¹. Os Estados, o mercado e a sociedade civil internacional devem compreender que o que afeta o funcionamento de um deles afeta todos os demais. Quando o equilíbrio de um dos elementos de um sistema é quebrado, o sistema todo sofre.

³⁸⁰ “Por otra parte, se han visto los riesgos abiertos en la democracia de los países europeos por la falta de culminación del proceso constituyente de la Unión. Es claro que estos mismos riesgos son incomparablemente más graves a escala planetaria, donde la casi total ausencia de una esfera pública global garante de la paz y de los derechos humanos deja vía libre al desarrollo incontrolado de poderes salvajes, sean políticos o económicos. En el vacío de derecho público internacional ya señalado no sólo el gobierno mundial sino también el de países concretos, sobre todo los más pobres, quedan de hecho a expensas del ejercicio de poderes prevalentemente informales, a veces invisibles y en todo caso sustraídos tanto a controles parlamentarios como a los vínculos de las constituciones nacionales. Debido a la confusión de las fuentes, lo impreciso de las competencias y, sobre todo, al carácter informal de los nuevos poderes globales no sólo está produciéndose una sustancial disolución de la modernidad jurídica, con el desarrollo de un incierto derecho internacional de producción prevalentemente contractual y jurisprudencial y la regresión al pluralismo y a la superposición de los ordenamientos propios del derecho pre moderno. Corre peligro el orden de la democracia y del estado de derecho en su totalidad, que, de no ser refundado a escala global, está destinado a perecer y a disgregarse en todos sus planos. En efecto, en la actual fenomenología del poder, cada vez menos estatal y más extraestatal, expresiones como ‘principio de legalidad’, ‘reserva de ley’, ‘representación política’, ‘separación de poderes’, son cada vez más pobres de sentido. Crisis internacional y crisis constitucional son, en suma, las caras de la misma moneda, es decir, del colapso del principio de legalidad. Por ello, su superación sólo puede ser contextual, a través de la extensión del paradigma constitucional a los diversos niveles del derecho, comenzando por el internacional. Tal es el actual, difícil desafío a la razón jurídica y política, del que hablaré en los párrafos que siguen” (FERRAJOLI, 2013, p. 548).

³⁸¹ “À teoria da separação de poderes como pensada na filosofia kantiana e por Montesquieu, a qual propugna pela independência absoluta entre os poderes do Estado, Hegel opõe a teoria organicista da interdependência, orientada pelo princípio da identidade e do monismo. Invocando a célebre fábula do estomago e dos membros, Hegel considera imprescindível a passagem das partes à identidade, uma vez que, na hipótese de independência de um poder em relação aos demais, todos acabariam por arruinar mutuamente” (CARVALHO, 2012, p. 9).

Esta interdependência é fundamental na realidade complexa e extremamente mutável que se vive, não é mais possível confiar a apenas uma estrutura ou instituição a direção da vida social. Em face disso não cabe mais a apenas uma estrutura governar e decidir, é impossível que esta estrutura solitária, por mais poderosa e ampla que consiga ser, possa sustentar o atual estágio em que a sociedade se encontra. Do ponto de vista regulatório, os últimos séculos passaram por três fases. A primeira, cujo início se deu nos anos 1940, teve como agente regulador principal o Estado, que baseado nas ideias keynesianas dirigiu a vida e o desenvolvimento. A segunda fase, que começou nos anos 1980 após o colapso do Estado de bem-estar/ desenvolvimentista, era fortemente influenciada pelas ideias do Consenso de Washington e dava protagonismo ao mercado. Finalmente, a terceira fase, iniciada após a crise de 2008, percebe que concentrar os esforços regulatórios em apenas um único sistema é insuficiente (vide tabela 2.1)³⁸². Nos anos 1940 a vida podia ser regida satisfatoriamente pelo Estado, nos anos 1980 era viável que o mercado ditasse as regras, mas depois de 2008 ficou claro que é necessária a criação de um sistema que coordene e integre os Estados, o mercado global e a sociedade civil internacional, pois, unidas e interdependentes, estas estruturas podem abranger a complexidade da vida e acompanhar a velocidade das mudanças³⁸³.

Tabela 2.1
Fases da regulação social

	Período	Agente	Base teórica
1ª Fase	1940-1980	Estado nacional	Keynesianismo
2ª Fase	1980-2008	Mercado	Neoliberalismo
3ª Fase	2008	Estado, mercado e sociedade civil	Globalização

Fonte: adaptado de José Luiz Conrado Vieira (2015).

³⁸²“A propósito, vale a pena destacar as observações feitas por Schapiro e Trubek (2012, p. 30-31) ao apontarem dois momentos distintos, anteriores ao atual, no campo denominado de Direito e Desenvolvimento: o primeiro, envolvendo um maior ativismo estatal e marcado pelos modelos tradicionais, empregados entre 1940 e 1980, do desenvolvimento equilibrado (de autores como Nurske e Rosentein-Rodan) e do desenvolvimento desequilibrado (de Hirschman e outros), assim como pelo estruturalismo da Cepal, e o momento seguinte (segundo momento), após 1980, pautado pela nova versão do neoliberalismo e sua conformação nos termos do Consenso de Washington, com o ressurgimento do protagonismo do mercado. O momento atual, notadamente após a Crise de 2008, seria o da busca de um novo paradigma, na perspectiva do direito e desenvolvimento, quiçá envolvendo uma nova proposta de triangulação entre concepção de desenvolvimento, setor de liderança e veículo de governança capaz de lançar um ‘terceiro momento’ de desenvolvimento de longo prazo adequado aos interesses dos países emergentes. Conforme Schapiro e Trubek (2012, p. 41 e ss.), nesse contexto de reflexões podem ser colocadas, atualmente, as concepções do desenvolvimento como liberdade (Amartya Sen) e do desenvolvimento como descoberta (Dani Rodrik e Ricardo Hausmann), com novas proposições na análise do relacionamento entre Estado, sociedade e mercados, além da indicação de novos vetores na linha dos já referidos diálogo horizontal e pragmatismo democrático, dentre outros” (VIEIRA, 2015, p. 93).

³⁸³“Em um mundo de rápidas mudanças tecnológicas e de relações sociais e econômicas cada vez mais complexas, as instituições políticas também se modificaram, rapidamente. As duas principais instituições políticas que atuam nas democracias modernas – a sociedade civil e o Estado – assumem novas formas, novos papéis e novas maneiras de se relacionarem entre si, produzindo uma nova governança democrática” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 13).

Obviamente, a relação de interdependência entre os Estados, o mercado e a sociedade civil, para que ocorra como deve ocorrer, precisa ser ordenada demarcando-se os espaços e as funções de cada um desses agentes. Esta decisão é uma decisão política, pois implica imprimir à esfera internacional uma identidade, que será definida a depender da configuração e da organização destes atores³⁸⁴. Como uma decisão de caráter político, a acomodação dos agentes no direito internacional deve se dar dentro de um ambiente natural de embates entre estes três agentes, pois trata-se de uma relação que, além de ser interdependente, é também e conseqüentemente dialética³⁸⁵. Este embate – que dentro dos procedimentos e nos limites traçados é desejável e proveitoso – se dá em razão das diferenças e da diversidade de perspectivas e funções que cada um desses três atores desempenham.

Quanto ao exercício do poder e das funções, Estados, mercado e sociedade civil, agem por meio de instrumentos diferentes. A doutrina aponta que o poder pode ser exercido de três formas: a) pela coação, b) pela recompensa e c) pela persuasão³⁸⁶. O Estado nacional atua por meio da coação, já o mercado exerce o seu poder por meio da recompensa e a sociedade civil age na esfera pública com base na persuasão. É natural que, por usarem mecanismos e instrumentos diferentes, existam divergências e cada um chegue a conclusões diversas. O Estado, por ser o detentor do monopólio da força e ser o emanador das normas jurídicas, naturalmente atua segundo as ferramentas que domina, o que confere estabilidade à esfera internacional. O mercado, por outro lado, ao usar a recompensa preza pela competição e pela eficiência dando fluidez e dinamicidade à esfera internacional. Finalmente, a sociedade civil, por ordenar por meio da persuasão fomenta o debate público fortalecendo a cidadania e promovendo a democracia em sua essência no âmbito do direito internacional. Obviamente, cada um dos agentes não monopoliza estes mecanismos que podem ser adaptados e usados pelos demais.

³⁸⁴“A relação e a linha demarcatória entre mercado, Estado e comunidade constituem elas próprias uma questão política. Como consequência, quase toda resposta ao questionamento sobre o papel apropriado e o peso relativo dos princípios organizatórios macrossociais da economia política será objeto de contestação” (ROCHA, 2002, p. 41).

³⁸⁵“Os poderes do Estado não seguem estritamente o desenho abstrato previsto na Constituição. Eles são definidos por seus embates, muitas vezes ativados por ações judiciais propostas por indivíduos, partidos, associações, movimentos sociais, entre outros agentes políticos. A separação dos poderes se constrói, portanto, por reformas parciais sucessivas levadas adiante por intermédio de leis ou decisões judiciais. O desenho do Estado não costuma ficar imune aos embates entre os diversos grupos sociais, exceto em regimes autoritários ou no mundo ideal (e potencialmente autoritário) criado por teorias que definem uma gestão tecnocrática do processo político” (BRENE, 2015, p. 71).

³⁸⁶“Galbraith identifica três maneiras pelas quais se exerce o poder ou a vontade comandante: coação, recompensa ou persuasão. Na primeira, a obediência ocorre por meio de um castigo; na segunda, pela expectativa de uma compensação; na terceira, em razão do convencimento íntimo” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 197-198).

Juntamente com os mecanismos pelos quais os Estados, o mercado e a sociedade civil internacional realizam as funções que lhe são outorgadas, há, também, limites ao exercício desses poderes, sem o que cada um poderia atuar de forma disfuncional e absolutista sobre os demais, quebrando o equilíbrio tão necessário à formação, funcionamento e manutenção da esfera internacional como instrumento de proteção dos direitos. Estes limites são extraídos das responsabilidades que são demandas de cada um dos agentes no desempenho de suas funções, especialmente quanto aos direitos. Assim, aos Estados exige-se que atuem com eficiência na regulação e administração dos interesses, do mercado é demandado que atue de maneira responsável sempre presando pela função social e da sociedade civil espera-se que tutele e garanta a cidadania (ALFONSIN, 2006, p. 166). Em resumo, o Estado age por meio da coerção, que deve ser eficiente, o mercado atua por meio das recompensas, que precisam perseguir a função social, e a sociedade civil exerce seu poder pelo convencimento que se dá dentro e por meio da cidadania (vide tabela 2.2).

Tabela 2.2
Formas e limitações da atuação dos agentes da esfera internacional

Agente	Forma de atuação	Princípio limitador
<i>Estados nacionais</i>	Coação (ordenamento jurídico)	Princípio da eficiência
<i>Mercados globais</i>	Recompensa (competição)	Princípio da função social
<i>Sociedade civil internacional</i>	Persuasão (participação)	Princípio da cidadania

Fonte: baseado em Jacques Távora Alfonsin (2006) e Enrique Ricardo Lewandowski (2004).

Finalmente, a organização dos agentes da esfera internacional exige uma breve, mas importante, análise de cada um deles para compreender melhor o desenho desta estrutura internacional que se busca formar para defesa dos direitos. Os pontos centrais desta composição de forças, repita-se, estão na interdependência, na dialeticidade e no equilíbrio.

Quanto aos Estados nacionais é importante ressaltar que, para que o equilíbrio seja mantido não se admite que o Estado seja muito maior ou muito mais poderoso que os mercados e a sociedade civil, nem o oposto, isto é, que os mercados ou a sociedade civil sejam muito superiores em poder em relação ao Estado. Ocorre que com a globalização os mercados atingiram proporções globais, enquanto que os Estados, em vista da soberania e da territorialidade que os caracterizam, permaneceram com o mesmo tamanho e influência. Isso provocou o desequilíbrio que precipitou os Estados, a democracia e os direitos na crise. É por isso que a esfera internacional é tão relevante para este contexto, pois ela permite que os Estados atinjam um âmbito tão internacional quanto os mercados, trata-se da “internacionalização” dos

Estados, o que trará novo equilíbrio à relação Estado-mercado (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 111 e 205). Ademais, a participação do Estado na esfera internacional, dentre outras funções, consiste em atuar como mediador das relações entre mercado e sociedade civil garantindo que ambos coexistam e exigindo função social dos mercados e cidadania da sociedade civil³⁸⁷.

Já em relação ao mercado global – cuja linguagem é a dos preços, por meio dos quais as informações são produzidas e transmitidas³⁸⁸ – este ocupa posição de destaque no cenário internacional sendo o único agente que, até agora, encontra-se plenamente globalizado e internacionalizado. Em vista disso, é necessário que seu poder seja devidamente limitado e traçados os limites de sua influência na esfera internacional³⁸⁹. Isto se conquistará especialmente por meio da função social que se materializa por meio de estruturas internacionais e da construção de uma ordem econômica internacional coesa e coerente pressupondo uma política econômica global, uma taxação global e direitos econômicos globais³⁹⁰.

Por fim, a sociedade civil internacional é um fenômeno que surge juntamente com a globalização, pois a globalização é um processo econômico e político que faz emergir tanto uma economia global como uma sociedade civil global (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 115). Além da globalização, foi o direito internacional – mais especificamente, a tutela internacional dos direitos humanos – que criou um ambiente viável para o surgimento da sociedade civil

³⁸⁷“O processo histórico é o produto da contínua interação entre os dois principais mecanismos institucionais que coordenam os modernos Estado-nação – o Estado e o mercado –, de tal forma que todas as economias avançadas são essencialmente economias mistas: elas não são puras economias de mercado, e muito menos estatais. O Estado, enquanto conjunto de instituições, estabelece as condições legais sob as quais operam os mercados; enquanto aparelho dotado de poderes especiais, ele reforma as instituições, aplica a lei e, por meio de transferências econômicas, compensa ou modera os desequilíbrios sociais e econômicos inerentes aos mercados” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 32-33).

³⁸⁸“O que é importante notar aqui é que os preços são os meios de transmitir informações. Eles são uma recompensa ou punição ao mérito ou ao bom julgamento. Eles dão a informação necessária para o sistema funcionar e para os recursos serem distribuídos” (BANKOWSKI, 2007, p. 87-88).

³⁸⁹ “Ya se ha dicho que, en nuestra tradición filosófico-política y jurídica, el único poder que ha sido tratado como objeto de límites y vínculos constitucionales ha sido el poder político, no así el económico, siempre acreditado como libertad perteneciente a la esfera privada. Otro tanto cabe decir de los poderes económicos a escala internacional. El único intento de leer y tratar las libertades económicas como poderes fue puesto en práctica por las experiencias de los socialismos reales, clamorosamente fracasadas, precisamente, por la desvalorización del derecho como técnica de regulación del poder y de tutela de los derechos. El primer problema de una teoría de la dimensión económica y civil de la democracia internacional es, pues, afrontar la cuestión de estos poderes; sobre todo, reconocerlos como tales y luego someterlos a reglas, límites, vínculos y controles. El segundo problema es el de la naturaleza y contenidos de tales reglas, límites y controles: en materia de trabajo, incompatibilidades y conflictos de intereses, antitrusts y protección del medio ambiente” (FERRAJOLI, 2013, p. 562).

³⁹⁰“En suma, una economía global implica una política económica y fiscal global, con funciones de recaudación y de redistribución, que abandone la lógica de las ayudas en favor de la de los derechos a escala global, repitiendo el mismo itinerario recorrido por los Estados nacionales en materia social: de la beneficencia a la garantía de los derechos, del estado asistencial al estado social de derecho” (FERRAJOLI, 2013, p. 575).

internacional³⁹¹. Este ator tem ganhado cada vez mais espaço na esfera internacional, evidência incontestável é a inclusão das organizações não-governamentais de amplitude internacional nas negociações perante a ONU a partir dos anos 1990, o que subverteu a lógica hierárquica das relações internacionais democratizando o ambiente³⁹². A participação da sociedade civil é fundamental nas negociações e no próprio equilíbrio das forças, pois (com destaque especial às organizações não-governamentais), possui um contato prático, real e especializado com certos temas que são objeto da regulação e negociação³⁹³. Esta característica da sociedade civil global lhe confere duas funções de grande importância. Primeiro, ela atua como mediadora entre Estado e mercado exigindo daquele, eficiência regulatória, e deste, sua função social³⁹⁴. Segundo, funciona como garantidora, promotora e efetivadora dos direitos, pois, para a concretização dos direitos não basta a mera enunciação legal, é preciso a participação social que, além de reivindicar novos direitos atualizando o direito também atua como contenção para possíveis retrocessos (MACHADO, 2011, p. 54-55).

De tudo o que foi apresentado neste item a síntese é que o direito internacional é uma esfera decisória composta por três agentes que exercem poder: os Estados nacionais, o mercado

³⁹¹ “Anheier, Glasius e Kaldor (2001), ao pesquisarem a sociedade civil global, sugerem que esta surge de dois fatos complexos: a globalização econômica (produção, finanças, mercado etc.) e o Direito internacional (ratificação de tratados e regras internacionais, especialmente na área de direitos humanos)” (TOSTES, 2006, p. 66).

³⁹² “Nesse processo de forja de políticas públicas da ONU, a partir dos anos 90, um elemento fundamental entrou no jogo para alterar bastante o desenho das negociações e das próprias políticas: a participação direta de governos subnacionais (municípios, Estados, províncias etc.) e das ONGs. As políticas públicas municipais, estaduais e provinciais, transformadas em best practices, inverteram a tradicional ordem de verticalidade internacional-local introduzindo as agendas locais no tabuleiro global. Esse processo, rico de trocas, intercâmbios e interfaces de políticas públicas locais no espaço transnacionais, tornou-se, por isso, mais descentralizado e, possivelmente, mais democrático” (RODRIGUES, 2006, p. 202).

³⁹³ “Finalmente, uma vez conduzidos os argumentos para a reflexão sobre que papel os atores não-estatais podem exercer na pressão de forças internacionais, concluo que se estes não possuem representação soberana nem forças armadas podem ser indispensáveis pela especialização e capacidade de concentração de informação e conhecimento. Isto porque a expertise temática está sendo buscada, cada vez mais, fora dos Estados e a via de influência dos atores não-estatais já está clara no principal papel assumido pelas organizações não-governamentais em suas participações em organizações internacionais e conferências: o papel de especialistas”.

“Segundo pesquisadores que vêm trabalhando com o mapeamento da “sociedade civil global”, tais como Kaldor, Anheier, Stares e Glasius, do Center for Global Civil Society and Centre for the Study of Global Governance (da London School of Economics and Political Science), o crescimento do número de tratados concluídos e ratificados precede o crescimento de atores da sociedade civil que agem em redes transnacionais. Especialmente a década de 1990 representou um marco único no crescimento de tratados internacionais, sendo que, nesse período, quase dobrou o número de tratados ratificados por países sobre os mais diversos assuntos” (TOSTES, 2006, p. 66).

³⁹⁴ “Recentemente, os sindicatos começam a recuperar influências, mostrando que as organizações corporativas e as organizações de controle social se apoiam mutuamente. No momento em que a globalização e a crise do Estado exigem um reexame das relações Estado-sociedade e Estado-mercado, o espaço público não-estatal desempenha o papel de intermediário. Ele pode facilitar o aparecimento de parcerias Estado-setor privado, ou o surgimento do controle social ou de formas de advocacia pública, abrindo novas perspectivas para a construção de um Estado republicano. Como observa Cunill Grau (1995:3), ‘a introdução de ‘público’ como uma terceira dimensão supera a visão dicotômica que opõe de modo absoluto ‘Estado’ e ‘privado’. Seguindo a mesma linha, Bresser-Pereira e Cunill Grau (1998a:31) afirmam que a existência de um espaço público não-estatal entre o Estado e o mercado permite a constituição de um círculo virtuoso de natureza democrática” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 198).

global e a sociedade civil internacional. Para que a esfera internacional de fato consiga cumprir o objetivo de tutelar os direitos e evitar retrocessos é condição *sine qua non* que seja organizada e configurada de maneira a estabelecer um equilíbrio entre estes três agentes, sob pena de, havendo desequilíbrios, o direito internacional internalizar os mesmos problemas e contradições que os Estados nacionais geram. Este equilíbrio se consegue a partir de uma perspectiva de interdependência entre os três atores que atuam por meio de mecanismos diferentes (coação, recompensa e persuasão) e devem obedecer a certos limites (eficiência regulatória, função social e cidadania). Com a dinâmica dialética que se estabelece entre estes três agentes internacionais é possível equilibrar a relação de poder e influência e gerar um ambiente verdadeiramente democrático e igualitário, sem o qual não florescem nem sobrevivem os direitos. É esta, portanto, a estrutura da esfera internacional proposta, como funciona e quais os elementos ou agentes que dela participam na tomada de decisão. A partir disso surge a questão de determinar como atribuir autoridade e cogência às decisões emanadas desta estrutura.

2.3 DO PRIVADO AO PÚBLICO: A ESFERA PÚBLICA INTERNACIONAL

Os direitos só serão tutelados e protegidos se o direito internacional for investido de força. A mera enunciação de direitos, mesmo que por meio de tratados internacionais, não é garantia suficiente de sua efetividade. É preciso que a esfera internacional que reconhece e positiva direitos também possuam a força para concretizá-los³⁹⁵. Os direitos entraram em crise justamente porque o Estado, responsável por tutelá-los, deixou de ter força em razão da globalização e da perda de espaço para o mercado, os mecanismos de efetivação das suas

³⁹⁵“Denunciar o abuso (ou melhor, o uso enganoso) que se faz do termo ‘direito’ nas declarações deste ou daquele direito do homem na sociedade internacional. Não sem certa hipocrisia, já que aqueles que se sentam à mesa de um fórum internacional – sejam políticos, diplomatas, juristas ou especialistas em geral – não podem ignorar que o objeto de suas discussões são pura e simplesmente, propostas ou diretivas para uma futura legislação; e que as cartas de direitos, como as que servem de premissa às Constituições nacionais a partir do final do século XVIII (ou, para usar a primeira expressão com que os direitos do homem fizeram seu aparecimento na cena da história, não são *Bill of Rights*), mas são documentos que tratam do que deverão ou deveriam ser direitos num futuro próximo, se e quando os Estados particulares os reconhecerem, ou se e quando o sistema internacional houver implantado os órgãos e os poderes necessários para fazê-los valer sempre que forem violados. Uma coisa é um direito; outra, a promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial. Outra coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção” (BOBBIO, 2004, p. 96).

decisões não mais alcançavam aqueles que as descumpriam³⁹⁶. O direito internacional só será um bom substituto do Estado caso tenha o que o Estado perdeu: força, autoridade e coercibilidade.

É por essa razão que surge o modelo que Enrique Ricardo Lewandowski (2004, p. 256) chama de “governança global”, que José Eduardo Faria (2017, p. 66) denomina de “cosmopolitismo liberal” e que Luigi Ferrajoli (2013, p. 516) identifica como “esfera pública internacional”, e que para efeitos desse estudo serão tratados como sinônimos para um mesmo e único modelo. Esse modelo consiste em uma ordem política e jurídica de caráter público e coercitivo de alcance global dotado de funções e instituições de tutela dos interesses gerais e dos direitos³⁹⁷. Como ordem pública, a esfera internacional é um conjunto de normas que se impõe tanto sobre os Estados quanto sobre os particulares, isto é, tanto sobre as regulações de origem estatal quanto as regulações de ordem particular e privada³⁹⁸.

Da perspectiva dos Estados, a esfera pública internacional compõe um direito de natureza internacional que possui autoridade e coercibilidade sobre os Estados e suas normas. Trata-se de uma ordenação internacional que prevalece sobre a nacional e que, ao mesmo tempo, faz com que os Estados convirjam e harmonizem suas formas de regulação em temas específicos³⁹⁹. Trata-se de um instrumento poderoso de proteção dos direitos neste atual contexto de crise dos Estados. Submeter as autoridades estatais à internacional é especialmente

³⁹⁶“O cosmopolitismo político liberal, o cosmopolitismo ético, o consenso sobre questões morais básicas e a ênfase a noções universalistas de uma humanidade com direitos e deveres recíprocos são algumas das características do primeiro cenário. A crença nas possibilidades de transnacionalização da democracia e a convergência sistêmica de uma sociedade global multicultural, com a substituição da divisão territorial do mundo em moldes westfalianos por uma federação internacional de poderes, são outras importantes características desse cenário. O denominador comum dessas características, em face dos objetivos deste trabalho, é o desequilíbrio entre os imperativos dos mercados financeiros e a força reguladora da política, na forma do direito” (FARIA, 2017, p. 64).

“E, tendo em conta a incapacidade dos Estados de regular a economia, defender o meio ambiente, proteger os direitos humanos e garantir a paz, à falta de uma estratégia de longo prazo, substituída por ‘contemporizações imediatistas e cálculos eleitorais’, advogam a substituição do poder estatal pela ‘governança global’” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 256).

³⁹⁷“Así pues, la crisis del Estado nacional y el déficit de democracia y de estado de derecho que caracteriza a los nuevos poderes extra- o supraestatales nos obligan a repensar la esfera pública, cada vez menos a la altura de los nuevos poderes extraestatales; entendiendo como ‘esfera pública’, según se dijo en el § 11.15 (D11.36), el conjunto de las funciones y las instituciones destinadas a la tutela de intereses generales, como la paz, la seguridad y los derechos fundamentales” (FERRAJOLI, 2013, p. 516).

³⁹⁸ “A expressão ordem pública, não obstante, ganha sentido bem definido ao referir o conjunto de normas cogentes, imperativas, que prevalece sobre o universo das normas dispositivas, de direito privado. Daí outra expressão, lei de ordem pública, isto é, norma jurídica que impacta sobre o universo das relações jurídicas privadas, de modo impositivo. A noção de ordem pública, assim firmada, é, nitidamente, expressão da ideologia liberal”. “Ordem pública econômica é o conjunto das medidas, empreendidas pelo poder público, tendentes a organizar as relações econômicas; opõem-se à ordem pública econômica tanto a ordem privada econômica quanto a ordem mista, que constitui a economia concertada – esta última compreende, além de medidas ‘incitativas’, medidas autoritárias” (GRAU, 2005, p. 60-61).

³⁹⁹“A conversão do direito internacional num direito coercitivo de alcance mundial, capaz de se impor aos Estados nacionais, ao mesmo tempo em que valoriza um processo de convergência, harmonização e unificação de legislações nacionais em campos específicos” (FARIA, 2017, p. 65).

vantajoso aos direitos por, pelo menos, três motivos principais. Primeiro, quando a esfera internacional reconhece, regula e tutela determinado direito, este se torna automaticamente obrigatório para todos os Estados, independentemente de aceitação prévia. Isso faz com que os Estados não possam retirar ou mitigar tais direitos, pois não emanam de sua própria autoridade, mas de uma autoridade superior que se impõe aos Estados. Os direitos deixam de estar vinculados aos ordenamentos estatais e dependentes da cidadania e são transferidos ao direito internacional. Segundo, o estabelecimento dos direitos por meio da esfera pública internacional impede que os Estados pratiquem dumping (social, fiscal, negocial, ambiental, etc.) que é uma das maiores causas de destruição dos direitos, pois estes direitos são estabelecidos mundialmente e num mesmo nível, de maneira que os Estados não podem usá-los como fator competitivo. Terceiro, colocar os Estados subordinados à uma esfera pública internacional é a melhor forma de proporcionar a paz, pois assim, as relações entre os países deixam de ser comandadas pelos interesses nacionalistas e particulares dos Estados, que não podem mais fazer o que bem entendem, especialmente a guerra (que é um dos momentos mais perigosos aos direitos, tanto para nacionais como para estrangeiros).

Já da perspectiva dos particulares e da ordenação privada das relações, a esfera pública internacional se destina a colocar freios e limites aos poderes privados e econômicos que, desde a crise dos Estados, tem governado o mundo por meio de uma regulação de natureza privada⁴⁰⁰, e que retira sua autoridade e eficácia não de sua legitimidade, mas muito mais de sua completa adaptação às regras e interesses do funcionamento do mercado, que funciona segundo a lei do mais forte, e não segundo critérios axiológicos. Portanto, a esfera pública internacional se propõe submeter a *lex mercatória*, essa regulação puramente privada, a uma ordem de natureza pública⁴⁰¹. Os direitos são muito melhor protegidos por meio de uma regulação pública que por

⁴⁰⁰“En el plano de las relaciones civiles y económicas, esta ausencia de una esfera pública global se traduce en la falta de límites al ejercicio de los poderes financieros y empresariales privados tal como se manifiestan en el mercado global, unida a su creciente expansión, acumulación, carácter invasivo y capacidad de condicionamiento de la vida civil y política. De aquí se sigue, a escala planetaria, una regresión absolutista de tales poderes y la ulterior erosión de las esferas públicas nacionales y, con ellas, del conjunto de las garantías de los derechos fundamentales, comprendidos los mismos derechos civiles e incluso las propias garantías de la competencia. En suma, la *lex mercatoria* se afirma como la nueva Grundnorm del orden internacional, con la consiguiente inversión de la relación entre Estado y mercado, pues ya no es la política la que gobierna y controla la economía, sino ésta la que gobierna a aquélla” (FERRAJOLI, 2013, p. 517).

⁴⁰¹“Este arcabouço nos traz para a ‘expansão de um Direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória’. Tal *lex mercatória* tem lugar não só no âmbito dos organismos internacionais, mas na própria relação entre as corporações empresariais privadas. Neste contexto perde força o padrão normativo ditado pela imperatividade e impositividade típicas do Direito Positivo e seus mecanismos de controle coercitivos, os quais dão lugar a mecanismos de *soft law*, a vinculações de natureza obrigacional, a legislações produzidas no âmbito de organismos multilaterais e vinculantes dos atores econômicos, muito mais pela sua adequação ao jogo internacionalizado de mercado do que pelo receio das eventuais sanções advindas do seu descumprimento” (MARQUES NETO, 2002, p. 112).

uma regulação privada, prova clara disso está na constatação que se fez no primeiro capítulo: enquanto os direitos eram estabelecidos e tutelados por regras de natureza pública estatal eles estavam seguros, mas quando os Estados perderam sua força e a crise se instalou, a ordenação, outrora pública e estatal, passou a ser privada, o que apenas deteriorou e enfraqueceu os direitos. Há algumas características na regulação de natureza pública e a de natureza privada que recomendam que aquilo que é importante – como os direitos – esteja sob a ordenação pública e não privada. Atualmente, a esfera internacional encontra-se dominada por uma ordem de natureza eminentemente privada, é preciso que se passe do privado para o público, que se passe da *lex mercatória* para a esfera pública internacional, basicamente por quatro motivos: primeiro, porque a ordenação privada segue a lógica da lei do mais forte, o que apenas reproduz, em escala global, as injustiças e desigualdades já existentes; segundo, porque a regulação privada faz com que os direitos sejam originados de uma negociação entre particulares, o que transforma os direitos em negócios dos quais os participantes podem dispor; terceiro, porque os produtores destas normas de natureza privada costumam ser um grupo pequeno, restrito e poderoso de empresas privadas transnacionais com força suficiente para impor seus interesses, o que retira toda a origem democrática da regulação e a legitimidade dos direitos; e quarto, a ordenação privada é episódica e casuística não possuindo unicidade e coerência, o que inviabiliza a coordenação e o estabelecimento de uma ordenação focada em resultados mais amplos que transcendem as relações particulares e imediatas.

Ao substituir esta ordenação privada por uma de natureza pública, a esfera pública internacional cria um ambiente pautado por valores universais (e não pela força, que apenas reproduz um primitivo estado de natureza), retira os direitos do campo do disponível e da negociação obrigando as empresas e todos os particulares a obedecerem e respeitarem os direitos, confere maior democracia e legitimidade à ordem jurídica e consegue coordenar as condutas para que produzam tanto seus efeitos particulares, como também efeitos sociais esperados e planejados.

“Forjada a partir dos séculos XI e XII com base nas necessidades dos comerciantes europeus e navegadores empenhados em abrir novos mercados, de contar com uma ordem jurídica que servisse aos seus interesses onde quer que atuassem, a *Lex Mercatoria* é um conjunto de regras e princípios costumeiros reconhecido pela comunidade empresarial e aplicado nas transações comerciais internacionais independentemente de interferências governamentais. Tendo aparecido muito tempo antes do advento do Estado moderno, esse ‘Law Merchant’ lida com um grupo particular de pessoas (os mercadores) em locais específicos (feiras, mercados, portos etc.); totalmente distinto dos direitos locais, feudais, reais e eclesiásticos; tem um caráter auto-regulador em escala transacional; é administrado não por juízes profissionais, mas pelos próprios comerciantes, utilizando como critério básico o princípio da equidade (no sentido medieval de *fairness*); e se destaca pela vinculação e segurança propiciada aos contratos, pela diversidade de procedimentos para o estabelecimento, a transmissão e o recebimento dos créditos e pela rapidez e informalidade da adjudicação” (FARIA, 2004, p. 160-161).

Obviamente, a construção dessa esfera pública internacional nestes termos demanda a atribuição de maior poder de coercibilidade ao direito e aos órgãos internacionais que devem se impor tanto aos Estados quanto aos particulares (aqui incluídos desde as pessoas até as grandes transnacionais). Exige, também, maior transparência, igualdade e democracia no ambiente internacional⁴⁰². Esse protagonismo, força e coercibilidade da esfera internacional naturalmente relativiza a soberania dos Estados, pois passam a ter que se submeter à regulação internacional não podendo opor sua soberania como justificativa para não seguir, obedecer ou aderir às normas e regras internacionais. Contudo, a esfera pública internacional não prescinde dos Estados, que não deixam de existir e não se tornam desimportantes, pelo contrário, eles assumem uma função estabilizadora da esfera internacional, pois passam a integrar o direito como um todo, não mais como direitos nacionais isolados e independentes, mas como um único direito global⁴⁰³. A inclusão dos Estados na esfera pública internacional e a preservação de sua importância se dão por meio do princípio da subsidiariedade, em que o direito internacional assume apenas aquelas tarefas, compromissos, competências e responsabilidades que os Estados já não conseguem mais cumprir de forma eficiente. O princípio da subsidiariedade funciona na perspectiva de que os Estados compõem uma esfera menor e o direito internacional uma esfera maior, sendo que esta esfera maior só pode atuar nas deficiências e lacunas das

⁴⁰²“Em termos mais concretos, para transformar essa *worldocracy*, *kosmopolis* ou *demos* global em realidade, seria necessário, por exemplo, reforçar o Tribunal Internacional de Haia, conferindo caráter de obrigatoriedade às suas sentenças, atribuir maior peso e efetividade à Corte Penal Internacional e aos tribunais *ad hoc* para julgamento de crimes de guerra, criar a já mencionada agência econômica de coordenação em nível mundial, tornar os organismos multilaterais mais transparentes, responsáveis com os interesses e necessidades de seus instituintes, e reformar e democratizar a ONU e seus organismos, como a Unicef e a Unesco, com o objetivo de reduzir as assimetrias na representação dos interesses e a seletividade na aplicação de regras. Nos moldes em que hoje se encontra estruturada, ela é um organismo interestatal com a autoridade questionada por causa da distribuição interna desigual de poder (particularmente no Conselho de Segurança, que está sob o controle de cinco membros permanentes, com poder de veto, e submetido a complexos interesses geopolíticos). Somente uma ampla reestruturação política – acompanhada de uma profunda reforma organizacional – a deixaria capacitada para atuar como um sistema efetivamente articulador e regulador no âmbito de uma sociedade mundial com grandes desníveis sociais e culturais” (FARIA, 2017, p. 67).

⁴⁰³“Evidentemente, a criação de instituições políticas cosmopolitas acarreta a relativização do princípio da soberania, do exercício público do poder do Estado, na medida em que propicia várias instâncias sobrepostas de autoridade e envolve unidades organizacionais de competência global, internacional e supranacional. Obviamente, isso não leva ao desaparecimento dos Estados nacionais – pelo contrário, neste cenário eles tenderiam a agir como força estabilizadora diante da fragmentação imposta pela globalização econômica, sobretudo para implementar, em seu interior, as regulações e acordos transnacionais dos quais participa. Neste modelo, os Estados nacionais seriam demarcados por limites mais permeáveis que as fronteiras tradicionais. Também teriam seus papéis reformulados com base no marco de um novo direito democrático global, de maneira que suas normas e regimes regulatórios se convertessem em mais um entre os diversos centros de referência da ordem mundial. Uma democracia cosmopolita assim concebida, legitimada por parlamentos regionais, por referendos transnacionais e por tribunais internacionais autônomos e vinculantes, teria a competência e a autoridade necessárias para estabelecer uma responsabilidade pública em caráter global, independentemente da heterogeneidade organizacional e funcional dos Estados nacionais, reestruturando os mercados de bens e serviços e enquadrando os capitais financeiros por meio de políticas homogêneas ou unificadas” (FARIA, 2017, p. 68).

esferas menores⁴⁰⁴. Como os Estados encontram-se imersos em uma crise regulatória extrema, obviamente grande parte dessa tarefa ordenadora é encampada pela esfera pública internacional.

Além do princípio da subsidiariedade, a esfera pública internacional se pauta por uma divisão de competências que respeita a natureza e extensão do problema a ser resolvido e da situação a ser regulada. Para aqueles problemas nacionais ou locais, a esfera pública atribui e respeita a competência dos Estados na ordenação, mas para aqueles problemas de alcance global, não faz sentido atribuir competência para os Estados que ficam limitados em seus territórios, é necessária uma regulação internacional, que passa a ser de competência da esfera pública internacional. Como os direitos têm sido enfraquecidos em todos os países em razão da crise dos Estados nacionais, logicamente, este deixou de ser um problema de nível local e nacional para assumir proporções globais, já que o mercado que se opõe aos Estados é global. Portanto, cabe atribuir à esfera pública a competência de tutelar os direitos⁴⁰⁵. Essa forma de organização da esfera pública internacional por competência que respeita e inclui os Estados cria uma verdadeira governança global no sentido de uma gestão partilhada e unificada de problemas e interesses comuns, não apenas aos Estados, mas também e principalmente à

⁴⁰⁴“O referido princípio acabou ingressando no direito público com o significado de uma distribuição de tarefas entre a comunidade maior, isto é, o Estado, e as comunidades menores, constituídas pelo indivíduo e os corpos sociais intermediários situados entre aquele e a instância política máxima, quais sejam, famílias, igrejas associações, empresas, sindicatos, universidades etc. Segundo tal princípio, a comunidade maior só pode executar as tarefas próprias das comunidades menores em caso de necessidade, e desde que estas não possam desempenhá-las de forma mais eficaz” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 266).

⁴⁰⁵ “Por otra parte, en el plano teórico, la principal cuestión es la de la correspondencia entre la naturaleza de los problemas y el nivel de las competencias, ya que las diversas garantías de los diversos derechos requerirán la creación de instituciones, precisamente, a su nivel. En los niveles superiores, los de las instituciones supranacionales y tendencialmente federales, a tenor del principio de subsidiariedad, deberían confiarse únicamente las competencias y funciones que no pueden ser ejercidas por las instituciones de nivel inferior, ya sean estatales o infraestatales, a su vez tendencialmente federadas. Es claro que la paz, el desarme, la protección de los equilibrios ecológicos del planeta, la tutela frente a las opresiones estatales, la promoción y el financiamiento de las instituciones de garantía de los derechos sociales en los países que carecen de ellos, son todas cuestiones de ámbito global que requieren funciones e instituciones de garantía de nivel asimismo global; mientras que se remiten a la autonomía de los Estados y de las instituciones infraestatales todas las demás funciones de gobierno y de garantía”.

“Por eso, la construcción de una esfera pública global conforme al paradigma federal obliga a repensar el Estado y el orden internacional. No implica una reducción del papel garantista de los Estados, sino, al contrario, su integración en los niveles supraestatales, allí donde ese papel sea negado, violado, impedido o debilitado por los actuales procesos de globalización. Si los propios Estados, a los que competen los deberes correlativos a los derechos fundamentales, violan estos derechos son estructuralmente impotentes para garantizarlos, entonces las correspondientes funciones de garantía deben ser asimismo extraestatales, es decir, quedar confiadas a instituciones supranacionales. En suma, la superación de la vieja soberanía de los Estados, en el sentido de potestas legibus soluta, es un corolario de cualquier ordenamiento internacional, tanto más si éste se ajusta a las formas garantistas de la democracia constitucional. Esto significa que hoy no es posible una fundación de la democracia internacional sin una refundación interna de nuestras democracias occidentales; y que, a la inversa, no es posible una refundación de las democracias nacionales sin una fundación democrática del orden internacional. Además, significa que ambas refundaciones comportan un aumento de la complejidad de la esfera pública a causa de las múltiples relaciones – de subsidiariedad, división, separación – entre los diversos niveles institucionales. Se trataría del último y más difícil cambio de paradigma del derecho, después de los ilustrados en el § 13.6: la extensión del paradigma de la democracia constitucional al derecho internacional” (FERRAJOLI, 2013, p. 539).

humanidade (FARIA, 2017, p. 52). Com isso, as relações internacionais e a própria ordenação internacional deixam de ser realizadas e guiadas numa perspectiva “grociana” pautada nos Estados (seus interesses nacionais e soberanos) para serem conduzidas por uma visão “kantiana” que tem por base o interesse da sociedade internacional, isto é, da humanidade como um todo e indistintamente⁴⁰⁶.

Embora esta nova forma de organização centrada em uma esfera pública internacional contrarie várias e antigas tradições políticas, jurídicas, sociais e culturais, não é demais lembrar que o mundo tem se tornado cada vez mais complexo e que as estruturas que a humanidade criou há duzentos, quinhentos ou mesmo mil anos para lidar com problemas e para reger a sociedade se encontram claramente exauridas em suas forças e possibilidades. É igualmente evidente que a única saída (como já se demonstrou fartamente no item 2.1) é o direito internacional por meio de soluções globais⁴⁰⁷. Há, contudo, outra advertência que precisa ser sublinhada: os Estados e a humanidade não estão conectados, integrados e unidos apenas por meio dos mercados, ou seja, não é apenas econômico o vetor de globalização, esta integração se dá por meio dos problemas globais que a humanidade compartilha e que não conseguem resolver localmente, pois as raízes dos problemas e os remédios para eles são encontrados apenas no âmbito internacional⁴⁰⁸. É dessa constatação já óbvia que parte a necessidade de uma integração política e jurídica que só será possível por meio dessa esfera pública internacional, pois caso bastasse a integração econômica, todos os problemas já teriam sido resolvidos, pois o mundo está plenamente integrado pela globalização econômica. Contudo, não basta a

⁴⁰⁶“Desenvolvido originalmente por Martin Wight, o modelo ‘grociano’ é um dos três modelos clássico de análise das relações internacionais – os outros são o ‘maquiavélico’ e o ‘kantiano’. Na literatura brasileira, esses três modelos têm sido aplicados e divulgados por Celso Lafer. À tradição ‘grociana’, baseada nas ideias de interdependência e funcionalidade, que limitam o alcance da soberania por força da construtiva reciprocidade dos interesses comuns, este autor contrapõe a tradição maquiavélica-hobbesiana e a tradição kantiana da ‘paz perpétua’. A primeira diz respeito à questão do poder supranacional e da posituação do direito internacional. A segunda, afirma ele, insere-se num patamar superior ao dos interesses comuns, na medida em que destaca ‘a possibilidade de afirmar a razão abrangente do ponto de vista da humanidade e do indivíduo como fim e não como meio; como algo que se coloca acima do subjetivismo das soberanias e dos interesses’. Enquanto no mundo contemporâneo a tradição ‘grociana’ tem nas experiências de delegação de competências das soberanias a organismos supranacionais exemplos de uma política internacional marcada por confrontos, negociações e coordenações, a tradição da ‘paz perpétua’ se exprime pelos ‘temas globais’, como proteção ambiental e direitos humanos, que interessam não apenas às partes diretamente envolvidas, mas a toda a sociedade internacional; em outras palavras, à humanidade” (FARIA, 2004, p. 288).

⁴⁰⁷“Quanto mais se alteram as condições – e a economia global apressa as mudanças –, mais importante se torna, segundo Soros, o conceito de uma sociedade internacional aberta” (KUNTZ, 2002, p. 55).

⁴⁰⁸“Sería urgente entonces que también las grandes potencias de la Tierra entendieran que el mundo está unido no únicamente por el mercado global, sino también por el carácter global e indivisible de la seguridad y de la paz, así como de la democracia y los derechos; y que no podemos hablar en forma realista de paz y seguridad a futuro, ni mucho menos de democracia y derechos humanos, si no se elimina o por lo menos disminuye, mediante una adecuada ‘política interna del mundo’, la opresión, el hambre y la pobreza de miles de millones de seres humanos, que representan un clamoroso desmentido de las promesas contenidas en las muchas cartas constitucionales e internacionales” (FERRAJOLI, 2005, p. 125).

economia, pois sozinha ela não consegue propor soluções para desafios que são, além de econômicos, também sociais, culturais e políticos. Esse grau de integração proposto já foi tentado com relevante sucesso pela União Europeia e tem dado bons frutos, pois não se restringe à economia ou ao comércio, mas avança para a política. A despeito das recentes crises (Grécia, Irlanda e Brexit) a UE continua viva e a maior parte de seus membros não parece disposta a pôr fim à integração⁴⁰⁹.

Como se nota, toda essa transformação e esforço na criação de uma estrutura internacional objetiva garantir e tutelar os direitos vitais para todos (FERRAJOLI, 2013, p. 511). Isso se dá pela humanização da globalização que deve ser estendida para transcender o mero ambiente dos mercados e integrar os Estados e a sociedade internacional como um todo (GRAU, 2005, p. 56-57). Este movimento leva à internacionalização, pois apenas nesta esfera internacional é possível encontrar a “força” que transforme as meras prescrições legais e expectativas e necessidades das pessoas em direitos concretos. A esfera pública internacional, portanto, é esta estrutura detentora de força e de coercibilidade que pode impor o respeito aos direitos em qualquer nível e contexto. Isso é possível, pois a esfera pública internacional está alicerçada em quatro pilares que se complementam: a) a construção de uma regulação – formada por uma ordem jurídica coesa, coerente, hierarquizada e fundada em uma constituição global – que possui primazia e supremacia sobre a regulação dos Estados e dos mercados, b) fruto de uma deliberação democrática e ampla pautada pela integração e cooperação não apenas dos Estados, mas também dos mercados e da sociedade como um todo, c) dotada de mecanismos e instrumentos de garantia coercitivos com força suficiente para impor essa regulação a todos e d) legitimada pelo interesse público ou geral⁴¹⁰.

A regulação que caracteriza a esfera pública internacional deve prevalecer sobre as ordens jurídicas nacionais e sobre as disposições privadas por três motivos. Primeiro, porque apenas assim o direito internacional alcança coercibilidade e cogência não estando mais

⁴⁰⁹ “A Comunidade Econômica Europeia, contudo, continuou a se fortalecer, solidificando-se como área econômico-política uniforme, ampliada com a admissão de novos membros – Grécia, Espanha e Portugal – de desenvolvimento econômico inferior ao dos demais. A expectativa é de sucesso, pois, sendo a área homogênea e com tradições comuns, é previsível que o nível de vida desses países, notadamente de Portugal e Grécia, os mais pobres dentre eles, se eleve, equiparando-se, ou aproximando-se dos demais. Posteriormente, já então como União Europeia, foram admitidos países do Leste europeu, como Polônia, Hungria e Eslováquia, ampliando para 25 o número de membros” (MAGALHÃES, 2006, p. 71).

⁴¹⁰ “Derivado da crescente desterritorialização dos espaços políticos e do deslocamento das fronteiras da ação política, esse modelo cosmopolita liberal baseia-se dessa forma (a) na primazia de um direito supranacional capaz de sintetizar culturas jurídicas variadas e de se sobrepor sobre o direito positivo dos Estados nacionais, (b) no progressivo estabelecimento de uma Constituição mundial, capaz de assegurar as bases normativas dos esquemas de regulação global, e (c) na crença de que a identidade coletiva das comunidades democráticas pode ser alargada em perspectiva territorial, mediante a institucionalização de procedimentos deliberativos funcionais de alcance global” (FARIA, 2017, p. 66).

subordinado à aceitação ou não de sua regulação pelos Estados, deixando de ser facultativo e refém dos interesses e das mudanças de cada Estado para ser obrigatório, independentemente da concordância dos Estados. Isso faz com que os Estados olhem o ordenamento jurídico não mais de cima para baixo (na ideia de ordenação), mas de baixo para cima (na ideia de observância)⁴¹¹. Segundo, conforme expresso por Hans Kelsen, os ordenamentos jurídicos nacionais integram um sistema jurídico maior de caráter internacional que lhes traça os limites e as competências e do qual retiram sua validade, o que faz desse ordenamento jurídico internacional hierarquicamente superior aos nacionais⁴¹². E terceiro, o direito internacional vem para ordenar o ambiente global de forma a substituir a autotutela existente na relação entre os Estados e também entre os mercados, o que exige que as determinações da esfera pública, como heterônomas, prevaleçam sobre as estatais, já que a heterotutela costuma ser mais equilibrada e proporcional que a autotutela⁴¹³.

A esfera pública internacional – como ordenamento jurídico resultado da divisão de competências e instâncias pelo princípio da subsidiariedade entre Estados e direito internacional – possui as mesmas características de todos os ordenamentos jurídicos: a) unidade, b) coerência e c) completude, já que se propõe a ser um conjunto sistemático, unitário, coeso e coerente de normas (BOBBIO, 2006, p. 197-198). Para que tais características se mantenham e sejam possíveis, é preciso que este ordenamento internacional tenha uma norma superior que baliza a produção normativa e da qual todas as demais normas retiram a sua validade⁴¹⁴. Trata-se,

⁴¹¹“Com outra expressão, podemos dizer que, olhando um ordenamento jurídico de baixo para cima (e é esse o ponto de vista mais genuinamente jurídico, isto é, próprio do jurista), vemos um poder coercitivo voltado a fazer que um conjunto de regras seja obedecido; olhando de cima para baixo (e é esse o ponto de vista mais propriamente político), vemos um conjunto de regras destinadas a fazer que um poder possa se exercitar” (BOBBIO, 2016, p. 165-166).

⁴¹²“Se se aceitar que não existe apenas um único ordenamento jurídico estatal, mas que existe uma pluralidade deles, coordenados e com a validade juridicamente delimitada, em plena vigência, reconhece-se – o que será mostrado mais adiante – que é o direito internacional positivo que realiza essa coordenação dos ordenamentos jurídicos únicos e a delimitação recíproca de seus âmbitos de validade, então deve-se conceber o direito internacional como acima dos ordenamentos jurídicos pertencentes a uma comunidade jurídica universal; com isso, a unidade de todo o direito é assegurada num sistema escalonado consecutivo” (KELSEN, 2013, p. 140).

⁴¹³“Se chamamos de tutela o complicado processo da sanção organizada, podemos distinguir um processo de autotutela, que tem lugar quando o titular do direito de exercitar a sanção é o mesmo titular do direito violado, e um processo de heterotutela, que tem lugar quando os dois titulares são pessoas diferentes. O processo de autotutela assegura menos a igualdade proporcional entre violação e resposta, e, portanto, é substituído nos ordenamentos mais evoluídos pelo processo de heterotutela” (BOBBIO, 2016, p. 159).

⁴¹⁴“Devido ao caráter dinâmico do direito, uma norma vale porque e até ser produzida através de outra norma, isto é, através de outra determinada norma, representando esta o fundamento da validade para aquela. A relação entre a norma determinante da produção de outra e a norma produzida de maneira determinada pode ser representada com a imagem espacial do ordenamento superior e inferior. A que determina a produção é mais alta, e a produzida de modo determinado é mais baixa. O ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas. Sua unidade se deve à conexão, que acontece porque a produção novamente é determinada pela outra; um regresso que desemboca, finalmente, na norma fundamental, na regra fundamental hipotética e,

portanto, de uma norma superior, ou seja, de uma constituição global, que funde um constitucionalismo internacional que, assim como ocorre dentro dos Estados, dê coerência e unidade a este ordenamento global, incluindo não apenas as normas diretamente internacionais como também as normas nacionais⁴¹⁵. A partir dessa constituição será possível estabelecer uma tábua de valores universalmente compartilhados e estabelecer um verdadeiro controle de constitucionalidade internacional sobre toda e qualquer ordenação e regulação existentes no mundo, construindo uma tutela efetiva e geral aos direitos, que ocuparão parte desta constituição. Luigi Ferrajoli informa que esta constituição internacional (ou sua versão embrionária) já existe e é composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros documentos emitidos pela ONU cujo tema seja os direitos humanos ou a paz⁴¹⁶.

Toda essa regulação que comporá o ordenamento jurídico da esfera pública internacional deve ser fruto de uma deliberação democrática e, acima de tudo, cooperativa e coordenada para privilegiar os interesses e necessidades humanos. Vários são os mecanismos e diversas as estratégias disponíveis para isso, há, contudo, um especialmente eficiente que são os regimes internacionais. Estes regimes consistem no conjunto de regras, princípios e procedimentos de tomada de decisão sobre áreas-temas que congregam o interesse e as expectativas dos atores internacionais (Estados nacionais, mercado global e sociedade civil internacional)⁴¹⁷. Os regimes internacionais são especialmente vantajosos por, principalmente,

consequentemente, no fundamento de validade mais alto, aquele que cria a unidade desta conexão de produções” (KELSEN, 2013, p. 132).

⁴¹⁵“A crise do Estado moderno traduz-se em crise de um sistema jurídico-político, de sorte que a crise do constitucionalismo no contexto da globalização encobre outra mais profunda, a do próprio Estado como modelo articulador das relações jurídicas e políticas: uma crise que revela, portanto, a insuficiência do modelo estatal para responder as urgências do momento presente. Por isso, a invocação de um constitucionalismo cosmopolita não é um mero exercício de utopismo, mas sim a consequência de uma constatação salvar a Constituição e o direito como elementos racionalizadores da vida social, política e econômica exige superar os estreitos limites do modelo estatal” (GOMES, 2014, p. 181).

⁴¹⁶“Sólo [...] será en sí misma justa y moralmente buena”, escribió Kant, ‘aquella constitución de un pueblo [...] que, por su índole, tienda a evitar, según principios, la guerra agresiva – constitución que no puede ser otra, por lo menos en idea, que la republicana –, y a entrar en aquella condición que acabará con las guerras (fuente de todos los males y de toda corrupción de las costumbres) y, de este modo, se podrá asegurar negativamente al género humano, a pesar de su fragilidad, el progreso hacia mejor’. Según se ha dicho en los §§ 16.1-16.3, el embrión de tal constitución ha sido introducido ya positivamente por un conjunto de cartas internacionales: la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948, los Pactos sobre los derechos de 1966. Pero es claro que la Organización de las Naciones Unidas, al tener como fundamento un simple tratado multilateral que de hecho no ha suprimido la soberanía de los Estados contratantes, es totalmente inadecuada para garantizar la paz. Es válida al respecto la crítica de Hamilton y de Kant, recordada en el § 12.19, a la ilusión de que para ese fin baste una simple alianza o confederación basada en normas pacticias antes que en instituciones comunes. En efecto, sólo un vínculo federal permitiría superar la actual ineffectividad estructural (D.10.53, D10.55) de los derechos y de las promesas de paz contenidas en su estatuto, colmando la llamativa laguna de garantías” (FERRAJOLI, 2013 p. 506).

⁴¹⁷“Os regimes internacionais são definidos como princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisões ao redor dos quais as expectativas dos atores convergem em uma dada área-tema” (KRASNER, 2012, p. 93).

três razões: a) redução de riscos e aumento da qualidade da ordenação jurídica, b) grande capacidade de convergência e maior eficiência da regulação e c) maior igualdade e solidariedade.

A redução dos riscos e o aumento da qualidade da regulação são fartamente ampliados nos regimes jurídicos porque esse sistema consegue aglutinar o maior número de informações e instrumentos disponíveis sobre determinado tema a ser regulado ou problema a ser resolvido, pois não se restringe à participação dos Estados nacionais, mas inclui nas discussões e também nas tomadas de decisão as organizações não-governamentais internacionais e outros atores da sociedade civil internacional que tenham não só interesse, mas contribuições relevantes a dar à regulação. Dentro dessa lógica, todos os atores pensam o problema não de uma perspectiva egoísta, mas sempre segundo padrões de cooperação apresentando e recebendo informações relevantes sobre todos os atos e decisões dos demais atores que afetem ou possam afetar uns aos outros⁴¹⁸.

Os regimes internacionais também possuem maior capacidade de convergência e maior eficiência regulatória, porque, primeiramente, são instrumentos integradores e abertos que buscam a participação do maior número de atores e da maior diversidade deles objetivando a pluralidade de visões, instrumentos e colaborações⁴¹⁹. Para além disso, os regimes são também eficientes, pois conseguem reproduzir na esfera internacional uma qualidade que é estratégica para os Estados nacionais em sua regulação: coerência regulatória. O ordenamento jurídico estatal possui uma lógica e um procedimento interno de produção que os tornam eficientes, pois cada norma se conecta a outra de maneira coerente e coordenada. É esta coordenação e coerência que se propõe nos regimes internacionais, pois todos os agentes que dele participam “sincronizam” suas normas e condutas (QUAGLIA, 2012, p. 77).

Finalmente, os regimes internacionais conseguem estabelecer relações muito mais igualitárias, horizontais e solidárias entre os atores internacionais, especialmente entre os Estados. Eles são regidos por três princípios básicos pensados para impossibilitar a dominação

⁴¹⁸“Os regimes internacionais, as instituições e procedimentos que se desenvolvem junto a eles, desempenham a função de reduzir os riscos e incertezas e de melhorar a qualidade e a quantidade de informação disponível aos participantes de uma ação coordenada, ou seja, qualquer ação que pode afetar ou ser afetada pela ação de outro. Quanto maior a quantidade de temas agregados em um regime internacional, maior a responsabilidade dos atores quanto ao cumprimento dos acordos estabelecidos no seu contexto” (TOSTES, 2006, p. 68).

⁴¹⁹ Regimes servem também como importantes veículos para aprendizagem na produção de convergência entre políticas estatais. Este papel dos regimes tem sido subestimado, segundo Haas (1989, p. 377), pela literatura teórica e pela pesquisa empírica nas relações internacionais. Estas tendem a focar duas questões relativas a regimes internacionais: ordem política e crescimento econômico, deixando, assim, de lado, o debate sobre a capacidade transformadora que os regimes têm. Além disso, em muitos casos, atores não-estatais – ativistas, networks, indivíduos, movimentos sociais e ONGs – exercem um importante papel na constituição dos regimes” (TOSTES, 2006, p. 69).

de um agente por outro: a) igualdade material entre os Estados, b) aplicação da norma a todos e não a um grupo de Estados e c) construção de normas que não estagnem Estados não desenvolvidos e ao mesmo tempo convalidem a posição privilegiada dos desenvolvidos (MAGALHÃES, 2006, p. 64-65). Ademais, os regimes internacionais conseguem quebrar a hegemonia de países e mesmo pequenos grupos de países poderosos, pois, em vista da solidariedade e da coesão que conseguem estabelecer entre os participantes, os países mais fracos podem unir forças e impor suas pretensões (que, em outro contexto, seriam ignoradas)⁴²⁰.

Obviamente, não são apenas os regimes internacionais que produzem a regulação internacional que compõe a esfera pública internacional. Há, também, os órgãos internacionais, contudo, vários deles precisam ser reestruturados e repensados em sua configuração, composição e procedimentos para atingir a mesma qualidade e eficiência que os regimes internacionais. Apesar disso, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), embora sendo órgão internacional, possui qualidades muito próximas às dos regimes internacionais, a começar por sua composição, que conta com a participação de três categorias: governos, empregadores e empregados⁴²¹.

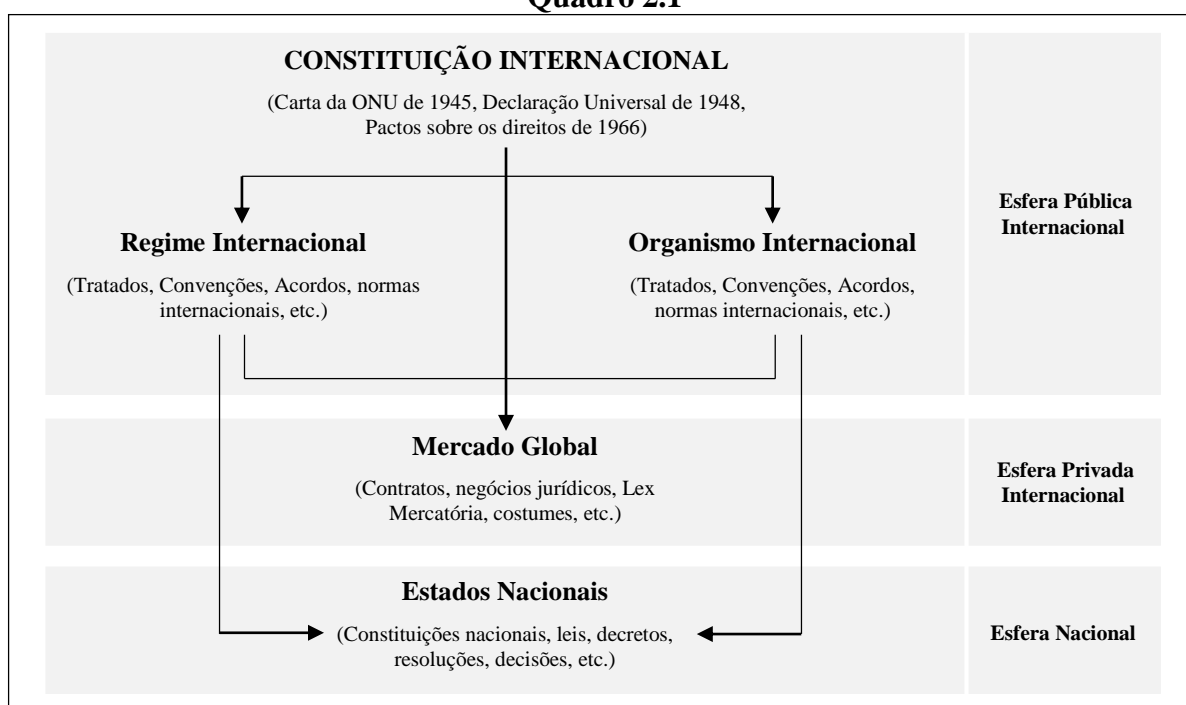
O mais relevante, entretanto, é que tanto regimes quanto órgãos ou organismos internacionais são parte desse sistema internacional de produção de normas de caráter público que formam a esfera pública internacional. O que deve unir todos esses regimes (que são geralmente temáticos) e os organismos internacionais é a constituição global que ocupa o vértice do ordenamento internacional. Todas as decisões emanadas de órgãos e regimes precisam estar conformadas aos princípios, valores e objetivos da constituição internacional, nos mesmos moldes em que ocorre a produção normativa dos Estados nacionais, cujo topo do ordenamento jurídico é uma constituição nacional. Assim, toda a regulação internacional retira

⁴²⁰ Uma importante vantagem dos Estados hegemônicos na garantia da supremacia no processo de poder decisório em instituições internacionais é que eles são capazes de agir simultaneamente em várias matérias e arenas, enquanto os Estados pequenos dependem de articular a formação de um grupo coeso para que ajam como frente de bloqueio em organizações em que o peso de suas opiniões, votos e participação é pequeno. Ainda assim, pode dar-se a prevalência dos interesses de um número maior de países com pesos e influências menos determinantes na constituição e sustentação de um regime internacional, como é o caso do regime penal internacional. Este é um exemplo de formação de regime em que pequenos Estados e principalmente atores da sociedade civil (indivíduos, associações, ONGs etc.) tiveram importância fundamental na criação e aprovação do Tribunal Penal Internacional” (TOSTES, 2006, p. 72).

⁴²¹“O caráter tripartite é ao mesmo tempo a pedra angular da OIT e característica que a diferencia fundamentalmente das outras organizações das Nações Unidas”, no dizer de seu ex-diretor-geral, Michel Hansenne. Ainda de acordo com Hansenne, ‘ao associar representantes dos governos, empregadores e trabalhadores a todas as suas deliberações e decisões, a OIT garante a pertinência, a atualidade e a eficácia de sua ação, tanto na elaboração das normas quanto em sua aplicação prática’. Tal singularidade confere às políticas da OIT um tipo de ingerência tangencial, já que os próprios trabalhadores e empresários poderão exercer pressão e controle entre si contra o governo dentro do país a partir das políticas acordadas em âmbito internacional” (RODRIGUES, 2006, p. 199).

sua validade da constituição internacional. As normas emanadas de regimes e órgãos exercem influência e limitação sobre todas as outras formas de regulação internacional de natureza privada (como os contratos internacionais, a *lex mercatória* e as decisões de agentes particulares). A ordem pública internacional também regula e limita a capacidade normativa dos Estados nacionais, que na sua ordenação devem se submeter tanto à constituição internacional quanto às normas públicas internacionais dos regimes e organismos, além, obviamente, do seu próprio sistema jurídico (vide quadro 2.1). Tudo isso, faz com que a esfera pública internacional seja, de fato, um ordenamento jurídico de natureza pública.

Quadro 2.1



Organização do Ordenamento Jurídico Internacional

Fonte: do próprio autor.

Apesar da esfera pública configurar um ordenamento jurídico hierarquicamente superior aos demais tipos de ordenação (tanto privados quanto estatais), não basta que sejam superiores juridicamente. As normas dos Estados são obedecidas não apenas porque são hierarquicamente superiores às outras normas, mas porque o Estado possui instrumentos de imposição de suas regras e decisões. É isso que falta à ordem jurídica internacional para que seja de fato efetiva. Thomas Hobbes (2014, p. 520) concorda com isso, pois entende “(...) que são o homem e suas armas que fazem a força e o poder das leis, e não as palavras”, ou seja, não basta que uma regra esteja escrita e nem que seja hierarquicamente superior às outras normas

escritas, é preciso que aquele que produz as regras também tenha força e instrumentos para fazer cumprir tais regras coercitivamente. Por causa dessa constatação, Eric Hobsbawm alerta que, embora o mundo clame cada vez mais alto por soluções globais para seus problemas mundiais, inexistente uma autoridade global com capacidade e força para impor suas decisões aos demais atores internacionais e nacionais. A economia pode estar globalizada, contudo, a política continua enclausurada dentro das fronteiras bem delineadas dos Estados. Todos os órgãos internacionais importantes, como a ONU, são totalmente dependentes da decisão e da aquiescência dos Estados, bem como de seus recursos financeiros e humanos (exércitos) para executar suas decisões⁴²².

Luigi Ferrajoli (2013, p. 478) aponta que o direito internacional abriu a possibilidade para duas conquistas extremamente importantes e revolucionárias que poderiam ser de enorme valor para a defesa dos direitos: a) a constitucionalização dos direitos na esfera nacional conjugada ao estabelecimento da democracia e b) um novo paradigma de relações internacionais baseadas na esfera pública internacional regulada por uma constituição internacional. Apesar de revolucionárias e de encontrarem uma boa base normativa e teórica, o autor adverte que a proposta nunca saiu do papel simplesmente porque inexistem instituições de garantia e efetivação com força suficiente⁴²³. As constituições nacionais e a própria constituição internacional (entendida como a Carta da ONU, a Declaração Universal dos Direitos e outros importantes documentos nas áreas sociais, de direitos humanos, culturais e econômicos) são diuturnamente descumpridas, desrespeitadas e ignoradas por Estados e mercados, apenas porque não há quem detenha autoridade e força para conformar os agentes internacionais às regras⁴²⁴. Em razão disso Luigi Ferrajoli (2013, p. 482) compara o

⁴²²“Em síntese, o mundo parecia clamar, com progressiva intensidade, por soluções supranacionais para os problemas supranacionais ou transnacionais, mas não havia nenhuma autoridade global com a capacidade de tomar decisões políticas, para não falar do poder de executá-las. A globalização sai de cena quando se trata de política, seja interna, seja internacional. As Nações Unidas não têm poder ou autoridade próprios, dependem da decisão coletiva dos Estados e podem ser bloqueadas pelo poder absoluto de veto que pode ser exercido por cinco membros” (HOBBSAWM, 2007, p. 57-58).

⁴²³“Pero es, más que nada, en el plano fáctico donde la soberanía sigue caracterizando las relaciones internacionales. El pacto de convivencia pacífica estipulado con la Carta de la ONU y con las diversas convenciones sobre derechos humanos continúa siendo un conjunto de promesas no mantenidas. El cambio de paradigma del derecho internacional que aquél implica sigue aún casi exclusivamente en el papel, pues no ha sido realizado mediante la introducción de un adecuado sistema de garantías y de las correspondientes instituciones de garantía. Por el contrario, han crecido las desigualdades y las violaciones de los derechos humanos. Y la guerra, aunque prohibida por la Carta, ha hecho su reaparición en las relaciones entre Estados, acompañada, incluso, de la pretensión de su relegitimación como instrumento de gobierno del mundo y de solución de los problemas y de las controversias internacionales. Es así como la soberanía de los Estados sobrevive de hecho como la principal aporía del actual sistema de relaciones internacionales, diferenciándose, a causa de la disparidad de las fuerzas en presencia, en soberanías concretamente desiguales: de la soberanía absoluta de la superpotencia estadounidense a las soberanías de los demás Estados, demediadas y limitadas en distintos grados” FERRAJOLI, 2013, p. 480).

⁴²⁴“Más exactamente, quiere decir concebir las guerras, las opresiones de la libertad, las amenazas al medio ambiente, las condiciones de hambre y miseria en que viven miles de millones de seres humanos, no ya como

ordenamento internacional ao ordenamento jurídico de um Estado fraco, que é composto apenas por normas genéricas e sem qualquer tipo de garantia.

Torna-se evidente, em vista dessa inefetividade, a necessidade de instituições de garantia em âmbito internacional, assim como os Estados as possuem. As instituições de garantia podem ser melhor compreendidas quando comparadas às instituições de governo. Instituição de governo no âmbito internacional é aquela que trata de temas políticos que possam ser decididos segundo o critério das maiorias, pois são temas que lidam com questões de curto prazo e geralmente são mutáveis e instáveis. Trata-se de instituições cujo objeto de decisão fica no âmbito do “decidível”, isto é, daquilo que pode ser decidido e mudado. Já as instituições de garantia são aquelas responsáveis por temas que estão fora do “decidível”, pois não estão embasadas nas maiorias políticas, mas buscam seu fundamento de decisão apenas na constituição internacional. Compreende os temas que afetam no médio e longo prazo e aos quais se pretende dar perenidade e continuidade dado sua importância. Daí serem chamadas de instituições de garantia, pois garantem tais decisões ainda que contramajoritárias. A estas instituições corresponde o dever de decidir e garantir os direitos básicos das pessoas, os direitos humanos e a manutenção da paz⁴²⁵. Como se nota, essas instituições de garantia são blindadas da interferência de outros poderes, já que sua função principal é a de manter e executar a constituição internacional, de forma a não serem influenciadas por outros atores internacionais, mas a influenciá-los e conformá-los aos moldes da esfera pública internacional.

Além disso, as instituições de garantia podem ser divididas em duas categorias: as primárias e as secundárias. As instituições de garantia primárias são as responsáveis por normatizar segundo os preceitos da constituição internacional, ou seja, a elas corresponde o dever de operacionalizar e executar os princípios, valores e regras constitucionalizados. Exemplo desse tipo de instituição é a Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização Mundial da Saúde (OMS), Organização das Nações Unidas para Alimentação e

males naturales y ni siquiera como simples injusticias, sino como violaciones jurídicas de los principios inscritos en aquellas cartas en tanto que normas vinculantes de derecho positivo. Como dice la Constitución francesa del año III ya recordada, ‘la declaración de los derechos contiene las obligaciones de los legisladores’. Ésta es, precisamente, la sustancia del constitucionalismo internacional, estipulado normativamente pero todavía inactuado, de una parte, porque está siendo violado, y de otra, porque carece de garantías adecuadas y de instituciones de garantía” (FERRAJOLI, 2013, p. 482).

⁴²⁵“Las instituciones de gobierno, legitimadas por las cambiantes y contingentes mayorías, son las instituciones del corto plazo, de la política del día a día, también por esto legitimadas para gestionar sobre todo la que he llamado la ‘esfera de lo decidible’. En cambio, son sobre todo las instituciones de garantía las encargadas de las decisiones relativas a la ‘esfera de lo no decidible (que o que no)’ – los límites y vínculos fundamentales en garantía de la paz y de los derechos vitales – las que requieren y a la vez permiten el largo plazo, necesario, en contraste con los poderes y los intereses dominantes, para reducir las desigualdades, poner en marcha el desarrollo de los países pobres, prevenir catástrofes ambientales o nucleares. Y, como ya se ha dicho, éstas son, precisamente y sobre todo, las instituciones que reclama el paradigma del constitucionalismo internacional” (FERRAJOLI, 2013, p. 584).

Agricultura (FAO), Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), entre outras que tratam daqueles direitos básicos que integram a tábua de valores da constituição internacional. Já as instituições de garantia secundárias são aquelas que entram em ação para superar a resistência de qualquer agente internacional que descumpra as medidas e decisões emanadas da constituição internacional ou das instituições de garantia primárias. As instituições secundárias, portanto, lidam com as antijuridicidades e aplicam coercitivamente as normas da esfera pública internacional. São estas instituições os “dentes” e “garras” do direito internacional. São exemplos e aspirações de instituições de garantia secundárias o Tribunal Penal Internacional, o Tribunal Internacional de Justiça e o Tribunal Constitucional Internacional (vide tabela 2.3)⁴²⁶. Obviamente, para que de fato funcionem, todos os agentes internacionais devem estar submetidos a elas, incluindo os Estado, que não mais podem utilizar a teoria voluntarista para se esquivar de obedecer⁴²⁷.

⁴²⁶“Un discurso análogo puede hacerse para las organizaciones institucionalmente dedicadas a la garantía de los derechos sociales, que comparten la carencia de poderes y de eficaces instrumentos de intervención. La FAO (Food and Agriculture Organization), que dispone de un presupuesto anual de unos pocos miles de millones de dólares, absolutamente desproporcionado a la que debería ser su función de garantía de la alimentación de base en todo el mundo; la OMS (Organización Mundial de la Salud), que, con un presupuesto no menos escaso, tendría que promover las condiciones mínimas de salud de todos los habitantes del planeta, prevenir y hacer frente a epidemias y sostener la investigación en el campo sanitario; la UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization), destinada al desarrollo y la difusión de la cultura y del acceso de los niños a la educación; la UNICEF (United Nations International Childhood Emergency Fund), dedicada a la protección de la infancia y a la tutela de los derechos de los menores; la OIT (International Labour Organization), instituida en 1919 con una finalidad de mero estímulo: la aprobación de recomendaciones a los gobiernos en materia de garantías de los derechos de los trabajadores y la elaboración de proyectos de convenciones multilaterales en tema de trabajo que los Estados miembros tienen, al menos, la obligación de someter a los organismos competentes para su ratificación”.

“Estas y otras organizaciones – en materia de defensa del medio ambiente, lucha contra la criminalidad, energía, transportes, comunicaciones, información – en parte ya existentes, en parte por crear, deberían asumir el carácter de autoridades independientes, es decir, de instituciones internacionales de garantía primaria (D12.17) vinculadas a parámetros legales, separadas de las instituciones de gobierno tanto estatales como internacionales, supraordenadas al mercado y dotadas de adecuados presupuestos financiados, si fuera preciso, mediante exacciones fiscales de carácter internacional. Un típico ejemplo de instituciones de este género es la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, regulada en los artículos 156-185 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, de 10 de diciembre de 1982. A estas instituciones de garantía primaria hay que añadir las correlativas instituciones internacionales de garantía secundaria (D12.18), igualmente independientes, encargadas de intervenir en caso de violación de las garantías primarias (T10.238), como la Corte Penal Internacional, de la que se ha hablado en el § 16.12, el Tribunal Internacional de Justicia, que debería transformarse en una jurisdicción obligatoria y no subordinada a la previa aceptación de los Estados, y otras que habría que fundar en materia de medio ambiente, trabajo, contencioso-administrativo y fiscal. En fin, como complemento del paradigma constitucional, habría que crear un Tribunal Constitucional Internacional, competente para pronunciarse sobre la invalidez de las resoluciones del Consejo de Seguridad o de otras decisiones internacionales en eventual contradicción con la Carta de la ONU, la Declaración de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos de 1966” (FERRAJOLI, 2013, p. 560-561).

⁴²⁷ A teoria voluntarista entende que o Estado fica vinculado a uma decisão apenas quando expressamente concordar com ela. Os proponentes dessa teoria buscavam maior autonomia e queriam impedir interferências externa prejudiciais. Contudo, ao longo do tempo tal teoria se mostrou gravemente prejudicial, já que ainda que houvesse uma maioria esmagadora no plano internacional, nada se poderia fazer contra a minoria que não tivesse concordado (PELLET; QUOC; DAILLIER, 2003, p. 105).

Para que o direito internacional alcance plena efetividade e tenha suas resoluções obedecidas são indicadas três medidas: a) a esfera internacional assumir o monopólio da força (proibição da guerra), b) desarmamento dos Estados, fim dos exércitos nacionais e constituição de forças internacionais e c) construção de uma esfera pública internacional regida por uma constituição global⁴²⁸. Com isso, o direito internacional possuirá força suficiente para impor suas decisões a quaisquer atores internacionais, sejam potências políticas, sejam potências econômicas. Além disso, nenhuma ordem jurídica consegue se manter e tutelar direitos sem recursos financeiros, é preciso que a esfera pública internacional possua recursos para efetivar suas decisões⁴²⁹. Uma das opções de recursos para a esfera pública internacional está na Taxa Tobin, que possui como base de cálculo as transações financeiras internacionais⁴³⁰.

Tabela 2.3
Instituições internacionais de governo e de garantia

Instituições Internacionais			
<i>Critérios</i>	Governo	Garantia	
		Primárias	Secundária
<i>Objeto</i>	Decidível	Não decidível	Antijuridicidade
<i>Fundamento</i>	Maioria	Constituição Internacional	Constituição Internacional
<i>Prazo</i>	Curto prazo	Longo prazo	Longo prazo

Fonte: adaptação das informações de Luigi Ferrajoli (2013).

⁴²⁸“Distinguiré tres vínculos federales que bastarían para diseñar las grandes líneas de un constitucionalismo global y que hoy vienen impuestas a la ONU como razón social de su estatuto, por el papel de garante de la paz y de los derechos humanos que tiene encomendado: a) el monopolio jurídico de la fuerza que corresponde a sus órganos, con el fin de ‘mantener o restablecer la paz y la seguridad internacional’, indicado en el artículo 42; b) la garantía de tal monopolio mediante la progresiva prohibición de la producción y el comercio de las armas y la gradual superación de los ejércitos nacionales; c) el desarrollo, a escala internacional, de una esfera pública global capaz de reducir las crecientes desigualdades entre países ricos y países pobres y las graves violaciones de los derechos humanos que constituyen la principal amenaza para la paz. Al tratarse de garantías necesarias para la actuación de la paz y de los derechos estipulados en la Carta de la ONU y las diversas convenciones sobre derechos humanos, sus ausencias, responsables de la ineffectividad estructural de una y otros (D10.53-D10.55) representan otras tantas lagunas (D10.44-D10.48) cuya subsanación, como bien sabemos (T10.261, T10.265, T12.132), no es sólo un deber moral y político sino un deber jurídico de la comunidad internacional” (FERRAJOLI, 2013, p. 507).

⁴²⁹“Una Constitución que no organice un gobierno eficaz y apoyado por la opinión pública, capaz de cobrar impuestos y de gastar, necesariamente fracasará a la hora de proteger los derechos en la práctica. Ésta es una lección que llevó mucho tiempo aprender, no sólo a los libertarios y a los economistas partidarios del mercado libre, sino también a algunos defensores de los derechos humanos que han dedicado sus vidas de manera generosa a una campaña militante contra los estados brutales y demasiado poderosos” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 79).

⁴³⁰“Outra alternativa que tem sido proposta para disciplinar o fluxo errático desses capitais internacionais consiste na imposição de uma espécie de imposto sobre as conversões de moedas nacionais em divisas estrangeiras, concebido pelo economista James Tobin, em 1972, depois da ruptura do sistema de Bretton Woods, que ficou conhecido como a ‘taxa Tobin’. Ela consiste na cobrança de um determinado percentual sobre as operações financeiras internacionais, cujo montante seria revertido para projetos de natureza social, amenizando em parte os malefícios resultantes da completa ausência de regras que caracteriza atualmente o mercado financeiro global” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 77).

Finalmente, para que a esfera pública internacional esteja completa é preciso que – além de ser um ordenamento jurídico encimado por uma constituição internacional, fruto do debate democrático dos vários atores (seja nos organismos internacionais, seja nos regimes internacionais) e dotado de força coerciva por meio de instrumentos e instituições de garantia – ela encontre seu fundamento no interesse público internacional, pois para que uma esfera pública internacional exista de fato é preciso que toda a lógica regulatória e os interesses que pautam as decisões passem do privado para o público. É fundamental que aquela esfera pública que foi perdida em vista da crise do Estado nacional seja agora recuperada, ampliada e fortalecida em âmbito internacional. Isso é essencial para a tutela dos direitos (individuais, político e sociais), pois apenas o interesse público pode impor limites aos mercados (interesses privados) que têm sido uma das principais fontes da crise dos direitos desde o início dos anos 1980 quando se iniciou a fase depressiva da quarta onda longa⁴³¹. Para tanto, é necessário que se reestabeleça a separação entre o que é público e o que é privado, pois no momento em que ambos se confundiram, dentro do contexto de um Estado em crise e de um mercado em ascensão, foi que o privado invadiu e se apoderou do público impondo de forma geral e abstrata os interesses privados dos mais fortes, transformando direitos em mercadorias e cidadãos em consumidores⁴³². Por esse motivo é imprescindível que esta esfera internacional seja de natureza pública e que privilegie os interesses públicos, pois apenas assim as práticas, ações, políticas e objetivos serão reorientados e reorganizados da perspectiva de uma democracia global e não apenas e tão somente segundo a lógica do mercado⁴³³.

Ademais, para que a esfera pública seja reconhecida como legítima, não deve haver oportunidade para que ela seja dominada por interesses particulares – nem dos mercados, nem de uma ou algumas potências – a esfera pública internacional deve ser vista como uma construção fruto dos valores e desejos da sociedade internacional como um todo, isto é, como

⁴³¹“Por tanto, la construcción de una esfera pública supranacional como esfera heterónoma respecto del mercado y dirigida a la garantía de los intereses generales y los derechos de todos supone una refundación del principio de legalidad como límite a los poderes económicos privados y a sus naturales vocaciones absolutistas. En esta perspectiva, volviendo sobre los temas y los problemas tratados en el § 16.11, y antes aún en los §§ 14.19-14.21, pueden formularse cuatro indicaciones en materia de planeamiento institucional” (FERRAJOLI, 2013, p. 563).

⁴³²“La primera indicación es la restauración, también a escala internacional, del papel de gobierno de la esfera pública y de su separación dela esfera privada frente a las tendencias invasivas de la segunda sobre la primera, reduciendo mediante rígidos sistemas de incompatibilidades los infinitos conflictos de intereses entre las dos esferas, introduciendo límites y vínculos legales a la lex mercatoria para tutela de los derechos y los bienes fundamentales de todos, garantizando, en fin, su observancia también por parte de los países ricos a través de la abolición, conforme al modelo del mercado común europeo, de todas las barreras proteccionistas, hechas de subvenciones y tarifas aduaneras, erigidas, como se ha visto en el § 16.11, frente a las exportaciones de los países pobres” (FERRAJOLI, 2013, p. 563).

⁴³³“Necessita-se do fortalecimento dos espaços públicos e de controle social especialmente qualificado e amplo, ou seja, de uma democracia também transnacional para conduzir e reorientar práticas e ações impostas apenas para atender à lógica de mercado dominante” (CRUZ; BODNAR, 2016, p. 244).

um espaço acessível e aberto para todos, e não mais para alguns poucos⁴³⁴. A esfera pública internacional, portanto, deve ser reconhecida como uma instância de defesa e promoção dos interesses gerais ou públicos, estes entendidos como a paz, a segurança e, especialmente, os direitos fundamentais⁴³⁵.

É importante ressaltar que o interesse público não se confunde com o Estado, pois o interesse e o espaço públicos são muito mais amplos do que o Estado. Os interesses estatais, portanto, não são a inteireza do interesse público existente, mas apenas parte desse interesse. Ademais, a esfera pública (onde o interesse público se forma), também não pode ser confundida com o Estado, pois este é apenas uma fração específica de espaço público que forma uma fração igualmente específica de interesse público (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 283-284). Há muitas outras formas de espaço público, incluindo o espaço público internacional, isto é, o que até aqui tem sido chamado de “esfera pública internacional”. Em vista do Estado não ser o único espaço público existente e nem ser o monopolizador do interesse público, e em razão de todas as limitações e crises que a perspectiva estatal traz é preciso reconhecer que o interesse público não pode mais ser visto de uma ótica territorial, mas como titularizado por uma sociedade desterritorializada, ou seja, uma sociedade global⁴³⁶.

O interesse público, segundo Fustel de Coulanges (2009, p. 332), surge para substituir a religião como princípio de governo no início das repúblicas antigas, pois consegue unir a sociedade resguardando-a das flutuações e dos conflitos, ou seja, promovendo perenidade, segurança e estabilidade. Trata-se de um conceito de difícil definição, todavia, em uma primeira aproximação é possível afirmar que o interesse público existe e se compõe de valores sociais a que as pessoas chegaram por meio de um quase-consenso⁴³⁷. Apesar da dificuldade de

⁴³⁴“A ideia de uma comunidade cosmopolita não é recente, porém não pode ser um projeto impositivo de um saber ou de uma cultura dominante, pois qualquer projeto consequente de reconfiguração das esferas políticas e jurídicas – não necessariamente na forma de comunidade única – deve corresponder aos anseios mais legítimos de todas as nações e que efetivamente caracterize uma pauta axiológica de consenso de todos os povos” (CRUZ; BODNAR, 2016, p. 247).

⁴³⁵ Y redefinir el orden internacional significa tomar conciencia de la ausencia de una esfera pública internacional a la altura de los nuevos poderes extra y supraestatales: entendiéndose por “esfera pública” al conjunto de las instituciones y funciones a cargo de la tutela de intereses generales, como la paz, la seguridad y los derechos fundamentales, ya que forman el espacio y la premisa tanto de la política como de la democracia (FERRAJOLI, 2005, p. 116-117).

⁴³⁶“Temos, portanto, um outro viés relevante a ser tomado em conta na formulação de uma nova noção de interesse público. Não se pode mais trabalhar com tal conceito identificando-o a um dado território. A perspectiva contemporânea do interesse público deve considerar um plexo de múltiplos interesses (especiais e difusos) titularizados por grupos ou indivíduos pertencentes não a uma sociedade territorialmente situada, mas a uma sociedade desterritorializada – ou, se quisermos, a uma sociedade global” (MARQUES NETO, 2002, p. 163).

⁴³⁷“A dificuldade de definir o interesse público ou o bem comum indica que ele não existe per se, independentemente dos valores e crenças compartilhados dos cidadãos. O bem comum existe mediante o quase-consenso – ou, nas palavras de John Rawls, mediante o ‘consenso sobreposto’ – a que chegam as sociedades democráticas civilizadas a respeito do que constitui o interesse público, do que constitui um sistema moral comum. Rawls afirma que, a partir da lógica da razão pública, e contando com as virtudes cooperativas da vida política –

indicar um conceito unívoco de interesse público, há alguns critérios que podem ajudar a formar o interesse público e reconhecê-lo, são eles: a) refletir as expectativas da maioria, b) não deve ser abstrato, c) não deve ser indeterminado, d) deve ser atual, e) historicamente situado e f) não pode anular os interesses individuais dos quais provém⁴³⁸. Com isso, fica clara a importância do interesse público como fator de legitimação da esfera pública internacional como fator de unidade dos agentes internacionais.

a razoabilidade, a equidade, e a prontidão para cooperar e assumir compromissos –, é possível chegar a um consenso razoável” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 136).

⁴³⁸“Em que pese o esforço do célebre publicista, a tentativa resulta mais em um interessante ajuntamento de critérios para perquirição do interesse público (deve ele refletir as expectativas de parcela majoritária dos indivíduos conviventes a sociedade; não deve ser abstrato e indeterminado; deve ser atual – v.g., historicamente situado; e não serve para anular os interesses individuais dos quais, em suma, provém) do que numa definição útil, tais a abrangência e a abertura dos seus elementos constitutivos” (MARQUES NETO, 2002, p. 84).

CAPÍTULO 3

UM DIREITO NOVO: COMO PROTEGER OS DIREITOS DEPOIS DAS CRISES

“Além disso, desejo também lembrar que o direito, como observou von Ihering, existe em função da sociedade e não a sociedade em função dele”.

Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*

“A boa nova para os reformadores é que os mais brilhantes (mas não necessariamente os mais bem-sucedidos) advogados julgam que a lei foi criada para servir à vida e não a vida à lei”.

Hernando de Soto, *O Mistério do Capital*

No capítulo anterior ficou demonstrado que cabe ao direito internacional, por meio de uma esfera pública internacional tutelar os direitos que se encontram em perigo, pois é a única estrutura que pode fazer isso de forma eficiente e coerente dada a atual crise dos Estados nacionais. Contudo, não basta dizer a quem compete a responsabilidade de tutelar os direitos, é preciso dizer como, sob quais premissas e por quais meios. Embora a esfera pública internacional resolva o problema da crise do Estado nacional, há, ainda outros elementos desta crise sistêmica que precisam ser resolvidos, mais especificamente, o impacto e influência da crise econômica sobre o direito, a crise democrática e a crise jurídica.

O foco central deste capítulo consiste em indicar que a esfera pública internacional – para lidar com a crise econômica e a crise democrática, e, conseqüentemente, com a crise dos direitos – deve desenvolver e promover um direito que tenha como enfoque, base, medida e prioridade o ser humano. Para que os direitos (que expressam as necessidades, anseios, expectativas e conquistas humanas) sejam devidamente protegidos e mantidos, é preciso que o sistema jurídico que os estabelece esteja voltado ao homem, pois não é o ser humano que foi feito para o direito, mas o direito que foi feito para o ser humano. É por meio de um direito adaptado pelo e para o homem que a esfera pública internacional poderá preservar os direitos. A crise dos direitos só é possível e justificada quando o homem é visto como objeto do direito e não como sujeito de direitos, isto é, quando o direito é feito e pensado para o Estado ou para

o mercado, no atendimento das expectativas e necessidades do ente estatal ou da economia. Nesta perspectiva (de um direito preocupado com o Estado e/ou com o mercado) é o homem que, por meio da regulação do direito, é funcionalizado para atender aos objetivos, desejos e necessidades do Estado e do mercado, e não o contrário. É preciso que esta relação se inverta, e que o direito passe a considerar em primeiro lugar o homem, funcionalizando todas as demais instituições e ambientes em seu benefício e interesse.

Para tanto, propõe-se um novo direito, um direito que emerge da crise do Estado, e, por isso, o transcende, e que, também, supera a subserviência aos interesses do poder econômico, pois fruto de uma esfera pública internacional mais forte que os mercados globais. Assim, o paradigma para a produção do direito deixa de ser os interesses dos Estados e dos mercados, para ser o ser humano. Um ser humano entendido em sua integralidade, como ser social, individual, econômico, cultural e político, sem que um aspecto ofusque ou invada o outro. A partir dessa visão “antropocêntrica” do direito, cuja grande medida e fim é o homem, o novo direito se constrói em três etapas ou frentes.

Em primeiro lugar, o novo direito se constrói para modificar a relação com o Estado e com o mercado. Inicialmente o direito impõe limites ao mercado e à influência da economia, de forma a impedir que os direitos, seu reconhecimento e sua efetivação fiquem reféns das volatilidades econômicas e que esteja preparado para as naturais, periódicas e cíclicas flutuações. O direito deixa de ser pensado e funcionalizado em função da economia e passa a regular e a funcionalizar o mercado para atingir certos objetivos e efetivar certos valores, dos quais, os principais são o bem-estar e a dignidade humanas. Em síntese, o novo direito impõe ao mercado uma função social. Em seguida, depois de conformar a economia a certos valores e limites, o novo direito passa a coordenar a atuação oficial dos Estados e demais agentes (incluindo também os mercados) de maneira a atingir o desenvolvimento, pois, assim, assegura a base material para a concretização eficaz dos direitos e aproxima os Estados e os mercados das outras facetas humanas para além da econômica.

Em segundo lugar, não basta que a economia seja modificada e conformada pelo direito, nem que os Estados foquem o desenvolvimento para além do mero crescimento, é preciso que as pessoas sejam incluídas ou inseridas na economia. Trata-se, de forma bastante direta, de democratizar o capitalismo e os mercados quebrando todas as barreiras que impedem que as pessoas possam, de fato, ser participantes ativas do mundo econômico. É fazer com que todos sejam igualmente recebidos, respeitados e ouvidos. Essa medida lida com a crise da democracia, pois dissolve o antagonismo entre capitalismo e democracia que se indicou no primeiro capítulo.

Finalmente, em terceiro lugar, o novo direito, em vista da transformação e democratização da economia, deve estabelecer certas balizas civilizatórias, certos pisos e tetos de direitos que garantam que – independentemente das mudanças, flutuações e negociações que naturalmente acontecem e devem acontecer dentro dos espaços democráticos – tais direitos estarão sempre presentes e disponíveis para todos, pois próprios da natureza humana e, portanto, inderrogáveis, imprescritíveis e indisponíveis.

3.1 O DIREITO DAS, PELAS E PARA AS PESSOAS

A crise dos direitos, como descrita no primeiro capítulo, pode ser atribuída, ao menos em parte, à tendência reducionista com que os direitos são avaliados pela economia, especialmente em tempos de crise. Sob uma ótica exclusivamente econômica, os direitos são descritos apenas como custos. Esse reducionismo, porém, é muito danoso à tutela, manutenção e efetivação dos direitos, especialmente se o direito absorve esse tipo de avaliação e a reproduz em sua avaliação e decisões.

Alguns juristas têm alertado sobre os prejuízos dessa forma de avaliação reducionista. Fábio Nusdeo alerta para um fenômeno que chama de “paneconomismo” que tende a reduzir a vida à racionalidade “cientificista” econômica que, por sua unilateralidade, acaba produzindo um conceito falso e equivocado de vida individual e social. A vida vai muito além do que o econômico pode descrever e entender, por isso, não basta que sejam feitos cálculos econômicos, é preciso que sejam observados também os custos sociais (e de todas as ordens) de todas as decisões, pois uma conduta pode ser economicamente vantajosa, mas, ao mesmo tempo, social, cultural ou politicamente desastrosa⁴³⁹. Na mesma linha se manifesta Pietro Perlingieri ao indicar a necessidade de se evitar uma interpretação da vida e do direito exclusivamente econômica e que atribua à economia uma função normativa que não lhe cabe e que a torne um parâmetro vinculante de controle, já que a economia, como metodologia, é individualista, materialista e conservadora, chocando-se com uma série de valores jurídicos importantes

⁴³⁹“O sentido econômico predominante da sociedade atual, o paneconomismo, tende a fazer com que os progressos da tecnologia e da economia, bem como a sua aplicação à vida do dia-a-dia, atraíam desmesuradamente a atenção do homem do século XXI. Este passa a encará-la apenas sob o aspecto da racionalidade científica e, na sua reação contra o antigo misticismo ou o ideologismo abstrato, acaba por cair no extremo oposto, chegando a um falso conceito de vida individual e social. No entanto, como acentuam inúmeros estudiosos e como sentem as sociedades, a vida vai além da economia e os fins meramente econômicos não são auto-evidentes. Devem ser escolhidos com critério, ponderação e, sobretudo, com a consideração dos seus respectivos custos sociais, como acima indicados” (NUSDEO, 2008, p. 182).

(geralmente constitucionalizados). Em vista disso, o autor apresenta quatro motivos para não reduzir a vida e o direito à economia: a) a vida humana é complexa demais para ser expressa em termos econômicos e utilitaristas, b) em sua normatização, o direito pode se servir das técnicas e informações do mercado, mas precisa, em sua intervenção, ser justo e considerar as pessoas não apenas pelo “ter”, mas principalmente pelo “ser”, c) o método hermenêutico econômico é absolutamente incompatível com os institutos centrados na pessoa humana, pois despatrimonializados e d) uma ordenação exclusivamente econômica descuida da situação jurídica real que comporta e inclui uma série de peculiaridades subjetivas e objetivas que vão muito além do que a economia permite ver⁴⁴⁰. Ulrich Beck concorda e acrescenta que a lógica econômica produz muitos riscos, pois estes são um bom negócio que criam demandas e necessidades que precisam ser atendidas. Isso ressalta o caráter autorreferencial da economia, no sentido de produzir as demandas que pretende atender. Todavia, esta produção exponencial e danosa de riscos (embora lucrativa) é resultado de uma visão míope que enxerga apenas por meio da lógica econômica voltada eminentemente à produtividade e que vê os riscos como meros efeitos colaterais de um progresso econômico que deve ser atingido a qualquer preço⁴⁴¹.

⁴⁴⁰“Quando foi dito antes induz a não aceitar as tentativas velhas e novas orientadas a exaurir a interpretação do enunciado legislativo em uma avaliação exclusivamente econômica, de maneira a legitimar uma economia com função normativa, que imponha a própria vontade ao legislador e ao juiz; uma economia elevada a parâmetro vinculante de controle da própria interpretação do jurista. Uma perspectiva nesse sentido é criticável em si mesma, como metodologia, pela sua unilateralidade e pela sua substancial função individualista, materialista e conservadora, certamente em contrastes com a legalidade constitucional”.

“Há de se observar, particularmente, que a) a ação humana tem uma pluralidade de motivações que não podem ser reduzidas em termos somente econômicos e utilitaristas; b) o direito moderno da economia socialmente caracterizado, servindo-se das técnicas, dos programas e dos controles, assim como, realisticamente, deve levar em consideração as leis de mercado, livre ou planejado que seja, deve também propor intervenções da política do direito orientadas a realizar a justiça e os valores de quem ‘é’, mas não possui; c) o método econômico na interpretação jurídica mostra-se, a rigor, incompatível com os institutos diretamente centrados na pessoa humana (os chamados direitos da personalidade) e d) esse método descuida da verdadeira questão jurídica que é aquela de resolver cada *fattispecie* respeitando as suas peculiaridades subjetivas e objetivas” (PERLINGIERI, 1999, p. 63).

⁴⁴¹“Ainda assim, a expansão e a mercantilização dos riscos de modo algum rompem com a lógica capitalista de desenvolvimento, antes elevando-a a um novo estágio. Riscos da modernização são big business. Eles são as necessidades insaciáveis que os economistas sempre procuram. A fome pode ser saciada, necessidades podem ser satisfeitas, mas os riscos civilizatórios são um barril de necessidades sem fundo, interminável, infinito, autoproduzível. Com os riscos – poderíamos dizer com Luhmann –, a economia torna-se ‘autorreferencial’, independente do ambiente da satisfação das necessidades humanas. Isso significa, porém: com a canibalização econômica dos riscos que são desencadeados através dela, a sociedade industrial produz as situações de ameaça e o potencial político da sociedade de risco”.

“A produção de riscos e sua interpretação equivocada têm, portanto, seu primeiro fundamento numa ‘miopia econômica’ da racionalidade técnica das ciências naturais. Seu olhar está dirigido às vantagens produtivas. Ele incide assim juntamente com uma cegueira em relação aos riscos que é sistemicamente provocada. Enquanto as possibilidades de aplicabilidade econômica são claramente previstas, desenvolvidas, testadas e, de acordo com todas as regras da arte, esclarecidas, no caso dos riscos é sempre necessário tatear no escuro e então deixar-se surpreender e consternar profundamente com seu aparecimento ‘imprevisto’ ou mesmo ‘imprevisível’. A concepção inversa, segundo a qual as vantagens produtivas são assumidas em retrospecto como efeitos colaterais latentes ‘imprevistos’ e ‘involuntários’ de um deliberado controle de risco estabelecido a despeito das resistências de uma ciência natural orientada pelo risco, parece completamente absurda. Isto torna claro uma vez mais o grau de obviedade com que se valida historicamente, no desenvolvimento tecnológico conduzido pelas ciências

Finalmente, Paloma Durán y Lalaguna denuncia que a redução ao económico faz com que todos os valores sociais sejam reduzidos ao económico e que tanto o homem quanto a sociedade são planejados de uma perspectiva puramente concreta⁴⁴².

É por essa razão e pelos problemas e prejuízos que essa forma de reducionismo provoca que John Rawls (2016, p. 207) insiste que não se pode deixar a cargo exclusivamente dos mercados e da lógica económica as decisões importantes, que devem ser tomadas em fóruns mais amplos, como o político. Portanto, quando se fala ou decide sobre os direitos (individuais, políticos e sociais), apesar de se reconhecer que eles possuem custos, não deve ser o critério económico o único (nem o mais importante) usado para fundamentar quais direitos devem e quais direitos não devem ser reconhecidos e garantidos, pois direitos, apesar do seu custo, não são mercadorias, logo, não se deve usar a lógica económica de escolher o mais “barato” e eliminar o mais “caro”, afinal, os direitos não se avaliam por seu custo, mas por seu valor, uma análise que vai muito além das condições avaliativas da economia⁴⁴³.

Já que a redução do direito ao aspecto económico conduziu à atual crise dos direitos é preciso ampliar o direito e, mais do que isso, colocar um valor ou critério mais amplo, inclusivo e importante no centro de tomada de decisão. Este valor ou critério deve ser aquele para quem e por quem o próprio ordenamento jurídico existe: o homem. Se não é o ser humano o fim, a base e o fundamento do direito, então o direito nada mais é que um grilhão para o homem,

naturais, um (para citar Habermas) interesse cognitivo que aumenta a produtividade, que se refere à lógica da produção de riqueza e segue a ela” (BECK, 2010, p. 28 e 73).

⁴⁴²“La eficiencia – entendida como resultado económico positivo – ha sustituido cualquier tipo de valor social. Y de ese modo, sólo desde la productividad se proyectan las relaciones sociales. Lógicamente esa visión no implica sólo soluciones económicas, sino también un planteamiento muy concreto del hombre y de la sociedad” (LALAGUNA, 1992, p. 172).

⁴⁴³“Lo que intento destacar es que el criterio para privilegiar el cumplimiento de un derecho por sobre otro (o entre distintas situaciones respecto del mismo derecho) debe estar guiado por algo más que el costo. Esta cuestión puede verse con claridad al analizar las dos razones que pueden emplearse para privilegiar selectivamente las libertades tradicionales (y no los derechos sociales). En primer lugar; puede pensarse que esas libertades cuestan poco dinero, o que cuestan mucho menos – o son más fáciles de proteger – que los derechos sociales. Sin embargo, como nos muestra el libro, ellas tampoco son gratuitas, con lo cual el costo no puede ser ya el criterio único o exclusivo al defenderlas. Y, en cualquier caso, determinar cuánto cuestan unas y otros exige desarrollar una investigación empírica cuyas respuestas no poden conocer de antemano. Un segundo posible argumento es que se piense que esas libertades son importantes, costaran lo que costasen. El libro nos ayuda a ver que el mismo razonamiento puede aplicarse a cualquier otro derecho”.

“Por supuesto que algunos derechos básicos, como la libertad de expresión o el derecho a votar, no pueden comprarse y vender-se en el mercado; la prohibición de comerciar derechos políticos pretende asegurar que el poder político no se concentre en ningún individuo o grupo. Esto significa que los derechos no son mercancías, en el sentido más simple de la palabra. Pero a medida que el precio aumenta, necesariamente la defensa de los derechos se vuelve más selectiva. La única manera de obtener bienes y servicios costosos es renunciar a alguna otra cosa de valor. El mundo del valor es complejo y el mundo de las posibilidades al alcance de uno es más vasto que el de las posibilidades al alcance de todos. No hay nada de cínico o peyorativo en admitirlo, ni tampoco en reconocer que ese patrón se aplica tanto a los derechos básicos como a las mercancías comunes. Por supuesto que eso no quiere decir que los derechos deban ser arrojados, junto con todo lo demás, a una gigantesca calculadora de costo-beneficio creada y manejada por economistas” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 27 e 124).

instrumento de sua dominação. Já o direito que nasce do homem e para homem é instrumento de auto regulação e patamar civilizatório a permitir que seres racionais, complexos e multifacetados convivam harmonicamente em suas complexidades e possam constituir sociedades e agrupamentos comuns.

Para tanto, é necessário que o direito se proponha a dar conta do homem por inteiro, em sua integralidade e a cada uma de suas facetas e necessidades. É preciso que o ordenamento receba e perceba o homem como indivíduo e, ao mesmo tempo, o enxergue como consumidor, como trabalhador, como empreendedor, como contribuinte, como cidadão, como eleitor e tantos outros quantos forem os aspectos da essência humana⁴⁴⁴. Isso é assim, ou deveria ser assim, porque o direito não é independente do sujeito, mas algo que o sujeito histórico vive e, portanto, este direito deve ser interpretado, aplicado e elaborado a partir do mundo real e das necessidades reais que este homem, sujeito de direito (e não objeto do direito) vivencia (CAMARGO, 2003, p. 10). Um direito que parte apenas do econômico, isto é, que vê o mundo apenas a partir das lentes da economia ou do mercado dificilmente enxerga o ser humano por interior, talvez o consiga discernir como consumidor ou empreendedor, mas restam ocultas, esquecidas e ignoradas todas aquelas outras facetas que compõem um homem por inteiro. Em vista da incapacidade ou incompletude dessa visão puramente economicista é urgente que a regulação jurídica seja feita a partir de valores, ou seja, de uma perspectiva valorativa mais ampla e que almeje algo mais que a eficiência, mas que inclua também outros valores como a justiça social e o bem-estar de todos⁴⁴⁵.

O ser humano que deve espelhar ou basear a regulação do novo direito é aquele completo, isto é, aquele descrito e sintetizado por declarações históricas de direitos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 proclamada pela Assembleia das Nações Unidas que reconhece o direito ao trabalho, à escolha da ocupação, condições justas e seguras de trabalho e proteção contra o desemprego⁴⁴⁶. Ou o homem descrito na Carta de Direito de

⁴⁴⁴“Neste sentido, bastante interessante é o raciocínio desenvolvido por Renato Janine Ribeiro no sentido de chamar a atenção para a necessidade de considerarmos o indivíduo não só como cidadão, mas também como consumidor e contribuinte. Daí por que – entendemos – os interesses públicos a serem preservados pelo poder político compreendem não só aqueles típicos à cidadania, mas devem envolver os aspectos relacionados com a participação desigual dos indivíduos nas relações de consumo e na repartição dos ônus de financiamento do Estado” (MARQUES NETO, 2002, p. 188).

⁴⁴⁵“O Estado republicano e social-liberal busca a eficiência, mas também busca a justiça social. Nesse caso, os critérios morais são essenciais. Quando o Estado garante assistência universal à saúde, educação básica ou um sistema básico de bem-estar social, seus gastos podem ter uma explicação econômica, mas são principalmente uma resposta a imperativos morais” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 139).

⁴⁴⁶“Há pouco mais de meio século, em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou o direito de cada homem ao trabalho, à livre escolha de ocupação, a condições justas e favoráveis de atividade e à proteção contra o desemprego. Estas condições formavam o primeiro dos quatro itens do artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos do Homem” (KUNTZ, 2002, p. 9).

1944 proposta por Franklin Delano Roosevelt que reconhecia as múltiplas necessidades humanas que iam da segurança à propriedade, do trabalho à saúde, da educação à seguridade social⁴⁴⁷. Como se nota, há uma longa tradição jurídica que, conforme o tempo passa e o homem e seu contexto se transforma, se adapta e acompanha as necessidades e realidades desse homem complexo em constante transformação, destruição e recriação. É por isso que se demanda um novo direito que retome esta tradição, já que o atual – influenciado pela ideia de Estado mínimo, direito mínimo, regulação mínima – não acolhe o homem por inteiro, não o enxerga por completo e não o contempla em sua inteireza. O homem do direito do Estado mínimo é muito diferente, muito menor e muito mais simplificado e primitivo do que o homem da Carta de Direitos de 1944, ou da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 ou, ainda, de todos os tratados sobre direitos humanos. O ser humano do Estado mínimo é unidimensional, resumido e funcionalizado ao econômico, ele é restrito à esfera do individual, desprezando seu caráter igualmente social⁴⁴⁸.

Para que o reducionismo econômico sobre todas as outras formas de racionalidade possa ser superado e estabelecida uma racionalidade nova em que prevalece o homem e não o mercado, e em que os direitos são preservados ao invés de combatidos, é preciso que a economia deixe de regular e passe a ser regulada, que deixe de coordenar e funcionalizar as demais áreas da vida e passe a ser coordenada e funcionalizada dentro de outra perspectiva e valores. Para que isso se torne realidade é necessário que a esfera pública internacional, que se propôs no capítulo anterior, constitua uma ordem econômica internacional capaz de regular a economia. Por ordem econômica entende-se a face jurídica de um sistema econômico que é regulado por um regime econômico que reflete e operacionaliza uma política econômica⁴⁴⁹. Neste conceito

⁴⁴⁷“Hemos aceptado, por así decirlo, una segunda Carta de Derechos bajo la cual será posible establecer una nueva base de seguridad y prosperidad para todos, cualquiera sea su posición, raza o credo. El derecho a un trabajo útil y remunerado en la industria, el comercio, la agricultura a las minas de la nación. El derecho a ganar lo suficiente para tener alimentación, ropa y recreación adecuadas. El derecho de todo agricultor a cultivar y vender sus productos y obtener una ganancia que les dé, a él y a su familia, una vida decente. [...] El derecho de toda familia a un hogar decente. El derecho a recibir atención médica adecuada y la oportunidad de lograr y disfrutar de una buena salud. El derecho a una protección adecuada contra los temores económicos de la vejez, la enfermedad, los accidentes y el desempleo. El derecho a una buena educación” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 141).

⁴⁴⁸ “É tempo de retomar a questão enunciada no começo deste ensaio: de que indivíduos se trata, quando se defende o encolhimento do Estado como condição de liberdade? Não, certamente, dos homens contemplados na declaração de direitos de 1948. Estes correspondem a uma concepção de homem e de sociedade forjada principalmente no último século e meio, ou pouco mais. A esses direitos corresponde, da parte do Estado, não só a responsabilidade pela ordem pública e pela defesa da propriedade ou, no máximo, pelo bom funcionamento do mercado. O poder público é concebido, nesse quadro, como responsável pela equalização de oportunidades, pelo equilíbrio do jogo de mercado, pela manutenção da prosperidade e pela administração de uma rede social de segurança. A declaração não abandona os direitos individuais afirmados pelo primeiro liberalismo, aqueles mesmos consagrados, em grandes documentos, na independência americana e na Revolução Francesa. Reafirma-os, porém, num contexto diferente e como parte de uma nova concepção de direitos” (KUNTZ, 2002, p. 34).

⁴⁴⁹ “Em outras palavras, a Ordem Econômica Constitucional estabelece-se como feição jurídica de um sistema econômico, o qual pode ser conceituado como o conjunto orgânico de normas e instituições destinadas a permitir

de ordem econômica há três pontos centrais e relevantes que devem ser analisados e compreendidos separadamente: a) política econômica, b) regime econômico e c) sistema econômico. São estes três elementos que dão identidade à uma ordem econômica, e, para que a ordem econômica internacional seja bem compreendida e para que gere o efeito de centralização do homem e tutela dos direitos, estes três elementos precisam ser individualmente construídos para este fim.

Antes, porém, de apresentar os três elementos da ordem econômica internacional, cabe uma advertência importante. A estrutura internacional que se propôs no capítulo anterior é formada por diversos organismos internacionais e pelos Estados, todos coordenados por uma esfera pública internacional cujo ápice é a constituição internacional. A descrição da ordem econômica que segue parte da ideia de totalidade, o que significa que não se fará aqui (por fugir do escopo da pesquisa) uma delimitação exata e detalhada das competências de cada um dos atores da esfera pública internacional dentro da ordem econômica. Assim, a política econômica será apresentada em sua generalidade, muito embora não se ignore que dentro da esfera pública internacional cada agente possui uma parcela de responsabilidade na formulação e execução dessa política. O mesmo se diga quanto ao regime e sistema econômicos. A despeito de não se fazer a divisão de tarefas e competências, não haverá qualquer prejuízo à compreensão ou construção da ordem econômica internacional, pois todos e atores e competências se exercem dentro de um mesmo propósito e coordenação. Portanto, quando se fizer referência à atuação ou intervenção do poder político ou do poder público, faz-se, aqui, referência à estrutura como um todo, que pode indicar um ou mais organismos internacionais ou os Estados, ou todos eles juntos.

A política econômica é apresentada, expressa e executada pelo direito econômico, pois este é o ramo do direito que detém os instrumentos e técnicas para regular a realidade econômica e garantir que os valores e objetivos traçados pela política econômica serão de fato realizados⁴⁵⁰. Em síntese, o direito econômico é a normatização da política econômica para dirigir, implementar, organizar e coordenar práticas econômicas em face de certas finalidades

a toda a comunidade, um processo decisório, coerente e consistente, quanto à utilização dos seus recursos escassos, vale dizer, um processo coerente e consistente para a racional administração da escassez” (NUSDEO, 2015, p. 33). “De um ponto de vista jurídico, uma ‘ordem econômica’ define-se como o conjunto de normas e instituições regulamentando os comportamentos e as actividades dos operadores económicos e correspondendo a alguns princípios dirigentes ou padrões julgados complementares por um ‘modelo’ económico” (PELLET; QUOC; DAILLIER, 2003, p. 1077).

⁴⁵⁰“Fábio Comparato o refere [direito econômico] como ‘o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica’” (GRAU, 2005, p. 154).

“Toda teoria de direito é uma teoria política e toda teoria de direito econômico é uma teoria política econômica” (DERANI, 2008, p. 37).

previamente dadas pela política econômica e para dirimir conflitos dentro de uma orientação macroeconômica também pensada a partir da política econômica⁴⁵¹. É no reconhecimento do direito econômico como expressão da política econômica que reside todo o fundamento e possibilidade de colocar o homem (como ente completo e complexo) no centro da ordenação jurídica, pois, ao afirmar o direito econômico como executor e decorrência da política econômica, se afirma, por consequência, que toda a regulação econômica não é fruto apenas e tão somente de um raciocínio ou de uma lógica pura e simplesmente econômica e que é falsa a ideia de que o direito encontra-se submetido, obrigatoriamente, à economia. Pelo contrário, o direito econômico executor da política econômica (e não da técnica econômica) é um produto da manifestação e interação dialética das várias forças e movimentos sociais que, juntos, cada um a seu tempo e a seu modo, trazem em suas manifestações as peças de um mosaico que, quando completo, representa o homem por inteiro⁴⁵². De forma mais clara, o direito econômico não se propõe a ser um direito da economia, mas sim um direito que, na regulação econômica, leva em conta o contexto social, cultural e histórico que condiciona as relações econômicas e produtivas, pois estas são parte da produção da vida social como um todo⁴⁵³. Nessa perspectiva de ampliação dos horizontes e de extrapolação do meramente econômico, o mercado deixa de ser apenas um local de trocas para se transformar em um local de execução de uma política ou projeto econômico⁴⁵⁴.

A ascendência da política econômica como forma de regulação fruto do movimento dialético de várias forças e manifestações da sociedade o erro retratado no primeiro capítulo (item 1.2) e que consiste em afirmar que a economia e a sua lógica são sempre e apenas objetivas e exatas, e que, por isso, a economia deve ser alçada à posição de normatizadora da realidade.

⁴⁵¹“Direito econômico é a normatização da política econômica como meio de dirigir, implementar, organizar e coordenar práticas econômicas, tendo em vista uma finalidade ou várias e procurando compatibilizar fins conflituosos dentro de uma orientação macroeconômica” (DERANI, 2008, p. 37).

⁴⁵²“Nesta corrente segue Steindorff, ao procurar afastar a falácia da subordinação do direito à economia, ou de sua posição como reflexo incondicional da realidade, e ao reiterar em contrapartida este processo de interação dialética entre o jurídico e as demais manifestações da sociedade (inclusive a econômica). Segundo ele, a ordem jurídica é nutrida pelos relacionamentos sociais. Porém, a ordem jurídica tem por mister, na resolução de casos conflitantes e no combate a situações irregulares, atuar também contra ações sociais para a realização da justiça” (DERANI, 2008, p. 41).

⁴⁵³“Da mesma forma que a produção não é possível de ser observada e modificada sob aspectos inteira e puramente econômicos – pois fatores culturais, históricos e naturais, ou seja, características específicas das relações que envolvem a sociedade, não de ser observados –, o direito econômico não deve ser visto como o direito da economia. A produção econômica não é isolada da produção da vida social. É parte essencial de sua formação. Por isso, quando faço alusão à produção ou modo de produção de determinada sociedade não me refiro à mera elaboração e circulação de bens. Trata-se da produção da vida social como um todo, onde a produção de mercadorias desempenha um papel fundamental, porém não único, influenciando e sendo influenciada pelas demais atividades sociais” (DERANI, 2008, p. 42).

⁴⁵⁴“Mercado deixa então de significar exclusivamente o lugar no qual são praticadas relações de troca, passando a expressar um projeto político, como princípio de organização social. Neste sentido, há autores, como Rosanvallon, que o tomam como representante da sociedade civil” (GRAU, 2005, p. 35).

Foi graças a essa falácia que os mercados conseguiram impor sua normatização sobre a estatal e impuseram uma série de perdas de direitos justificados e provados matematicamente. Contudo, quando a regulação econômica é vista como fruto de uma política econômica, e não mais como resultado peremptório de cálculos econômicos, a economia deixa de ser vista como normatizadora e passa a ser instrumentalizadora das decisões de política econômica. A economia deixa de ser um fim em si mesma e auto referencial e passa a ser normatizada pela política econômica e a se tornar meio dessa política, fornecendo os mecanismos e meios para a realização de seus fins. Em termos mais diretos, na regulação econômica a escolha dos fins e dos valores e a determinação do tipo de sistema econômico que se quer é feita pela política econômica, cabendo à economia como técnica apenas a proposição dos meios e instrumentos para a realização desses fins, valores e projetos⁴⁵⁵. O tipo de sociedade que se quer construir não é mais determinado pelo cálculo árido dos economistas, mas pela construção coletiva e dialética da política, cabendo aos economistas apenas construir e formular os mecanismos para se chegar a essa sociedade desejada. Em uma frase, os especialistas devem estar às ordens e não dando ordens quando se trata de questões políticas e valorativas⁴⁵⁶.

Quando o direito e a economia são colocados como instrumentos da política, então o homem, de fato, está no centro, pois a política é que impõe fins ao direito e à economia, e não o contrário. Esta imposição de fins políticos à economia e ao direito não nega as bases de ambos, mas apenas os utiliza como instrumentos para alcançar seus fins⁴⁵⁷. Fabio Nusdeo (2008, p.

⁴⁵⁵“O estudo dos fins a serem propostos para o desempenho do sistema econômico tende a escapar a qualquer tratamento de cunho científico – pelo menos no campo da ciência econômica –, porque a sua definição e colocação passam-se na esfera política. O campo por excelência do cientista ou do técnico não é o da definição de fins, mas o da escolha de meios, ou seja, das formas mais idôneas para se chegar a eles” (NUSDEO, 2008, p. 172).

“Já que os arranjos econômicos produzem esses resultados, e de fato devem fazê-lo, a escolha dessas instituições envolve alguma concepção do bem humano e do esboço das instituições que o realizarão. Essa escolha deve, portanto, ter fundamentos morais, políticos e também econômicos. Considerações de eficiência são apenas uma das bases dessa escolha, e muitas vezes têm uma importância relativa menor nisso” (RAWLS, 2016, p. 323).

⁴⁵⁶ “Aquí, como en otras partes, los especialistas bien preparados y competentes tienen un papel central que cumplir. Son indispensables para descubrir, interpretar y traducir a frases fácilmente comprensibles la información a menudo muy compleja necesaria para las consultas públicas significativas y para la toma de decisiones sobre derechos. Pero los expertos deben estar a la orden, no dando órdenes. Cuando están involucrados juicios de valor controvertidos, la toma de decisiones debe hacerse en forma abierta y democrática. Puesto que los derechos son resultado de decisiones estratégicas sobre la mejor manera de emplear los recursos públicos, hay venas razones democráticas que establecen que las decisiones sobre qué derechos proteger, y hasta dónde, deben ser tomadas de forma lo más abierta posible por una ciudadanía lo más informada posible, a la que los funcionarios políticos, incluidos los jueces, deben expresar sus razonamientos y justificaciones” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 248).

⁴⁵⁷“Uma vez, porém, assentados estes e definidos os contornos de sua estrutura, surge a necessidade de direcioná-lo, estabelecendo-lhe determinados fins, impondo-lhe, em suma, um padrão de desempenho. Surge assim a política econômica, ou seja, o estudo das relações entre certas variáveis sob a ótica de que umas serão meios ou instrumentos para que as outras assumam um determinado valor ou posição. A política econômica é, pois, mais detalhista e mais pragmática. Ela não discute as bases filosóficas do sistema. Procura, apenas, dentro de suas premissas, viabilizar, servindo-se dos instrumentos que o próprio sistema coloca ao seu dispor” (NUSDEO, 2008, p. 171).

172-179), neste contexto, explica que a política econômica causa distorções conscientes na economia para atingir seus fins, muitas vezes contrariando os padrões de mercado. Ele elenca pelo menos quatro fins principais da política econômica: a) progresso econômico, b) estabilidade econômica, c) justiça econômica e d) liberdade econômica. Cristiane Derani (2008, p. 45, 46 e 57) concorda com os fins da política econômica apresentados por Fabio Nusdeo, embora os indique de uma forma um pouco diferente, sendo eles: a) liberdade, b) igualdade, c) justiça social e d) eficiência. A autora ainda resume esses fins em dois objetivos, quais sejam, o bem-estar e a estabilidade do processo econômico, explicando que, por bem-estar, deve-se compreender: a liberdade, a segurança, o trabalho, a educação, o entorno físico e social, a saúde e a justiça⁴⁵⁸. A Organização das Nações Unidas, na Declaração de 1974, indica os mesmos fins para a ordem econômica internacional que pretende construir⁴⁵⁹. Portanto, a ordem econômica que emerge da estrutura internacional apresentada no segundo capítulo deve ser ordenada por um direito econômico internacional que efetiva uma política econômica baseada justamente nestes valores e fins acima apresentados, devendo a economia e os mercados globais serem instrumentos para o alcance deles.

Além de apresentar os fins e objetivos, a política econômica também condiciona os meios e os instrumentos. Toda política econômica, para que possa acontecer de fato, lida com dados econômicos, pois é por meio da interferência e intervenção nesses dados que se alcançam os fins e objetivos propostos. Os dados podem ser modificáveis e não-modificáveis, sendo que a política econômica se concentra, pela lógica, apenas nos modificáveis⁴⁶⁰. Os dados modificáveis são classificados em duas categorias: a) os quantitativos que são chamados de instrumentos e representam posições numericamente determináveis (ex.: alíquota de impostos, taxa de câmbio, etc.) e b) os qualitativos que são chamados de meios e lidam com a estrutura

⁴⁵⁸“A qualidade de vida coloca-se, para Hoppel, ‘no nível dos super-objetivos da política informadora do direito, junto com os direitos, deveres e valores fundamentais’. Segundo este mesmo autor, ‘a antiga questão da felicidade tem agora um renascimento mundial sob o novo título de qualidade de vida’, e aponta como especialmente importantes para qualidade de vida os seguintes pontos: ‘liberdade, segurança, trabalho, educação, nível de vida, entorno físico, entorno social, saúde, justiça’” (DERANI, 2008, p. 59).

⁴⁵⁹“... Fundada na equidade, na igualdade soberana, na independência, no interesse mútuo e na cooperação entre todo os Estados, independentemente do seu sistema econômico e social, que corrigirá as desigualdades e rectificará as injustiças actuais, permitirá eliminar o fosso crescente entre os países desenvolvidos e os países em vias de desenvolvimento, e assegurará na paz e na justiça às gerações presentes e futuras um desenvolvimento econômico e social que se irá acelerando” (PELLET; QUOC; DAILLIER, 2003, p. 1079).

⁴⁶⁰“A distinção supra entre dados modificáveis e não modificáveis é evidentemente muito relativa e depende em grande parte do chamado horizonte de tempo da política econômica. A curto prazo um grande número de dados será não modificáveis. A longo prazo, por exemplo em dez anos, até dados culturais, institucionais ou mesmo físicos poderão, potencialmente, ser vistos como modificáveis. Reformas constitucionais tornar-se-ão viáveis, programas educativos tentarão mudar certos hábitos ou atitudes e até a fertilidade do solo poderá ser alterada mediante a aplicação maciça de fertilizantes associados à calagem, ou os pântanos drenados e as zonas áridas, irrigadas. A longo prazo tudo ou quase tudo será modificáveis” (NUSDEO, 2008, p. 190).

do sistema econômico (ex.: reforma agrária, trabalhista, previdenciária)⁴⁶¹. Logo, da perspectiva da política econômica e do novo direito econômico que se propõe, a determinação dos fins, bem como dos instrumentos e dos meios se dá não pela visão da técnica econômica, mas da definição valorativa da política econômica que leva em conta o homem em sua completude.

O regime econômico, por sua vez, como indicou o conceito de ordem econômica mais acima, é a forma como a política econômica é executada, daí porque Eros Roberto Grau o definir como a forma pela qual o poder (especialmente o poder político) se relaciona e se articula com a realidade econômica. De forma mais simplificadora, o regime econômico pode ser identificado com a maneira como o ente político intervém e atua na economia (muito embora o regime albergue também outras formas de poder, como o poder social de sindicatos ou os poderes econômicos)⁴⁶². Para efeitos deste estudo, o regime econômico será resumido à atuação do poder político, mais especificamente do poder político da esfera pública internacional e como ela pode intervir e atuar no campo econômico, levando em conta, sempre, a advertência inicial que se fez quanto à amplitude da ideia de esfera pública internacional e suas competências e atores.

A ação do poder político na ordem econômica pode ser classificada em duas espécies: a) atuação econômica e b) intervenção econômica. Esta divisão se deve ao fato de que atuação e intervenção possuem significados muito diferentes e implicações muito distintas. Quando se diz que o poder político “intervém” na economia ou na atividade econômica quer se salientar a

⁴⁶¹“Como indicado no quadro acima, os dados modificáveis podem ser de duas categorias: quantitativos e qualitativos. Tecnicamente falando, apenas os primeiros recebem o nome de instrumentos, enquanto os demais são genericamente designados por meios. Os instrumentos – dados modificáveis quantitativos representam posições numericamente definidas. São assim instrumentos: a taxa cambial, as alíquotas dos tributos, os preços administrados, as cotas de produção ou de importação, as taxas de juros e assim por diante. E a política econômica que os utiliza é chamada política quantitativa. Ela, em geral, muito pouco estará alterando do sistema econômico, em termos de seus fundamentos e de sua estrutura, mas estará apenas procedendo a adaptações no seu funcionamento, o mais das vezes de caráter eminentemente conjuntural e de curto prazo”.

“Em termos do quadro de elementos da política econômica acima apresentado, a adaptação institucional compõe a chamada política qualitativa e se manifesta por manipular os dados modificáveis qualitativos, também chamados meios de política econômica. Ela pode alterar aspectos maiores ou menores do sistema, vale dizer, da sua estrutura, e por isso tais dados são chamados estruturais, como por exemplo a já citada Lei das Sociedades Anônimas. Ou, então, a modificação poderá ser mais profunda e atingir os fundamentos do próprio sistema, para alterá-lo substancialmente. Fala-se aí em reformas, quando basicamente se modificam diretos cuja essência marca a própria maneira de ser e de operar do sistema. Seria o caso de uma ampla reforma agrária, previdenciária, tributária ou administrativa. Mas aí já estaremos nos reaproximando da fronteira da doutrina econômica” (NUSDEO, 2008 p. 193-194).

⁴⁶²“O regime econômico pode ser definido qual a forma como – no âmbito de cada sistema – ‘o poder (máxime, o poder político) se articula com a realidade econômica. A caracterização do regime econômico é uma moldura explicativa dos princípios da intervenção do Estado e da sua atuação financeira, tanto no plano das ideologias inspiradoras como no das instituições de enquadramento... A noção de regime não se esgota – quer-nos parecer – na forma política do poder, mas inclui as demais formas de poder: os poderes sociais (sindicatos, patronais), os próprios poderes econômicos” (GRAU, 2005, p. 82).

atuação política em campo que não lhe é próprio, isto é, uma atuação em domínio de outrem. Já a “atuação” conota a participação em algo próprio. Assim, a ação do poder político na economia é ampla, pois comporta tanto atividades econômicas que lhe são próprias (ou reservados ao poder político) quanto que lhe são alheias. O poder público “atua” na economia quando realiza um tipo específico de atividade econômica que é o serviço público, e “intervém” na economia quando sua participação recai sobre atividade econômica em sentido estrito. Portanto, a classificação quanto à natureza da participação do poder político na atividade econômica se faz segundo o tipo de atividade econômica, que pode ser serviços públicos (quando há atuação) ou atividade econômica em sentido estrito (quando há intervenção) (GRAU, 2005, p. 93-104).

Quanto à intervenção do poder político, esta pode ocorrer de duas formas: a) direta e b) indireta⁴⁶³. A intervenção direta é também chamada de intervenção política “no” domínio econômico, pois nesta forma de intervenção o poder político atua diretamente como agente econômico, isto é, como empresário (COSTA, 2015, p. 173). A intervenção indireta, por sua vez, é denominada de intervenção política “sobre” o domínio econômico, pois, de cima para baixo, o poder político incentiva, fiscaliza, planeja ou regula a atividade econômica. Só a partir dessa classificação da atuação do poder político já é possível indicar como a esfera pública internacional pode normatizar a economia e os mercados na perspectiva de funcionalizá-los em benefício do homem e de seu bem-estar. Inicialmente, com relação à “atuação” a esfera pública internacional pode se encarregar de alguns serviços públicos essenciais que não são prestados ou que são insuficientemente prestados pelo setor privado. É o caso de programas de segurança alimentar, incentivo à educação e à saúde, bem como as ajudas humanitárias e de reconstrução em casos de conflitos ou desastres naturais. Também pode ser considerado um serviço público a recepção e cuidado aos refugiados. Inclusive, já existem estruturas na ONU ou outros organismos internacionais que executam vários projetos nestas áreas, como é o caso da FAO⁴⁶⁴,

⁴⁶³“É atribuída ao Estado, portanto, uma série de funções na organização do processo econômico. Situando-as de maneira sintética, correspondem a dois grandes grupos: aquela em que o Estado aparece como empresário, ou seja, como produtor ou distribuidor de bens e serviços, e aquelas em que ele se apresenta como regulador, enquadrando nesse âmbito as medidas de cunho legislativo e administrativo por meio das quais determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, tendo em vista orientá-los em direções desejáveis e evitar efeitos lesivos aos interesses socialmente legítimos. Nessa perspectiva ampla, a ideia de regulação inclui toda forma de organização da atividade econômica por intermédio do Estado, seja a intervenção por meio da concessão de serviço público, seja o exercício de poder de polícia” (CARVALHO, 2002, p. 13).

⁴⁶⁴FAO ou Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura é um organismo internacional destinado à promoção da segurança alimentar através do fomento à pesquisa científica, aumento do nível de alimentação e da expectativa de vida e melhora e conservação dos recursos naturais (MAZZUOLI, 2013, p. 665).

da OMS⁴⁶⁵, e da UNESCO⁴⁶⁶. Quanto à “intervenção” existe também espaço para a esfera pública internacional. Na intervenção “sobre” o domínio econômico, o poder político pode incentivar, planejar, fiscalizar ou regular. O campo da fiscalização e da regulação pode ser feito por organismos temáticos como é o caso da OIT⁴⁶⁷, da OMC⁴⁶⁸, da OMPI⁴⁶⁹ e da ONUDI⁴⁷⁰, que, somando suas forças e conhecimento, podem contribuir com a UNCTAD⁴⁷¹ no planejamento para o desenvolvimento econômico e social das regiões. Já o incentivo pode ser realizado por meio de uma taxaço (por exemplo, Taxa Tobin) que privilegie a preservação ambiental e outros direitos fundamentais. Por outro lado, a intervenção “no” domínio econômico pode se dar por meio de instituições transnacionais como o Banco Mundial (obviamente reestruturado nos padrões descritos no capítulo anterior) e o Fundo Monetário Internacional. Esta intervenção, contudo, não precisa estar restrita ao campo financeiro, mas pode ser estendida a outros como no caso da produção nuclear, por exemplo, que poderia ser monopolizada por um organismo internacional que impediria uso bélico e concentraria toda a produção para fins pacíficos, seja na geração de energia, seja para fins medicinais. Nesta área inexistente uma instituição produtora nos moldes acima indicados, mas o direito internacional já conta com a Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA) e a Organização para a Proibição de Armas Químicas (OPAQ).

Cada uma dessas categorias de atuação do poder político na economia pode se servir de várias formas de ação e de instrumentos jurídicos. No caso da prestação dos serviços

⁴⁶⁵A OMS (sigla para Organização Mundial da Saúde) busca a elevação dos índices de saúde para todos os povos, considerando saúde não apenas a ausência de enfermidades, mas o máximo bem-estar físico, psíquico e social dos indivíduos. É responsável por auxiliar os governos, fomentar a pesquisa e combater epidemias e endemias (MAZZUOLI, 2013, p. 668).

⁴⁶⁶UNESCO ou, em português, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura é o organismo internacional que busca difundir e fomentar a educação, a cultura, a ciência e o conhecimento, além de propor soluções para os principais problemas e desafios nesta área, como o analfabetismo (MAZZUOLI, 2013, p. 667).

⁴⁶⁷A OIT é a Organização Internacional do Trabalho e busca tutelar as relações de trabalho e estabelecer padrões civilizatórios mínimos (MAZZUOLI, 2013, p. 667).

⁴⁶⁸Sobre a OMC (Organização Mundial do Comércio) vide Valério de Oliveira Mazzuoli (2013), Maria de Lourdes Albertini Quaglia (2012), Eros Roberto Grau (2005), Alain Pellet, Dinh Nguyen Quoc e Patrick Daillier (2003) e José Carlos de Magalhães (2006).

⁴⁶⁹OMPI é a Organização Mundial da Propriedade Intelectual e se destina a regular e tutelar a propriedade intelectual em nível global, sendo responsável também pelo registro de marcas, desenhos, patentes ou modelos (MAZZUOLI, 2013, p. 665).

⁴⁷⁰A ONUDI (Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial) busca estimular a industrialização sustentável em países em desenvolvimento por meio da colaboração intergovernamental, diálogo com as associações empresariais e aproximação do setor industrial (MAZZUOLI, 2013, p. 665).

⁴⁷¹A UNCTAD (sigla para Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento) “foi criada como órgão intergovernamental permanente, sendo responsável pelo tratamento integrado do desenvolvimento, por meio do comércio, finanças, investimento, tecnologia, desenvolvimento empresarial e desenvolvimento sustentável. Seus principais objetivos são: apoiar os países em desenvolvimento a melhor aproveitarem as oportunidades advindas do comércio e do investimento internacional, a fim de atingirem suas metas de desenvolvimento, auxiliando sua integração equitativa na economia mundial” (MAZZUOLI, 2013, p. 671).

públicos, estes podem ser prestados diretamente pelo poder político ou podem ser concedidos aos particulares (como, por exemplo, a agentes da sociedade civil internacional com *know how* na área). A intervenção “no” domínio econômico se dá tanto por absorção, quando o poder político atua de forma exclusiva (monopolística) em determinada atividade econômica, quanto por participação, quando divide espaço e compete em situação de igualdade com os atores privados (GRAU, 2005, p. 148). Na intervenção “sobre” o domínio econômico o poder político conta com instrumentos de direção, que são normas que conduzem determinadas áreas da economia por meio da imposição de condutas compulsórias, e com instrumentos de indução, que são mecanismos de incentivo ou desincentivo a certas práticas ou áreas econômicas pela atribuição de prêmios (vantagens) ou sanções (punições)⁴⁷²

É importante salientar que, embora se tenha apresentado vários organismos internacionais (alguns já bem atuantes na área proposta) todos eles, somados a outros atores, devem ser enquadrados e coordenados segundo a estrutura da esfera pública internacional proposta no capítulo anterior, o que significa dizer que devem ser reestruturados e realizadas modificações, tanto em sua organização quanto em sua atuação. A apresentação desses organismos busca, muito mais, exemplificar as formas de atuação do poder político internacional permitindo um vislumbre para além das amarras e configurações nacionais e também para indicar que muitas das funções propostas à esfera pública internacional já estão sendo realizadas e contam até mesmo com estruturas específicas, o que corrobora a ideia de que uma ordem econômica internacional e um poder político internacional estão longe de ser utópicos, pelo contrário, há uma forte base para ela, mesmo que ainda em estágio inicial ou primitivo.

Para além da forma e da estrutura do regime econômico cabe indicar que o poder político, em sua atuação econômica, age para concretizar cinco atividades ou responsabilidades:

⁴⁷²“No caso das normas de intervenção por direção estamos diante de comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito – inclusive pelas próprias empresas estatais que a exploram. Norma típica de intervenção por direção é a que instrumenta controle de preços, para tabelá-los ou congelá-los”. “No caso das normas de intervenção por indução defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas. Não, contudo, no sentido de suprir a vontade dos seus destinatários, porém, na dicção de Modesto Carvalhosa, no de ‘levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual’. Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como comando, é substituída pelo expediente do convite – ou, como averba Washington Peluso Albino de Souza – de ‘incitações, dos estímulos, dos incentivos, de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado’. Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. Penetramos, aí, o universo do direito premial” (GRAU, 2005, p. 149-150).

a) constituir, b) preservar, c) complementar, d) substituir e e) compensar. O poder político deve constituir a ordem econômica segundo os valores e fins propostos na política econômica traçada, construindo a economia e a sociedade que se deseja. Além disso, cabe à política a preservação das estruturas e das conquistas já implementadas, conferindo estabilidade, perenidade e segurança ao mundo econômico. O poder político também complementa a economia em suas falhas e lacunas já que, como se viu no primeiro capítulo (item 1.2), o mercado e a economia possuem uma série de falhas e dificuldades que requerem a intervenção pública. Juntamente com a complementação, para aqueles casos mais graves, o poder econômico deve substituir a economia e o mercado. E, finalmente, em vista das contingências e externalidade da economia, o poder político deve compensar as desvantagens e assimetrias provocadas ou acentuadas⁴⁷³. Estas responsabilidades atribuídas ao poder político pelo regime econômico podem ser descritas, ainda, de outra forma sob o prisma econômico, que impõe ao poder político quatro funções: a) alocativa, responsável por providenciar às pessoas aqueles bens (serviços públicos) que não são ofertados pelos mercados, b) distributiva, que consiste em evitar a concentração disfuncional de renda por meio de políticas de distribuição de renda, c) estabilizadora, focada na intervenção política direcionada à conter os problemas econômicos e d) crescimento, cujo objetivo é proporcionar desenvolvimento econômico e social (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 235-237).

A descrição acima do regime econômico que se propõe para a colocação do homem na centralidade do sistema e preservação dos direitos, a ser levada a cabo pela esfera pública

⁴⁷³“Daí a identificação de quatro categorias de atividade estatal. A fim de *constituir e preservar* o modo de produção, certas premissas de existência contínua não de ser realizadas (o Estado garante o sistema de direito civil, com as instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar; protege o sistema de mercado contra efeitos secundários autodestrutíveis – jornada especial de trabalho, legislação antitruste, estabilização do sistema monetário etc.; assegura as premissas da produção dentro da economia global – tais como educação, transporte e comunicação; promove a capacidade da economia nacional para competir internacionalmente – política comercial e aduaneira, v.g. – e se reproduz mediante a conservação da integridade nacional, no exterior com meios militares e, no interior, mediante a eliminação paramilitar dos inimigos do sistema). Para *complementar* o mercado, o sistema jurídico é adequado a novas formas de organização empresarial, de concorrência e de financiamento (por exemplo, através da criação de novas instituições no direito bancário e empresarial e da manipulação do sistema fiscal), sem, porém, conturbar a dinâmica do processo de acumulação. Tendo em vista a *substituição* do mercado, em reação frente a debilidade das forças motrizes econômicas, reativa a fluência do processo de acumulação, que já não resta, então, abandonado a sua própria dinâmica, criando novas situações econômicas (seja proporcionando ou melhorando possibilidades de inversão – demanda estatal de bens de uso improdutivo –, seja através da criação de novas formas de produzir mais-valia – organização estatal do progresso técnico-científico, qualificação profissional dos trabalhadores etc.); aí a afetação do princípio de organização da sociedade, como o demonstra o surgimento de um setor público estranho ao sistema. Finalmente, *compensa* disfunções do processo de acumulação, que se manifesta, no seio de certas parcelas do capital, da classe operária ou de outros grupos organizados, produtoras de reações que se procuram impor pelas vias políticas (aí o Estado, por um lado, assume efeitos externos da economia privada – v.g., danos ecológicos; assegura, através de políticas estruturais, a capacidade de sobrevivência de setores ameaçados – v.g., mineração e economia agrícola; de outro lado, implementa regulações e intervenções reclamadas pelos sindicatos e pelos partidos reformadores – os ‘gastos sociais’ e o ‘consumo social’)” (GRAU, 2005, p. 20-21).

internacional, em nada esconde sua similaridade com o regime econômico já existente em muitos países e descritas em suas constituições, dentre os quais figura o próprio Brasil, que no título VII da Constituição apresenta os traços gerais da ordem econômica e financeira. A escolha por esse regime econômico não é aleatória, mas proposital, pois este regime (como se verá mais a frente) é o único que pode levar a cabo o valor do homem como o centro do direito e da economia, é o único regime que consegue enxergar e reproduzir um ser humano em sua integralidade, em suas multifacetadas dimensões e necessidades. Além disso, esse regime econômico é projetado para alcançar três objetivos fundamentais à uma ordem econômica que valoriza o homem: a) eficiência, b) equidade e c) equilíbrio (SADDI, 2015, p. 72-73). A eficiência é alcançada pela atuação do poder político, pois ele consegue corrigir as falhas do mercado, garantir o funcionamento ordenado da economia por meio da previsibilidade e cumprimento dos acordos e porque regula as externalidades produzidas pelos mercados⁴⁷⁴. A equidade, por sua vez é promovida por esse regime econômico, pois ele extrai o melhor das potencialidades do mercado para promover o crescimento e o desenvolvimento social, sempre buscando uma cooperação entre o poder político e o mercado⁴⁷⁵. Finalmente, o equilíbrio só pode ser conquistado com a intervenção do poder político que permite aos mercados um funcionamento equilibrado, controlado e que, por meio de decisões e movimentos anticíclicos, consegue evitar ou enfrentar as crises econômicas⁴⁷⁶.

Por fim, cabe dizer que o regime econômico descrito acima é o melhor para valorizar o homem e proteger os direitos porque ele é o resultado de uma longa evolução histórica que, ao longo do tempo, foi agregando ao regime novas facetas do ser humano. Luiz Carlos Bresser-

⁴⁷⁴ “Como o direito pode encorajar a eficiência nas transações? O direito realiza essa tarefa por diversos meios, dentre os quais podemos destacar: i) corrigindo ou prevenindo as falhas de mercado (*market failure*), assim, por exemplo, quando o direito estabelece regras jurídicas que evitam o surgimento de monopólios ou cartéis lesivos à eficiência geral do sistema; ii) garantindo a previsibilidade e o cumprimento de promessas negociais ou iii) regulando as externalidades, ou seja, os custos que não são diretamente refletidos nos preços dos bens e que são transferidos para terceiros de modo involuntário. Um exemplo de externalidade pode ser encontrado nos custos ambientais de produtos poluentes”(BUCHAIN, 2015, p. 336).

⁴⁷⁵“Em síntese, a intervenção do Estado na ordem econômica e financeira tem por objetivo fundamental vincular suas ações governamentais às potencialidades do mercado, para daí extrair meios necessários a fim de se obter o crescimento econômico e social de forma sustentável. Consagra-se, assim, um esquema de cooperação, cujos resultados podem reverter em proveito de todos, além da salvaguarda dos direitos sociais, dentre os quais os direitos dos trabalhadores” (GOMES, 2014, p. 178).

⁴⁷⁶“Adotamos, portanto, o conceito operacional de regulação elaborado por Vital Moreira. Segundo o autor português, por regulação entenderíamos ‘o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos’” (MARQUES NETO, 2002, p. 183).

“O direito é um dos meios decisivos para que o Estado possa organizar os processos de mercado (regulação) e para que possa intervir neles (manipulação). E acrescenta Reich: ‘como toda segurança, a luta contra a crise econômica ocupa uma posição central na regulação que o Estado busca para as condições globais dos processos de mercado (pleno emprego, estabilidade de preços, crescimento econômico, equilíbrio das trocas com o exterior)’” (DERANI, 2008, p. 179).

Pereira narra esta evolução indicando que no século XVIII o poder político dirigia a economia de uma perspectiva meramente liberal, reconhecendo e tutelando apenas os direitos civis (ou individuais). No início do século XX, com a revolução democrática, ampliou-se o olhar e o poder político tornou-se democrático reconhecendo também os direitos políticos. Já no final do século XX ocorre a revolução social, que agrega ao poder político democrático uma feição social, abrindo espaço para o reconhecimento dos direitos sociais à população⁴⁷⁷. Esta evolução histórica, que reproduz as necessidades e esferas humanas, é descrita, também, por Thomas Marshall que define a cidadania como a garantia de direitos em três níveis: civis, políticos e sociais⁴⁷⁸ (vide tabela 3.1). É justamente nesta última etapa da evolução, quando aos direitos civis (ou individuais) e políticos são somados os direitos sociais que emerge o regime econômico descrito acima. Este regime, portanto, espelha um homem completo, ao qual se reconhecem os três níveis de direitos.

Tabela 3.1
Evolução do regime jurídico

	Século XVIII	Século XIX	Século XX
<i>Poder político</i>	Direito	Democrático	Social-democrático
<i>Revolução</i>	Liberal	Democrática	Social
<i>Direitos</i>	Civis (individuais)	Políticos	Sociais
<i>Homem</i>	Individual	Político	Completo

Fonte: adaptação das informações apresentadas por Luiz Carlos Bresser-Pereira (2009) e Cesar Augusto Ramos (2006).

O sistema econômico – para finalizar a análise dos três elementos do conceito de ordem jurídica – pode ser entendido como a forma segundo a qual uma sociedade resolve os três problemas fundamentais da economia, que são: o que e quanto produzir, como produzir e para quem produzir⁴⁷⁹. Sistema econômico, portanto, é a maneira como uma sociedade se

⁴⁷⁷“O Estado posteriormente sofreu uma longa transição histórico-política, dos regimes autoritários para a democracia. Nesse processo, em primeiro lugar, os direitos dos cidadãos foram assegurados em quatro fases principais. No século XVIII, a revolução liberal definiu os direitos civis; no início do século XX, uma revolução democrática afirmou os direitos políticos; na primeira parte do século XX, uma revolução social incluiu os direitos sociais entre os direitos de cidadania” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 31).

⁴⁷⁸“A obra de T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, escrita em 1949, orientou os estudos da cidadania na direção de compreendê-la como uma qualidade do indivíduo a ter direitos, assegurados por lei, enquanto membro da sociedade. Marshall compreende a cidadania em três categorias: direitos civis, direitos políticos e direitos sociais, conforme a evolução histórica da criação dos direitos (civis) no século XVIII, se estende para o século XIX como os direitos políticos e alcança, no século XX, os direitos sociais” (RAMOS, 2006, p. 82).

⁴⁷⁹“Da escassez dos recursos ou fatores de produção, associada às necessidades ilimitadas do homem, originam-se os chamados problemas econômicos fundamentais: o quê e quanto produzir? Como produzir? Para quem produzir? “O modo como as sociedades resolvem os problemas econômicos fundamentais depende da forma da organização econômica do país, ou seja, do sistema econômico de cada nação” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 3)

organiza política, social e economicamente⁴⁸⁰, pois a partir da escolha desse sistema é que se define todo o funcionamento da economia, iniciando na forma de produção até a maneira e o critério como o resultado será distribuído na sociedade. Os sistemas econômicos podem ser classificados em basicamente duas categorias: capitalistas e socialistas. Os sistemas capitalistas (também chamados de economia de mercado) são aqueles em que há propriedade privada dos fatores de produção e em que as decisões econômicas são tomadas pelas forças de mercado. Os sistemas socialistas (conhecidos também por economia planificada ou centralizada), por outro lado, são aqueles em que os meios de produção são públicos e as decisões econômicas partem de um órgão central de planejamento (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 4). Apesar de na década de 1930, após a crise econômica de 1929, terem surgido sistemas econômicos mistos que mesclavam características do sistema capitalista com o socialista⁴⁸¹, parece relativamente consensual que o sistema predominante e que saiu vitorioso da guerra fria após o fim da URSS é o sistema capitalista. São poucas as vozes que discordam que o sistema capitalista é o melhor disponível até o momento, contudo, o sistema econômico não se resume à escolha dicotômica entre capitalismo e socialismo, mas também que tipo de capitalismo. Quando a questão trata do tipo de capitalismo toda a aparente “unanimidade” é substituída por uma profunda pluralidade e discordância.

Discutir, portanto, o sistema econômico da ordem econômica global é muito mais indicar o tipo de capitalismo do que a mera disputa (já ultrapassada e bastante intempestiva) entre capitalismo versus socialismo. Há vários tipos de capitalismo, e Luiz Carlos Bresser-Pereira propõe dois critérios para indicá-los: a) grau de intervenção política no mercado e b) grau de proteção dos direitos sociais⁴⁸². Destes critérios é possível extrair quatro tipos básicos de capitalismo. O primeiro é o modelo anglo-saxônico em que há pouca intervenção do poder político e pouca ou nenhuma proteção social. O segundo é o modelo social europeu que conta

⁴⁸⁰“Um sistema econômico pode ser definido como a forma política, social e econômica pela qual está organizada uma sociedade. É um particular sistema de organização da produção, distribuição e consumo de todos os bens e serviços que as pessoas utilizam buscando uma melhoria no padrão de vida e bem-estar” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 3).

⁴⁸¹“Principalmente a partir de 1930, passaram a predominar os sistemas de economia mista, no qual ainda prevalecem as forças de mercado, mas com a atuação do Estado, tanto na alocação e distribuição de recursos como na própria produção de bens e serviços, nas áreas de infraestrutura, energia, saneamento e telecomunicação” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 4).

⁴⁸²“Desde meados do século XX, é possível distinguir quatro formas relevantes de capitalismo moderno. Todas são sociedades e economias capitalistas, pois todas apresentam propriedade privada dos meios de produção, trabalho assalariado e coordenação de mercado. Todas tendem a ser democráticas, embora as menos desenvolvidas possam não o ser. Todas têm uma organização moderna do Estado e um sistema institucional ou legal que define o mercado e o sistema de governo. Mas diferem entre si de acordo com dois critérios correlatos: o grau de intervenção do Estado no mercado e o grau de proteção do Estado aos direitos sociais” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 93).

com ampla tutela social, mas possui intervenção política moderada. O terceiro modelo é o desenvolvimentista asiático, cuja intervenção da política sobre a economia é ampla, mas possui limitada proteção social. Por fim, o quarto modelo é o latino-americano que, em vista de ser desenvolvimentista, intervém intensamente sobre a economia, e também conta com ampla proteção social (este modelo, entretanto, sofreu um forte colapso nos anos 1980-90)⁴⁸³ (vide tabela 3.2).

Tabela 3.2
Modelos de sistema econômico capitalista

		Intervenção política	
		Limitada	Ampla
Direitos sociais	Limitada	Anglo-saxônico	Desenvolvimentista asiático
	Ampla	Social europeu	Desenvolvimentista latino-americano

Fonte: adaptação das informações apresentadas por Luiz Carlos Bresser-Pereira (2009).

O modelo de sistema econômico que melhor se encaixa na ordem econômica que se propõe para a esfera pública internacional é um modelo que intervenha na economia para suprir suas falhas e dificuldades e que proteja todos os tipos de direitos, incluindo os direitos sociais. Isso não quer dizer que se defende necessariamente o modelo desenvolvimentista latino-americano, mas um capitalismo que seja, por um lado, limitado pela intervenção política para suprir suas falhas e compensar eventuais danos, e, por outro lado, funcionalizado para proporcionar bem-estar e dignidade às pessoas por meio dos direitos sociais.

⁴⁸³“O modelo anglo-saxônico de capitalismo de mercado é aquele em que o Estado tem o menor papel em complementar o mercado na coordenação da economia. Embora inclua apenas países com altas rendas per capita, a proteção social é limitada. Individualismo, inovação tecnológica e competição prevalecem. O modelo social europeu caracteriza-se por um Estado mais ativo, complementando e regulando os mercados, e por uma ampla garantia dos direitos sociais, e pode ser subdividido em um modelo renano, ou corporativista, e um modelo escandinavo. O modelo desenvolvimentista asiático é definido por um Estado ainda mais ativo, ‘desenvolvimentista’ na complementação da coordenação de mercado da economia, mas que oferece proteção social limitada, que deve ser prestada pelas famílias e pelas empresas comerciais. Finalmente, o modelo latino-americano é misto, porque começou como desenvolvimentista, mas, ao contrário do que aconteceu nos países asiáticos desmantelou substancialmente seu Estado desenvolvimentista durante a onda neoliberal dos anos 1980 e 90; está comprometido com os direitos sociais, mas não dispõe dos meios necessários para fornecer proteção social efetiva. Como observa Whitehead, enquanto a América Latina adota sem muita resistência as reformas destinadas a desmantelar seu Estado desenvolvimentista, os ‘formuladores de políticas do Leste asiático relutaram em desmantelar modelos econômicos que, além de permitirem crescimento sustentado, forneciam defesas contra a excessiva intrusão estrangeira nas questões econômicas internas” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 94).

Esta breve apresentação da ordem econômica internacional (e seus três elementos: política, regime e sistema econômicos) que surge da esfera pública internacional e por ela é executada, busca construir um direito e uma sociedade que sejam voltados para o ser humano em sua integralidade e que, por isso, preserve seus direitos ao invés de destruí-los.

Essa regulação proposta pela ordem econômica internacional possui duas faces ou duas formas de intervenção que são concomitantes e complementares e que incidem sobre dois campos de uma mesma questão complexa: o controle da economia e sua instrumentalização em função do ser humano. A primeira face corresponde a uma intervenção de natureza negativa, pois se destina a corrigir os problemas e falhas de uma economia que é naturalmente flutuante e cíclica, segundo a teoria keynesiana. Esta primeira forma de intervenção objetiva desvincular o destino dos direitos do destino da economia, isto é, impedir que o reconhecimento e existência dos direitos estejam atrelados aos humores e sabores dos mercados e da economia. Isso se faz por meio da construção de uma barreira de contenção jurídica sobre a economia que consiste em sua regulação e na quebra da hegemonia da lógica econômica sobre a lógica valorativa dos direitos (vide item 3.1.1). A segunda face dessa regulação internacional diz respeito à intervenção de natureza positiva, cuja função é promover o desenvolvimento econômico, que é a base material para a fruição dos direitos. Inspirada por uma teoria do desenvolvimento esta intervenção, ao invés de ser uma barreira, é uma ponte entre a economia (domesticada e controlada pela intervenção negativa) e o direito que se unem em seus pontos comuns para servir ao bem-estar humano, ou seja, é um direito agregador que usa a força da economia em benefício do homem e de sua qualidade de vida (vide item 3.1.2)⁴⁸⁴.

Em síntese, a intervenção econômica internacional – para construir uma sociedade, uma economia e um direito “para”, “pelo” e “do” homem – se concretiza em um direito de duas

⁴⁸⁴“Esta, portanto, a primeira ordem de motivações para a presença do Estado, à qual, porém, logo mais se acoplaria uma segunda ordem, decorrente da colocação, agora sim consciente, de objetivos de política econômica, isto é, de posições e resultados a serem definidos e produzidos pelo sistema econômico no seu desempenho”.

“A primeira dessas duas motivações pode ser vista como de caráter negativo, por ter como finalidade reparar um mau funcionamento operacional. A segunda já se apresenta com uma motivação positiva, almejando implantar novos resultados, melhores ou mais desejáveis, do que seria de se esperar do desempenho normal do sistema, ainda quando corrigidas as suas inoperacionalidades maiores. Assim, a presença do poder público na economia deixa de ter apenas por justificação as falhas do mercado. Uma segunda e extremamente poderosa motivação acoplou-se à primeira. Decorre das preferências políticas quanto ao desempenho *tout court* do sistema, levando o Estado não apenas a complementá-lo mas a direcioná-lo deliberadamente em função de fins específicos” (NUSDEO, 2008, p. 168-169).

“O novo paradigma se completa com duas ideias, desenvolvidas na primeira metade do século XX. É possível e sensato não só regulamentar os mercados, além de criar mecanismos sociais de proteção, mas também regular o ritmo de atividade e o nível de emprego e, além disso, promover o desenvolvimento por meio da intervenção do Estado. A primeira dessas novidades, a teoria keynesiana, forneceu instrumentos importantes para a construção da segunda, a teoria do desenvolvimento” (KUNTZ, 2002, p. 33).

faces, um direito anticíclico (direito “barreira” realizador de intervenção negativa) e um direito do desenvolvimento (direito “ponte” ou “agregador” realizador de intervenção positiva).

3.1.1. Direito Anticíclico

O direito anticíclico é o reconhecimento da instabilidade imanente ao sistema econômico capitalista e da necessidade de estar preparado para tutelar os direitos dentro desse contexto. Isso faz com que aquilo que o direito anticíclico guarda fica indisponível para ser utilizado para evitar crises ou responder a elas, em outros termos, os direitos que o direito anticíclico se propõe em manter não mais podem ser consumidos ou destruídos para evitar que as crises econômicas aconteçam, nem para aplacar seus efeitos, assim, os direitos não podem ser sacrificados em nome da recuperação econômica. Em síntese, sob essa face, o direito anticíclico se propõe a dar uma estabilidade (aos direitos) que a economia e os mercados não podem garantir.

Tendo em vista a instabilidade do sistema capitalista (já indicada no primeiro capítulo) é necessário que a regulação jurídica confira maior estabilidade à economia. Essa regulação de caráter público deve focar nos problemas e instabilidades da economia. Contudo, para que a regulação econômica seja eficiente e alinhada à realidade social, política, cultural e econômica é preciso que o direito busque formas de se tornar mais eficiente e adaptado à nova forma de produção e pensamento que se estabeleceu a partir das mudanças provocadas pela globalização. O direito anticíclico pressupõe uma regulação adaptada e um poder político de caráter público igualmente adaptado e preparado para realizar essa tarefa de contenção de crises e instabilidades econômicas.

José Eduardo Faria indica que para que esse direito anticíclico seja de fato construído e para que o poder político tenha essência pública são necessárias novas formas de regulação, novos instrumentos de fomento e crédito, novas formas de articulação entre o público e o privado, atuação direta do poder público na economia e um novo desenho normativo⁴⁸⁵. São

⁴⁸⁵“Em síntese, um Estado cuja atuação requer: (a) formas novas, diversificadas e flexíveis de intervenção governamental e regulação econômica; (b) novos instrumentos de fomento e crédito e novas estratégias financeiras; (c) novos modos de articulação entre investimentos públicos e privados, com vistas ao desenvolvimento e a exploração das vantagens produtivas e competitivas nacionais; (d) atuação direta do poder público na produção de bens semimanufaturados e manufaturados e na prestação de serviços, paralelamente às tradicionais atividades administrativas de regulação e controle; e (e) novos desenhos normativos que se expressem no imperativo, sob a forma de comandos obrigatórios provenientes de uma autoridade central” (FARIA, 2017, p. 73-74).

várias as mudanças que podem ser propostas para adaptar o direito à nova realidade e torná-lo mais eficiente e alinhado com a função de lidar com as crises do capitalismo, contudo, a seguir, serão apresentadas as cinco mudanças principais ou mais urgentes e, ao mesmo tempo, as mais factíveis e de fácil implementação: a) uso de normas positivas e do *compliance* para maior efetividade, b) privatizações e agências reguladoras voltadas à universalização e qualidade do serviço público, c) maior procedimentalização do direito como instrumentos de consenso, d) emprego da tributação progressiva como meio de estímulo econômico e ferramenta de distribuição de renda e e) promoção da concorrência.

A primeira modificação que precisa ser realizada no direito é o aumento do uso (consciente e estratégico) das normas positivas, ou, na expressão de Norberto Bobbio (2007, p. 14-15), passar da “técnica do desencorajamento” para a “técnica do engajamento”. Esta mudança é necessária, pois o direito é uma técnica social que busca imprimir nas pessoas o comportamento desejado, logo, ele não é um fim em si mesmo, mas o meio pelo qual se alcança o comportamento social esperado⁴⁸⁶. Com as mudanças sociais crescentes a que se assiste diuturnamente, é necessário que o direito, se quer permanecer relevante e guiar a conduta social, acompanhe tais tendências. Nos capítulos anteriores se constatou que boa parte do direito público perdeu sua relevância e eficácia porque passou a ser substituído por outras formas de ordenação que são socialmente mais desejáveis pelos particulares. No plano internacional, por exemplo, a *lex mercatória* parece predominar, pois trata-se de um direito negociado, voltado mais às necessidades dos contratantes e cujos mecanismos estão em consonância com seus interesses. As partes são muito mais estimuladas a cumprir a norma do que ameaçadas caso não a cumpram. Há, aqui, uma mudança de paradigma, mudança de enfoque, pois o centro de atuação dessa forma de ordenação não está no comportamento a ser evitado, mas no comportamento a ser encorajado. É nesta mudança de paradigma que reside boa parte da força e da relevância desse direito privado que tem substituído (com muitos prejuízos) o direito público. É urgente, portanto, que o novo direito anticíclico utilize dessa técnica em proveito também dos interesses públicos.

Norberto Bobbio (2007, p. 15-18), de forma bastante didática, busca esquematizar estas duas formas de ver o direito e como elas funcionam. Ele inicia indicando que há dois tipos de ordenamento: um ordenamento protetivo-repressivo e outro promocional. O ordenamento

⁴⁸⁶“Se o direito, porém – considerado de modo puramente positivista –, não é senão um ordenamento coercitivo exterior, só será concebido como uma técnica social específica: a condição social desejada será por isso provocada ou se procurará provocá-la, de modo que o posto da condição humana contraditória signifique um ato coercitivo (o que é a privação coercitiva de um bem: a vida, a liberdade, um valor econômico) como consequência” (KELSEN, 2013, p. 94).

protetivo-repressivo é o ordenamento tradicional, fundado na técnica do desencorajamento e que utiliza normas de sanção negativa (ameaça) focadas na conduta não desejada, em termos mais diretos, esta forma de ordenamento procura punir aqueles que desobedecem ao seu comando. Como o foco central desse ordenamento está na conduta não desejada (ou antijurídica) a técnica de desencorajamento se destina a tornar tal conduta não desejada: impossível, difícil ou desvantajosa. O ordenamento promocional, por outro lado, é fundado na técnica do engajamento e utiliza normas de sanção positiva (promessa) focadas na conduta desejada, em termos mais diretos, esta forma de ordenamento procura premiar aqueles que obedecem ao seu comando. Como o foco central desse ordenamento está na conduta desejada (ou jurídica) a técnica de engajamento se destina a tornar tal conduta desejada: necessária, fácil ou vantajosa.

Assim, para regular as condutas e atingir seus objetivos o poder político pode se servir de ambos os ordenamentos (protetivo-repressivo e promocional). Obviamente que não se advoga o abandono completo do ordenamento protetivo-repressivo, pois é eficiente e necessário em diversas situações, contudo, é preciso chamar a atenção para aqueles casos e condutas em que a substituição desse ordenamento pelo ordenamento promocional é melhor, mais eficiente e mais barata. É preciso que o poder político não esteja reduzido a apenas uma forma de ordenação social, o que o torna desconectado da realidade e, portanto, menos relevante ficando sujeito a ser substituído por outras formas de ordenação. A ordenação pública costuma possuir objetivos e valores embutidos em suas normas, que vão muito além da conduta em si, por isso, é importante que o poder político utilize um ordenamento que de fato seja eficiente e que consiga atingir seus fins. É por isso que Norberto Bobbio defende que ao direito não cabe apenas proibir por meio de normas negativas (que são ameaças a aqueles que atuam de forma não desejada) e de um ordenamento protetivo-repressivo, mas também ordenar, conduzir e transformar, o que se faz por meio de normas positivas (que são promessas àqueles que se comportam da forma desejada) em um ordenamento promocional⁴⁸⁷. Com isso concorda Friedrich Hayek, pois entende que as recompensas são uma forma de moldar, influenciar e condicionar a conduta das pessoas, tanto individualmente quanto socialmente⁴⁸⁸. O mais

⁴⁸⁷“O ponto frágil dessa doutrina é que a função do direito não é apenas a de tornar possível a coexistência de liberdade externa (e para isso, bastariam, na verdade, as obrigações negativas), mas também a de tornar possível a realização dessa segunda função, são necessárias também obrigações positivas. Pode-se dizer, concluindo, que a teoria do direito como conjunto de proibições nascia de uma concepção muito restrita da função do direito e do Estado” (BOBBIO, 2016, p. 111).

⁴⁸⁸“Isto significa que todos os fatores cuja influência é às vezes incoerentemente negada por aqueles que se opõem ao conceito de “livre-arbítrio”, como o raciocínio ou a argumentação, a persuasão ou a repreensão, ou mesmo a expectativa de elogio ou crítica, constituem realmente alguns dos aspectos mais importantes que determinam a personalidade e, por meio desta, a ação específica do indivíduo. É justamente por não haver nenhum “ego”

importante é que, de uma perspectiva funcional, o ordenamento protetivo-repressivo costuma promover a conservação social, enquanto que o ordenamento promocional é instrumento de mudanças sociais relevantes⁴⁸⁹.

Finalmente, um dos mecanismos mais conhecidos na atualidade e que representam bem essa necessidade de buscar instrumentos jurídicos mais eficientes baseados mais no incentivo ao cumprimento do que na punição aos desvios de conduta é o *compliance*. Ele surge, inicialmente, no meio empresarial como forma de fomentar a ética na empresa, a responsabilidade social e a sustentabilidade (BARBIERI, 2009; GARCÍA-MARZÁ, 2004). O *compliance* – que quer dizer “cumprimento” ou “conformidade” no sentido de adequação da conduta à norma⁴⁹⁰ – é um conjunto de procedimentos voltados a incentivar o cumprimento de normas (que podem ser normas contratuais, legais ou mesmo de tratados internacionais)⁴⁹¹. Estes procedimentos são focados e direcionados a incentivar e facilitar o cumprimento das normas e a adequação das condutas, agindo sempre de forma preventiva, ao invés de se preocupar com o descumprimento agindo de forma punitiva⁴⁹².

Em síntese, por meio de um direito que sabe manejar ferramentas e mecanismos amplos, como as normas positivas e os ordenamentos promocionais, é possível dar maior efetividade ao direito público, uma efetividade tão grande e ampla quanto a ordenação privada. Com um direito mais efetivo se conseguirá construir um direito anticíclico que, de fato, detenha as ondas precarizantes de direitos sempre que a economia sofre com suas crises e flutuações.

separado, fora da cadeia de causa e efeito, que não há também nenhum “ego” que não poderíamos, até certo ponto, tentar influenciar mediante recompensa ou punição. Provavelmente, nunca se negou que a conduta humana possa ser, de fato, influenciada pela educação e pelo exemplo, pela persuasão racional, pela aprovação e desaprovação. Portanto, a única pergunta legítima é até que ponto poderemos influenciar certas pessoas, em determinadas circunstâncias, a adotar o comportamento que desejamos, se elas souberem que uma ação aumentará ou diminuirá a estima do próximo ou poderá provocar recompensa ou punição” (HAYEK, 2014, p. 92).

⁴⁸⁹“É notória a importância que têm, para uma análise funcional da sociedade, as categorias da conservação e da mudança. Considerando agora as medidas de desencorajamento de as de encorajamento de um ponto de vista funcional, o essencial a se destacar é que as primeiras são utilizadas predominantemente com o objetivo da conservação social e as segundas, com o objetivo da mudança” (BOBBIO, 2007, p. 19).

⁴⁹⁰“O termo *compliance* não possui correspondente exato em língua portuguesa. Contudo, a depender do contexto, pode ser traduzido como *cumprimento* ou *conformidade*. Em essência, trata-se da adequação de uma conduta a uma norma. Assim, sistemas de *compliance* seriam criados para assegurar ou incentivar que Estados cumpram com as normas contidas num regime jurídico” (ROESSING NETO, 2015, p. 41).

⁴⁹¹“Diversos tratados multilaterais ambientais estabeleceram mecanismos próprios para assegurar seu cumprimento. Tais mecanismos são comumente chamados de ‘procedimentos de *compliance*’ e são voltados para incentivar o cumprimento dos tratados fazendo o uso de meios que se apresentam como não-jurídicos” (ROESSING NETO, 2015, p. 37).

⁴⁹²“Ao mesmo tempo, por meio de ramos facilitadores, criam-se incentivos para que as Partes não venham a descumprir compromissos ambientais, de modo que ‘ao focar na assistência para que Estados-Parte logrem cumprir com seus compromissos, em vez de se punir o descumprimento, procedimentos de *compliance* são estabelecidos para serem de natureza preventiva, e não corretiva” (ROESSING NETO, 2015, p. 55).

A segunda mudança a ser realizada no direito é o direcionamento das privatizações e da regulação das agências reguladoras para a universalização dos serviços públicos. Durante o Estado de bem-estar social, o poder político assumiu a tarefa de prestar serviços públicos, o que levou ao aumento de estatais. Estes serviços, a despeito da polifonia de conceitos disponíveis na doutrina, podem ser entendidos, de forma genérica, como “atividades associadas à satisfação de necessidades sociais, revelando um caráter de essencialidade” (CARVALHO, 2002, p. 16), ou, ainda, como aquelas atividades constitucionalmente indicadas como indispensáveis ao desenvolvimento da coesão social e da independência social em determinado contexto histórico⁴⁹³. O regime de prestação dos serviços públicos é baseado em pelo menos três princípios centrais: universalidade, igualdade e continuidade (CARVALHO, 2002, p. 17). Contudo, a partir dos anos 1970 o regime de bem-estar social passa a mostrar indícios de exaustão, mas foi nos anos 1990 que as grandes mudanças (inclusive no Brasil), começaram a ocorrer, pois a participação e atuação do poder político são questionadas e a intervenção do poder político como empresário é drasticamente reduzido por meio das privatizações⁴⁹⁴.

O grande problema, entretanto, é que o processo de privatizações, por ter se guiado pelos objetivos do ajuste fiscal, desregulamentação e abertura econômica, acabou ignorando e contrariando por completo os princípios da prestação dos serviços públicos, muitos deles prestados pelas estatais que estavam sendo privatizadas. Essa colisão entre os princípios da prestação dos serviços públicos e os objetivos liberalizantes da privatização se explica facilmente em vista do difícil desafio de conciliar a prestação de serviço público universal com a lógica privada do lucro quando esses serviços são transferidos para a iniciativa privada⁴⁹⁵. Claramente o processo de privatização preferiu priorizar outros objetivos (como o valor das estatais que poderiam ser usados para o ajuste fiscal) ao invés da universalização desses

⁴⁹³“Serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima)” (GRAU, 2005, p. 136).

⁴⁹⁴“O que se pôde observar no Brasil, a partir do início da década de 1990, foi o deslocamento da relevância atribuída às modalidades de intervenção estatal. Enquanto, por um lado, se iniciou um esvaziamento das funções do Estado empresário por intermédio do processo de privatizações de empresas estatais, por outro constituiu-se um novo aparato regulatório formado pelas agências de regulação. Tais agências teriam como função garantir, lançando mão de um aparato decisório fundado no seu caráter técnico e legitimado pela sua independência em relação às injunções políticas, a satisfação do interesse público regulando setores até então afeitos à prestação direta do Estado” (CARVALHO, 2002, p. 14).

⁴⁹⁵“No artigo de Diogo Coutinho essa preocupação se revela de forma contundente ao ressaltar ser o desafio da regulação, num ambiente pós-privatizações, ‘conciliar a lógica privada do lucro com a prestação de serviços públicos’ e criar mecanismos rígidos de universalização dos serviços que garantam de fato uma regulação econômica de conteúdo fortemente redistributivo” (CARVALHO, 2002, p. 17).

serviços, foi essa, inclusive, a tendência dominante na América Latina dos anos 1990⁴⁹⁶. É importante ressaltar, contudo, que a parte mais relevante da crítica às privatizações não está no ato de privatizar, mas sim na forma como as privatizações foram feitas, pois ignoraram a necessidade de universalizar os serviços públicos que estavam sendo privatizados.

Diogo Coutinho (2002, p. 73-82) ainda apresenta mais quatro problemas provocados pelas privatizações ocorridas no período. Primeiro, as privatizações ocorreram antes que existisse uma regulação prévia dos setores que seriam privatizados, isso provocou inúmeros problemas como insegurança jurídica e privatizações que focavam outros valores que não a universalização dos serviços públicos. Ademais, a regulação superveniente à privatização faz com que as empresas se encaminhem pela lógica do lucro e tentem influenciar a regulação. Segundo, o processo de privatização, por focar apenas no valor das estatais, não se preocupou em fortalecer e promover a concorrência, pelo contrário, para poder vender com um valor elevado, o Estado acabou inviabilizando a concorrência no setor privatizado, já que há uma relação inversamente proporcional entre concorrência e valor das empresas, afinal, quanto mais fechado for o setor privatizado mais valorizado ele é (pois maiores são os lucros da atividade), enquanto que quanto mais aberto ele for maior a concorrência e, portanto, menos valorizado. Conectado a isso está a questão da universalização dos serviços públicos e a diminuição dos preços aos consumidores prometidos pelas privatizações que acabam gerando um paradoxo entre universalização, modicidade e ajuste fiscal, pois caso a privatização foque na renda da venda para privilegiar o ajuste fiscal, terá que estimular a compra por meio da valorização do setor, ou seja, restrição da concorrência, o que leva, necessariamente, ao aumento, e não à diminuição dos preços e, conseqüentemente, restrição ao contrário da universalização. Todavia, se a privatização priorizar a diminuição dos preços ao consumidor e a universalização terá que abrir mão de elevados rendimentos com a venda das estatais, frustrando, assim, o objetivo de angariar fundos para o ajuste fiscal⁴⁹⁷. Ainda nesse tema é importante ressaltar que, mesmo que as privatizações fossem eficientes na promoção da concorrência, ela, por si só, não garante a universalização dos serviços públicos essenciais⁴⁹⁸. Terceiro, os setores privatizados passaram

⁴⁹⁶“A forma como as privatizações foram implementadas na América Latina em geral preteriu a universalização em favor da maximização do valor das estatais em leilão. As conseqüências disso são de difícil antecipação, mas há claros indícios de que não haverá inclusão de população de baixa renda à rede de serviços públicos como resultado das reformas, a não ser que os escopos da regulação econômica passem a valorizar uma racionalidade distinta” (COUTINHO, 2002, p. 93).

⁴⁹⁷“Na realidade, um modelo de privatização realmente atento a questões concorrenciais não foi privilegiado pelo governo. Sempre se partiu de premissa de que quanto mais presente fosse o potencial de concorrência efetiva das regras de privatização, menor seria o valor provavelmente auferido pelo Estado nos leilões” (COUTINHO, 2002, p. 76).

⁴⁹⁸“Por outro lado, o estímulo à concorrência, ainda que bem-sucedido, não é suficiente para garantir a universalização. É mais fácil imaginar que um regime concorrencial leve à rivalidade de firmas na utilização da

a ser regulados por agências reguladoras, contudo, há uma diferença de *know how* e de conhecimento entre as agências reguladoras e as empresas reguladas, especialmente com aquelas transnacionais. As agências só conseguem realizar uma regulação eficiente se tiverem um conhecimento compatível com os atores a serem regulados. No caso brasileiro, especificamente, por serem muito novas e sem experiência, as agências acabam falhando nesse sentido. Conectado a isso está o fenômeno da captura de agências reguladoras, que ocorre quando o setor regulado, ou empresas poderosas desse setor, conseguem controlar as agências ao invés de serem controladas por elas⁴⁹⁹. Quarto, as agências reguladoras não têm ou possuem pouco controle social sobre sua regulação, há falta de transparência e de participação, o que faz com que os interesses dos consumidores (ou usuários desses que eram serviços públicos) sejam relegados ao segundo plano em vista de uma regulação voltada às empresas. Esta ausência de controle social, inclusive, contribui para que as agências sejam capturadas⁵⁰⁰.

Mais especificamente sobre as agências reguladoras, José Eduardo Faria (2002, p. 9-10) apresenta três problemas fundamentais dessa forma de regulação, especialmente no contexto brasileiro. O primeiro problema diz respeito à compatibilidade das agências reguladoras com o sistema jurídico existente no país. Esta forma de regulação surgiu nos Estados Unidos, cujo sistema jurídico é o *Commun Law*, que conta com maior flexibilidade. Já o sistema brasileiro é o *Civil Law*, ou romano-germânico, mais rígido e legalizado, o que pode gerar algumas incompatibilidades com a forma de regulação das agências. O segundo problema se refere à efetividade da regulação das agências. No primeiro capítulo ficou fartamente

infra-estrutura já construída do que a uma rivalidade na expansão da rede (exceto se a expansão se justificar em razão de interesse comercial concreto na área a ser alcançada). Da mesma forma, não se verifica que a rivalidade incipiente entre firmas brasileiras prestadoras de serviço público chegue a um grau de acirramento tal que a oferta de serviços mais baratos para as classes pobres desponte como um elemento diferenciador para o consumidor consciente”.

“Em outras palavras, a concorrência, altamente benéfica para o consumidor já incluído do mercado, não é capaz de, por si só, incluir cidadãos alijados do acesso às redes, nem tampouco atingiu um grau de sofisticação tal que a diferenciação de produtos se dê por meio de avaliação do nível de comprometimento social de empresa prestadora do serviço” (COUTINHO, 2002, p. 83).

⁴⁹⁹“Nas diversas teorizações sobre o tema, chegou-se a descrever um ciclo do relacionamento entre a agência e o setor regulado organizado em quatro fases. Num primeiro momento, a agência responde à demanda que levou a sua criação. Na segunda fase, a agência cumpre seu papel e as missões regulatórias são realizadas com sucesso e frequentemente desagrada, aos setores regulados. O terceiro período é conhecido como a da ‘porta giratória’, em que há troca de pessoal entre a agência e o setor regulado. Finalmente, o quarto e último período é o da captura, em que a agência passa a ser dominada pelo setor regulado, o que representa a decadência do seu sentido regulatório. A agência passaria a proteger a indústria, não o público, alimentando ainda a falsa impressão de que está funcionando para proteger o interesse público” (CARVALHO, 2002, p. 21).

⁵⁰⁰“Por outro lado, quando se trata de órgãos ou agências reguladoras, não pode ser esquecido o risco de sua captura pelos próprios interesses que lhes compete regular. Para tanto, mister desenvolver mecanismos que assegurem a efetiva participação da sociedade e, em particular, dos setores mais diretamente envolvidos na regulação, na elaboração e na aplicação de suas normas. Ausentes tais mecanismos, imperfeito será o sistema e certamente, cedo ou tarde, o mercado a cuja regulação se destine sofrerá distorções” (COSTA, 2015, p. 186).

demonstrado que o direito tem perdido sua força normativa em vista da crise do Estado-nação, pois a globalização torna os mercados que devem ser regulados muito mais fluídos e livres. Com isso questiona-se qual o grau de efetividade da normatização das agências reguladoras se nem mesmos os Estados conseguem impor suas normas à iniciativa privada. Finalmente, o terceiro problema é que, em vista da configuração atual das agências reguladoras, elas reproduzem, em grande medida, uma lógica normativa autoritária e pouco transparente, já que o controle social é muito precário e algumas agências se encontram sob forte influência dos setores que regulam.

É óbvio que este tipo de regulação – que prioriza o valor da privatização ao invés da universalização do serviço público, que é emanada por agências reguladoras com vários defeitos e limitações – pouco aproveita na construção de um direito anticíclico e que valoriza o homem e seus direitos. Portanto, é preciso superar tais problemas, não por meio da estatização do que foi privatizado ou pelo fim das agências reguladoras, mas por meio de um direito que se baseie em quatro premissas básicas: a) universalização dos serviços públicos, b) defesa do consumidor, c) promoção da concorrência e d) regulação do setor econômico⁵⁰¹. Por meio dessas mudanças o processo de privatizações se torna mais eficiente e consentâneo com os objetivos centrais do novo direito e a regulação das agências também.

A terceira mudança a ser realizada no direito para que assuma a condição de um direito anticíclico é apresentada por José Eduardo Faria (2004, p. 164-194), para quem o direito deve ser construído sob uma perspectiva procedimental, isto é, ele propõe a procedimentalização do direito. Segundo o autor, após a década de 1990, o processo de globalização se intensificou, isso fez com que o Estado perdesse sua centralidade e exclusividade como ente decisório e ordenador abrindo espaço à diversidade e polifonia normativa⁵⁰². A perda de protagonismo do Estado somada à diversidade de interesses, culturas e instituições, fez com que as organizações (que são grupos de interesses como as empresas, as igrejas, os movimentos sociais, os

⁵⁰¹“Novamente a partir dos textos referidos, abordaremos sucintamente alguns mecanismos que poderiam, dependendo da forma como forem concebidos, garantir a concretização dos interesses da sociedade na prestação das atividades reguladas. São eles: (I) a defesa da concorrência e do consumidor como fundamento para a realização do interesse público, e (II) formas efetivas de responsabilização (*accountability*) e controle social para garantir o conteúdo democrático imprescindível à atividade regulatória” (CARVALHO, 2002, p. 22).

⁵⁰²“Na era econômica do pós-guerra, por exemplo, o ordenamento jurídico do Estado intervencionista, com seus instrumentos regulatórios, consistia no ‘direito central’. Ele dispunha de condições efetivas para influenciar e condicionar o ‘direito da produção’ e o produzido no espaço do mercado, graças à dependência das empresas às barreiras tarifárias, ao protecionismo comercial e aos incentivos, subsídios e créditos oferecidos pelos programas de crescimento e desenvolvimento industrial, e à ampliação das leis de defesa do consumidor. O ‘direito sistêmico’, por sua vez, tinha nessa época, basicamente a forma do Direito Internacional Público, com sua *state centric view*. Já na era da economia globalizada, é o ‘direito da produção’ que parece exercer essa centralidade, fixando, pelos fatores já anteriormente apontados, os parâmetros e os limites estruturais das transformações do direito positivo (especialmente no âmbito do direito econômico, trabalhista e fiscal)” (FARIA, 2004, p. 164).

sindicatos, as organizações não governamentais, etc.) aglutinassem as pessoas ao redor de si e passassem a ter uma importância central na vida dos indivíduos, que constroem sua sociabilidade, sua espiritualidade, seu lazer, seus laços afetivos e sentimentais e suas relações de trabalho e produção sempre dentro e ao redor dessas instituições, o que fez com que essas organizações começassem a regular todas essas atividades. A regulação das organizações é muito mais eficiente e respeitada, pois são construídas dentro do contexto e da realidade das pessoas envolvidas com estas organizações e porque as pessoas criam laços de identidade e compartilhamento de interesses comuns com essas organizações. Frente essa característica da regulação das organizações, as pessoas priorizam a regulação das organizações às quais pertencem em detrimento daquela regulação proveniente do poder político. A partir dessa perspectiva a sociedade deixa de ser apenas o conjunto de indivíduos para se tornar um conjunto de organizações. Ademais, nessa sociedade formada por organizações, a que José Eduardo Faria dá o nome de “sociedades organizacionais”, é extremamente difícil a promoção da unidade ao redor de valores e interesses comuns, dado a complexidade e diversidades das organizações⁵⁰³.

As organizações, na sociedade organizacional, ganham destaque e força porque apresentam três características especiais: a) capacidade estratégica, pois conseguem avaliar a situação concreta de forma clara (pois baseada em seus interesses) e se posicionar de maneira rápida e eficiente, b) capacidade associativa, ou seja, estabelecem pontos de contato e interesse em comum com outras organizações aumentando sua zona de influência e força e c) capacidade criativa, representada pelo grande conhecimento técnico-científico que elas possuem na área de seu interesse e atuação. Estas três capacidades conferem às organizações um poder muito grande, que permite que elas fiquem à salvo das intervenções e regulações do poder político⁵⁰⁴.

⁵⁰³“Na era da transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo, como se vê, as vidas familiar, social, política e cultural são essencialmente constituídas sob a égide de ‘organizações complexas’. Constituídas, orientadas e estruturadas para atingir objetivos específicos, as ‘organizações complexas’ se caracterizam pelo alto grau de sua diferenciação interna, por seus centros dinâmicos de poder com funções de gestão, direção, planejamento e controle, pela sua capacidade de agir estrategicamente, pela extrema sofisticação de suas formas de atuação e pela permanente reivindicação de interesses sociais segmentados. É justamente porque elas tendem a desenvolver suas próprias racionalidades, a forjar suas próprias normatividades, a gerar sua própria ‘jurisprudência’, a criar seus próprios recursos, a gerar seus próprios mercados e a definir seus próprios valores, na busca pela concretização e maximização de seus interesses, que o contexto social da economia globalizada pode ser definido como uma ‘sociedade de organizações’, ou seja, mais como uma ‘constelação de governos privados’ do que propriamente como uma ‘associação de indivíduos articulada por um governo público’.

“Na ‘sociedade de organizações’, o consenso em torno de determinados valores, metas e procedimentos, se não desaparece, torna-se cada vez mais difícil de ser obtido, pois ela é complexa demais para ter sua unidade garantida por meio de crenças comuns e de uma base cívico-moral” (FARIA, 2004, p. 172-173).

⁵⁰⁴“Os altos níveis de racionalidade, de objetividade e de eficiência progressivamente conquistados por essas organizações, com base em estratégias de diferenciação funcional interna, técnicas multidisciplinares de gestão, sofisticados recursos de informática, ambiciosos programas de treinamento e de reciclagem profissional, vigorosos esquemas de segurança, controle e sanção, severas regras disciplinares, padrões institucionalizados de comportamento, políticas inéditas de remuneração, códigos próprios de informação e uma enorme capacidade de mobilização, pressão e veto, é que lhes dão as condições necessárias para se situarem acima ou fora do alcance

Em vista disso a coordenação e gestão macroeconômica se torna quase impossível para o poder político. Quanto mais as organizações crescem e se expandem mais limitada e difícil é a regulação do poder político sobre a economia. Com isso, para que possa governar, não basta que o poder político obtenha a maioria no parlamento, é necessário que saiba negociar e coordenar os interesses das organizações (FARIA, 2004, p. 176). Para além disso, o foco cada vez mais intenso sobre as organizações como forma de organização social faz com que, primeiro, as pessoas se tornem acrílicas e incapazes de entender, viver e pensar a sociedade como um todo, isto é, por inteiro, pois se fecham e se restringem ao âmbito e interesse das organizações em que estão inseridas, e, segundo, as organizações se relacionem de forma egocêntrica, o que faz com que se comportem de maneira predatória, antissocial e disfuncional, pois sempre buscarão a supremacia sobre as outras organizações que contrariem seus interesses⁵⁰⁵. Em síntese, quanto maior o pluralismo e a diversidade das organizações, com suas normatizações próprias, maior é o pluralismo jurídico coexistente, e, conseqüentemente menor é a força do poder político sobre os interesses específicos do setor produtivo. Assim, a estrutura socioeconômica se torna cada vez menos centrípeta para se tornar centrífuga, esvaziando o princípio hierárquico e reforçando o policêntrico⁵⁰⁶. Tudo isso faz com que as pessoas não consigam compartilhar e construir valores, conceitos e interesses em comum em espaços públicos⁵⁰⁷.

tanto das normas do direito positivo quanto da própria intersubjetividade do espaço público protagonizado por cidadãos formalmente livres” (FARIA, 2004, p. 174).

⁵⁰⁵“Na medida em que praticamente todas as organizações complexas costumam comportar-se da mesma maneira, os padrões ‘egocêntricos’ tendem a prevalecer, o que, por consequência, abre caminho para condutas potencialmente desagregadoras ou destrutivas; isto é, a comportamentos predatórios que apenas reforçam os naturais e inevitáveis impulsos de autodefesa de cada uma delas. Interagindo assim de modo perverso, essas condutas disfuncionais muitas vezes podem acabar tornando medíocre ou insatisfatório o desempenho global do sistema produtivo. Como afirma um respeitado analista desse processo, concentrando sua atenção basicamente nos contextos sócio-econômicos estigmatizados, padrões iníquos de distribuição de renda, acesso desigual a serviços essenciais, acentuadas distorções setoriais e profundas desigualdades regionais, ‘forma-se então um padrão de ação/reação contraditório – isto é, em desequilíbrio – que determina a aceitação de resultados cada vez menos satisfatórias, a partir de um esforço cada vez maior de autodefesa. Acelera-se o processo inflacionário para obter-se cada vez menos satisfação. Mas não se admite a possibilidade de abandono do padrão comportamental, para buscar uma situação de maior equilíbrio e ganhos mais reais, porque o sacrifício teria de ser feito no curto prazo e, ainda, no horizonte prevalecente de incertezas” (FARIA, 2004, p. 175).

⁵⁰⁶“E quanto mais complexo é o pluralismo jurídico expresso por esses sistemas e mais amplas e distintas são as áreas sócio-econômicas por eles regulados, menos condições acaba dispondo o Estado-nação para fazer prevalecer os interesses públicos sobre os interesses específicos dos agentes produtivos, para prescrever o sentido dos comportamentos individuais e para exigir respeito às regras de seu ordenamento – o que, em suma, leva a uma gradativa substituição do caráter centrípeta das estruturas sócio-econômicas por um caráter essencialmente centrífugo, esvazia a hierarquia como princípio de ordem e acelera a conversão da sociedade contemporânea num intrincado conjunto de sistemas plurifinalistas e policêntricos” (FARIA, 2004, p. 180).

⁵⁰⁷“O enquadramento plenamente racional dos indivíduos nas organizações pode, assim, levá-los a perder não só sua identidade própria, mas todo um mundo compartilhado de significações a partir do qual a ação e a palavra de cada um são reconhecidas como algo dotado de sentido e eficácia na construção de uma história comum. Essa perda do espaço público, essa privação do mundo vital, essa integração organizacional absoluta é que abre caminho para o que Hannah Arendt chamou, em outro contexto, de ‘banalidade do mal’” (FARIA, 2004, p. 182).

Face a realidade em que a sociedade organizacional se encontra, a incapacidade do poder político em subordinar as organizações, a ausência da possibilidade da criação de um interesse público genuinamente compartilhado por todos e a disfuncionalidade resultante dessa forma de organização social, é necessário encontrar um ponto em comum entre todas estas organizações que formam a sociedade, para que elas possam ser acopladas, isto é, unidas e harmonizadas. A forma de fazer isso é por meio das normas procedimentais ou processuais, que, ao invés de determinar previamente e de maneira inflexível o conteúdo da decisão, regula como as diferentes organizações e suas respectivas ordens chegam à harmonia e coordenação⁵⁰⁸. A norma procedimental faz com que as organizações tenham que levar em conta todas as formas de ordenação e interesses quando da tomada de decisão para que nenhuma aja de forma egocêntrica ou imperialista sobre as demais⁵⁰⁹. As normas procedimentais são a base para um direito reflexivo, que se caracteriza principalmente por enfatizar a combinação de interesses⁵¹⁰, isto é, a complexidade das organizações e suas ordens jurídicas somadas à incapacidade do poder público de impor hierárquica e unilateralmente uma ordem jurídica una e um interesse público unânime, faz com que o direito some (e quando necessário, substitua)

⁵⁰⁸“Já entreaberta pela identificação dos espaços da produção, da cidadania e da mundialidade, que caracterizam o pluralismo subjacente à ‘sociedade de organizações’ constituída pela economia globalizada, a próxima questão diz respeito às possibilidades de integração de seus sistemas normativos altamente diferenciados; mais precisamente, ao desafio da promoção de uma articulação, de um entrelaçamento, de uma ‘acoplagem’ ou de um ‘engate’ estrutural das suas distintas ordens jurídicas, com seu impacto social, cultural, político e institucional extremamente diversificado em termos setoriais, nacionais, regionais e continentais. Embora não seja possível oferecer uma resposta precisa a essa questão, uma vez que as instituições de direito surgidas na dinâmica da transnacionalização dos mercados de insumo, finanças, produção e consumo ainda estão em fase de configuração e desenvolvimento, as considerações até agora feitas permitem verificar que essa articulação, entrelaçamento, ‘acoplagem’ ou ‘engate’ em princípio poderia ser viabilizada por meio de um tipo de norma bastante peculiar: a norma procedimental ou processual, cujo papel básico não é promover uma regulação estrutural nos mercados transnacionalizados, mas balizar a interação e assegurar o equilíbrio entre as diferentes ‘organizações complexas’ que neles atuam, mediante a coordenação de seus processos decisórios, de suas formas de participação e de suas respectivas racionalidades normativas” (FARIA, 2004, p. 183).

⁵⁰⁹“Em termos práticos, portanto, o que essa norma procedimental ou processual ora em questão tem condições de fazer é apenas e tão-somente induzir as diferentes ‘organizações complexas’ a levar em conta, nos seus respectivos processos de tomada de decisões, as exigências antagônicas e conflitantes oriundas do ambiente, campo ou esfera em que atuam. Sua função básica, desta maneira, é neutralizar a natural propensão das ‘organizações complexas’ (principalmente aquelas situadas nos setores estratégicos da economia) de agir de maneira basicamente ‘egocêntrica’, ‘imperialista’ ou ‘colonizante’ sobre os demais, o que poderia comprometer o equilíbrio ecológico de todo o sistema social, globalmente considerado. Em síntese, essa não é uma norma que se deva utilizar, é, isto sim, uma norma que se pode utilizar conforme as circunstâncias, respeitando-se a autonomia de cada organização e de suas respectivas cadeias produtivas e procurando levá-las a evitar disputas predatórias e competições disfuncionais, partindo da premissa de que elas podem acarretar a perda de possibilidades de expansão e de riqueza” (FARIA, 2004, p. 185).

⁵¹⁰“Na elaboração teórica desse tipo de norma, que até certo ponto se insere na tradição dos projetos juspolíticos dos séculos XVII e XVIII de recomendar a conversão da sociabilidade e da solidariedade potencialmente existentes na sociedade internacional em fonte de definição e afirmação de anseios e valores comuns, enfatizando um cálculo positivo de combinação de interesses, estimulando as partes a se conscientizar dos ganhos possíveis com a substituição das posturas conflitivas por posturas cooperativas e realçando a funcionalidade de uma interdependência *infra*, *inter* e *supra*-estatal, o pensamento jurídico contemporâneo vem chamando de ‘responsivo’, reflexivo’ ou ‘relacional’ o direito por ele construído” (FARIA, 2004, p. 186).

comando e negociação, imposição e acordo, subordinação e coordenação (FARIA, 2004, p. 194).

O que se propõe, portanto, é que o direito, sem exercer uma autoridade ou força totalizante e uniformizadora – o que violaria a diversidade, a liberdade e, especialmente, acabaria “remando” contra uma tendência intransponível –, consiga estabelecer padrões e interesses minimamente próximos e concordantes dentro de um contexto altamente dissonante e diverso. Renunciando à força, o poder político opta pela própria essência da política, que é a negociação como capacidade de fazer renúncias mútuas e receber benefícios recíprocos e equivalentes. Essa negociação se dá (para resgatar o que foi demonstrado no capítulo 2) no ambiente de uma esfera pública internacional que intermedia e fomenta o acordo na construção de um interesse genuinamente público a ser defendido e alcançado. Essa maneira de lidar com as organizações e seus conflitos de interesse constrói uma parte relevante do direito anticíclico, pois uma porção relevante da responsabilidade pelas flutuações e crises do sistema econômico da atualidade está, justamente na incapacidade de diálogo e conformação entre as várias organizações existente na sociedade organizacional, pois tendo em vista a sua impotência, centralidade e força, quando as organizações não estão bem, a sociedade e a economia não vão bem, quando as organizações estão em desarmonia, inexistente harmonia na sociedade e na economia, e, se as organizações são disfuncionais, estas disfuncionalidades contaminam também a sociedade e a economia.

A quarta mudança a ser realizada para que o direito cumpra um papel anticíclico é o emprego da tributação progressiva como forma de estímulo econômico e ferramenta de distribuição de renda. O senso comum costuma identificar a cobrança de impostos com um sentimento autoritário, uma invasão violenta no patrimônio do particular. Todavia, uma análise histórica mais apurada demonstra uma relação bastante estreita entre o fenômeno da tributação e o aumento da democracia, pois quanto mais democracia maior é a voz do povo ao requerer providências do poder político, que passa a cobrar mais impostos para atender às reivindicações por mais direitos que vêm do povo⁵¹¹. Portanto, a tributação é um dos mecanismos para garantir direitos às pessoas, e, como se disse no capítulo 1, quanto mais direitos mais impostos e quanto mais impostos mais direitos, pois a efetivação dos direitos demanda recursos para que a

⁵¹¹“Em geral, pensa-se em impostos como uma imposição, e estes são de alguma forma associados a uma norma autoritária. Mas a história mostra que os impostos elevados são fruto da democracia. Nos regimes democráticos, as pessoas exigem mais do Estado em termos de serviços e, de um modo ou de outro, concordam em pagar mais impostos. É claro que o fazem de modo relutante. Essa disposição de pagar impostos obviamente tem limites, que estão relacionados àqueles serviços que a sociedade civil acredita que devam ser considerados direitos e financiados pelo Estado” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 183).

autoridade responsável por eles possa concretizá-los. Mais especificamente, os tributos, dentro da perspectiva de um direito anticíclico e comprometido com o homem, cumprem duas funções importantes: regular certas áreas ou atividades econômicas e realizar a distribuição de renda. A primeira atividade acontece quando, por meio da tributação e do orçamento público, o poder político corrige e equilibra distorções produzidas pelo mercado⁵¹². A segunda atividade se efetiva quando o poder político – ao contrário da atividade econômica que se baseia no intercâmbio de recursos – transfere recursos econômicos para aqueles que mais necessitam e que são desassistidos pelo mercado (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 285).

Contudo, para que a tributação atinja esses objetivos é preciso que ela tenha algumas características. A primeira delas é que se dê prioridade à tributação direta ao invés da tributação indireta. A tributação direta é aquela que incide sobre a renda ou o patrimônio do contribuinte, o que faz com que esse contribuinte seja aquele que, de fato, arca com o ônus do tributo, ou seja, não pode repassá-lo a terceiros. Já a tributação indireta é aquela que incide sobre a transação de mercadorias ou serviços, o que faz com que, muitas vezes, o contribuinte do tributo tenha a oportunidade de repassá-los para terceiros⁵¹³. A prioridade para a tributação direta se destina, justamente a fazer com que o recolhimento esteja baseado na capacidade contributiva avaliada muito mais no patrimônio e na renda do contribuinte do que no seu consumo, pois assim, há maior justiça tributária e impede-se o repasse de tributos a terceiros que podem ter uma capacidade contributiva menor do que o contribuinte originário. A segunda característica que a tributação deve ter para que cumpra os objetivos acima apresentados (regulação econômica e distribuição de renda) é que os impostos sejam progressivos. Os impostos (que junto com as taxas e as contribuições compõem as espécies de tributos) podem ser classificados como regressivos, neutros ou progressivos. Os impostos regressivos são aqueles em que a proporção entre capacidade contributiva (renda, patrimônio ou poder aquisitivo) e contribuição é inversamente proporcional, ou seja, quanto maior é a capacidade contributiva de um contribuinte menos imposto ele paga. O imposto regressivo é aquele, portanto, que faz com que aqueles que têm menos paguem mais impostos e aqueles que mais têm paguem menos impostos

⁵¹²“O poder público deveria não só administrar mecanismos de segurança social, como salário-desemprego e assistência médica, mas também atenuar, por meio da tributação progressiva e do gasto orçamentário, as desigualdades não corrigíveis pelo mercado – ou causadas e acentuadas por sua operação” (KUNTZ, 2002, p. 9).

⁵¹³“Imposto direto é o que incide sobre a renda e a riqueza (patrimônio). Nesse tipo de tributo, a pessoa que recolhe o imposto também arca com seu ônus. Por exemplo: Imposto de Renda”.

“Imposto indireto é o que incide sobre transações de mercadoria e serviços. Um fato importante é que nem sempre a variável sobre a qual o tributo é calculado identifica em que ponto se localiza o ônus desse imposto. Ou seja, nem sempre quem recolhe esse tributo é a pessoa (física ou jurídica) que arca com o ônus do imposto, porque pode transferi-lo para terceiros, incorporando-o no valor da mercadoria ou serviço” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 239).

proporcionalmente. O imposto neutro, também chamado de proporcional, é aquele em que o aumento ou diminuição da contribuição é proporcionalmente igual ao aumento ou diminuição da capacidade contributiva do contribuinte. Isso faz com que, proporcionalmente, todos (tanto ricos quanto pobres) paguem o mesmo imposto. Finalmente, o imposto progressivo ocorre quando o crescimento do valor da contribuição é proporcionalmente maior ao aumento da capacidade contributiva. Assim, aqueles com maior capacidade contributiva pagam mais e aqueles com menor capacidade contributiva pagam menos⁵¹⁴. É importante que os impostos sejam progressivos porque há um relativo consenso no sentido de que este tipo de imposto é o melhor instrumento de transferência de renda (tanto mais justo quanto mais eficiente) e, por isso, é a melhor estratégia para atacar a desigualdade social⁵¹⁵. Ademais, é por meio dessa tributação progressiva que se torna possível pulverizar ou dispersar a concentração de propriedade e riqueza, o que é um pressuposto para a fruição da liberdade e de outros direitos, bem como da dignidade (RAWLS, 2016, p. 346).

A quinta e última mudança que deve ser operada no direito é o fomento e tutela à concorrência. A concorrência ou “livre concorrência” é a possibilidade de todos os agentes econômicos poderem participar e acessar o mercado para exercer seu direito à livre iniciativa. É justamente por isso que a livre concorrência, juntamente com a livre iniciativa, formam a base de sustentação e o princípio segundo o qual o sistema de mercado capitalista opera e funciona regularmente, pois toda a determinação de quantidades, qualidades, oferta e preços é resultado (ao menos no plano teórico e ideal) da concorrência entre os fornecedores por clientes. Portanto, para que o capitalismo funcione como deve e possa gerar bons resultados, é preciso que sejam garantidas a livre concorrência e a livre iniciativa. Todavia, é importante ressaltar que a livre concorrência é pressuposto da livre iniciativa, pois – como a livre iniciativa consiste

⁵¹⁴“Impostos regressivos são aqueles em que o aumento na contribuição é proporcionalmente menor que o incremento ocorrido na renda, ou seja, quando a relação entre carga tributária e renda decresce com o aumento do nível de renda. Com isso, os segmentos sociais de menor poder aquisitivo são os mais onerados. É o que ocorre, por exemplo, com os impostos indiretos, tais como ICMS e IPI – não incidem sobre a renda, mas sobre o preço das mercadorias –, e utilizam a mesma alíquota para todos os contribuintes”.

“Impostos proporcionais ou neutros são aqueles em que o aumento na contribuição é proporcionalmente igual ao ocorrido na renda”.

“Os impostos progressivos ocorrem quando o aumento na contribuição é proporcionalmente maior que o aumento ocorrido na renda. A relação entre carga tributária e renda cresce com o aumento do nível de renda, ou seja, a estrutura tributária, baseada em impostos progressivos, onera proporcionalmente mais os segmentos sociais de maior poder aquisitivo. Por exemplo: Imposto de renda da pessoa física e da pessoa jurídica” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 240).

⁵¹⁵“Muitos economistas creem que a tributação progressiva e programas de assistência social – o ‘sistema de tributação e transferência’, como geralmente é chamado – pode atingir objetivos de redistribuição em estados modernos de maneira mais eficiente do que aquilo que pode ser feito modificando ou rearranjando direitos jurídicos privados”.

“Em primeiro lugar, o imposto de renda ataca precisamente a desigualdade, ao passo que a redistribuição por meio de direitos jurídicos privados se baseia em médias grosseiras” (COOTER; ULEN, 2010, p. 31).

na possibilidade de, mediante a liberdade econômica, produzir, empreender ou realizar uma atividade profissional – a livre concorrência é o que garante o acesso ao mercado, onde se exerce essa livre iniciativa⁵¹⁶. É por isso que, a despeito de receber o nome de “livre concorrência” seu princípio informador não é a liberdade, mas a igualdade ou isonomia de oportunidade e de acesso ao mercado⁵¹⁷.

A demanda por isonomia no mercado surge em vista da livre iniciativa ser baseada na ideia de liberdade, e, como qualquer outra forma de liberdade, ela é inviável ou impossível sem que haja um patamar mínimo de igualdade entre as pessoas que exercem esse direito, pois a livre iniciativa sem a livre concorrência costuma levar à concentração econômica, isto é, ao fechamento dos mercados impedindo que outros agentes possam entrar e exercer também e na mesma medida a livre iniciativa a todos garantida (GRAU, 2005, p. 35). É por isso que à livre iniciativa se contrapõe a livre concorrência, como uma forma de, por meio da isonomia entre os agentes, permitir que todos possam exercer sua livre iniciativa sem inviabilizar ou impedir o exercício dessa liberdade de iniciativa dos demais agentes⁵¹⁸. Ocorre que o sistema de mercado, por si mesmo, não consegue garantir a livre concorrência. Por causa disso, foi preciso demandar do agente político uma intervenção que garantisse a concorrência e a livre iniciativa⁵¹⁹. Como a livre concorrência demanda a promoção da isonomia, a atuação do poder

⁵¹⁶“A Constituição Federal de 1988, ao adotar o princípio da livre-iniciativa para a Ordem Econômica, também adotou a liberdade de empresa como fundamento destinado a estabelecer a ampla concorrência de mercado entre seus agentes econômicos. Entretanto, como é sabido, a liberdade econômica traz em si a concentração do poder econômico de determinadas empresas (ou grupo). O reconhecimento dessa concentração é considerado uma das falhas de mercado por que possibilita ao seu detentor adotar determinados comportamentos prejudiciais à concorrência, os quais seriam factíveis na ausência desse poder. Por isso mesmo, a concentração e o poder econômico passaram a ser objeto de estudos jurídicos e econômicos baseados na premissa de que a preservação da livre-concorrência é pressuposto ao desenvolvimento da economia e garantia da livre-iniciativa” (BUCHAIN, 2015, p. 321).

⁵¹⁷“Por outro lado, estou convencido que a livre-concorrência funda-se primordialmente na isonomia, e não na liberdade (a qual, embora não esteja afastada, não é o ponto central). Busca-se criar as condições para que se realize um sistema de concorrência perfeita, dentro dos objetivos propostos pela Constituição da República em seu art. 3.º, e respeitando os princípios da ordem econômica” (SCAFF, 2015, p. 302).

⁵¹⁸“Entende-se, pois, que a liberdade de iniciativa econômica é um preceito fundado na liberdade, pois permite o exercício de atividades pelos particulares; já o exercício da livre-concorrência é um preceito fundado na isonomia, pois exige do Estado ações que permitam seu exercício de modo a evitar a criação de monopólios e de posições dominantes de mercado” (SCAFF, 2015, p. 304).

⁵¹⁹“O reconhecimento do abuso do poder de mercado como elemento disfuncional para a garantia da concorrência exigiu a necessidade de regulação de determinados comportamentos com vistas a preservar a concorrência, já que o modelo teórico de competição perfeita, tal como inicialmente concebido pelo liberalismo econômico, não é encontrado no mundo fático. Segundo a escola liberal, no ambiente de competição perfeita, a diminuição da produção por uma firma seria imediatamente compensada pelo aumento da produção de seus competidores, na mesma medida, suprimindo o mercado. Ocorre que a pressuposição de que os agentes econômicos se mantivessem pulverizados no mercado e incapazes de individualmente nele influir foi abandonada, daí surgindo o espaço para a regulação da concorrência na busca de soluções para as chamadas falhas estruturais do sistema, dentre as quais a concentração de poder passou receber especial atenção como objeto de estudo do direito. Nesse passo, a intervenção do Estado na economia visa garantir a concorrência como princípio informador da livre-iniciativa, por sua vez fundamento da ordem constitucional” (BUCHAIN, 2015, p. 322).

político não pode se restringir à inação (como se tutelasse a liberdade), mas deve ser uma atuação ativa e propositiva para garantir um patamar mínimo de igualdade entre os agentes econômicos⁵²⁰.

A tutela da concorrência é fundamental, pois ela define a própria estrutura do mercado, que é composta de três fatores: a) número de empresas no mercado, b) tipo de produto e c) acesso de novas empresas ao mercado⁵²¹. O mercado de concorrência perfeita é aquele em que sua estrutura conta com um grande número de empresas que conseguem influir na produção, na oferta e nos preços, de tal maneira que as decisões e destinos do mercado, bem como seu acesso, não ficam restritos ou dependentes de apenas uma ou algumas poucas empresas (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 96). Todavia, mercados em que a concorrência não existe, ou existe de forma disfuncional ou incompleta, surgem “patologias” estruturais e a estrutura de mercado assume feições de monopólio ou oligopólio. O monopólio ocorre quando apenas uma empresa domina o mercado e determina a oferta e o preço⁵²². Os monopólios podem surgir em razão de pelo menos quatro motivos: a) monopólio natural, quando a natureza do serviço ou produto não comporta a existência de mais de um agente econômico atuando no setor, b) patente, quando uma empresa é a proprietária exclusiva de uma patente que lhe confere a exclusividade na produção de determinado bem ou na prestação de determinado serviço, c) controle de matéria-prima, quando a empresa é a única detentora da matéria-prima ou do insumo para a produção de bem ou serviço, seja em razão de sua raridade, especificidade técnica ou valor e d) monopólio estatal, quando a lei reserva certo setor da economia para a exploração e controle do Estado. Já o oligopólio consiste no domínio de um pequeno grupo de empresas que determinam a oferta e os preços, geralmente por meio de algum tipo de acordo ou conluio como o cartel (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 98-99).

A ausência de livre concorrência acarreta uma série de problemas, mas há três que são os mais evidentes: a) prejuízo ao consumidor, b) concentração do poder econômico e c)

⁵²⁰“Para que possa existir livre-concorrência, é imperioso que haja isonomia entre os contendores na arena do mercado. A livre-concorrência repudia os monopólios, pois eles são sua antítese, sua negação. Cabe ao Estado criar condições para que haja livre-concorrência, não apenas com sua inação (exercício de liberdade), mas com ações concretas, reprimindo o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (cuja base é a isonomia)” (SCAFF, 2015, p. 302).

⁵²¹“As várias formas ou estruturas de mercado dependem fundamentalmente de três características: a) número de empresas que compõem esse mercado; b) tipo do produto (se as firmas fabricam produtos idênticos ou diferenciados); c) se existem ou não barreiras ao acesso de novas empresas nesse mercado” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 95).

⁵²²“O mercado monopolista caracteriza-se por apresentar condições diametralmente opostas às da concorrência perfeita. Nele existe um único empresário (empresa) dominando inteiramente a oferta, de um lado, e todos os consumidores, de outro. Não há, portanto, concorrência, nem produto substituto ou concorrente. Nesse caso, ou os consumidores se submetem às condições impostas pelo vendedor, ou simplesmente deixarão de consumir o produto” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 97).

impedimento ao exercício da livre iniciativa⁵²³. O primeiro problema, o prejuízo ao consumidor, corresponde aos preços, pois onde inexistente a competição e a concorrência a política de preços costuma girar em torno do lucro selvagem e não das relações normais de mercado estabelecidas pela interação entre demanda e oferta. Ao praticar preços fora desse padrão, a empresa ou grupo de empresas que dominam o mercado lesam o consumidor, pois realizam um lucro ilegítimo e também porque excluem do consumo muitos consumidores. Além disso, setores ou mercados em que não existe concorrência ou onde ela é insatisfatória, possuem muito mais facilidade em repassar custos, especialmente o custo fiscal, o que quer dizer que estas empresas acabam repassando os impostos por elas devidos aos seus consumidores, encarecendo os produtos ou serviços e contribuindo ainda mais para um sistema fiscal regressivo⁵²⁴. O segundo problema, a concentração do poder econômico, faz com que tudo gire ao redor dessas empresas, o poder público, a economia, o consumidor e as outras empresas ficam reféns desse poder. Trata-se de um tipo de situação em que a economia e o equilíbrio mais ficam vulneráveis e mais distantes se encontram de um direito anticíclico, pois a economia e seu destino ficam completamente dependentes do humor e das escolhas de uma única empresa. Desta forma, caso o agente monopolizador tenha um desequilíbrio ou enfrente problemas (seja conjunturais seja em vista de uma conduta irresponsável), ele acaba arrastando todo um setor ou mesmo a economia inteira consigo. O terceiro problema, por fim, o impedimento à livre iniciativa, é claramente uma violação a um direito fundamental, isto é, mais um dos vários direitos que acabam colapsando em vista de um direito voltado para os interesses do poder econômico ao invés de se preocupar com o homem. No final, a livre iniciativa acaba enfrentando a mesma crise que os direitos trabalhistas, sociais, previdenciários e políticos.

⁵²³“Mais uma vez recorro à exposição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior ‘a livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada” (GRAU, 2005, p. 210).

⁵²⁴“O produtor procurará repassar a totalidade do imposto ao consumidor. Entretanto, a margem de manobra de repassá-lo dependerá do grau de sensibilidade desse a alterações do preço do bem. E essa sensibilidade (ou elasticidade) dependerá do tipo de mercado. Quanto mais competitivo ou concorrencial o mercado, maior a parcela do imposto paga pelos produtores, pois eles não poderão aumentar o preço do produto para nele embutir o tributo. O mesmo ocorrerá se os consumidores dispuserem de vários substitutos para esse bem. Por outro lado, quanto mais concentrado o mercado – ou seja, com poucas empresas –, maior o grau de transferência do imposto para os consumidores finais, que contribuirão com maior parcela do imposto)” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 56-57).

O Brasil é uma situação paradigmática quanto à concorrência, pois é um dos países com maior concentração nos setores da economia. O país cultiva um número gigantesco de monopólios e oligopólios (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 99). Caso altamente emblemático é o do setor financeiro e bancário, que se restringe a menos de meia dúzia de empresas, o que explica, ao menos em parte, o Brasil praticar os maiores juros do mundo e submeter os consumidores a taxas e tarifas inaceitáveis na maior parte das economias do planeta. A concentração econômica, no entanto, não é um problema restrito ao setor bancário, mas se espalha por vários ramos da economia. Uma das formas de demonstrar essa falta de concorrência é calculando a proporção do faturamento das quatro maiores empresas de um determinado ramo sobre o total do faturamento obtido pelo ramo todo. Assim, quanto mais próximo de 0% for o faturamento dessas quatro empresas maior é o grau de concorrência e menor a concentração, contudo, quanto mais próximo o percentual estiver de 100% menor é a concorrência e maior a concentração (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 103). Para indicar apenas os três casos mais escandalosos, a concentração do setor de “aços planos” é de 100% para apenas uma única empresa, no caso do “material de transporte” as quatro maiores empresas do ramo ficam com 94% do faturamento, e no ramo do “fumo” três empresas concentram 91% do mercado (vide tabela 3.3).

Tabela 3.3
Grau de concentração por setor da economia brasileira

Setor comercial			
	Número de grupos considerados	Grau de concentração (%)	Grau de concentração média do setor (%)
1. Varejista - Supermercados (redes)	4	55	55
2. Distribuição de gás	4	66	66
3. Distribuição de derivados de petróleo	4	79	79
Setor industrial			
	Número de grupos considerados	Grau de concentração (%)	Grau de concentração média do setor (%)
1. Alimentos			54
- Açúcar e álcool	4	51	
- Moinhos	4	59	
- Frigoríficos	4	53	
- Conservas	4	74	
2. Bebidas e fumo			85
- Sucos e concentrados	4	78	
- Cerveja	2	86	
- Cigarro e fumo	3	91	

3. Eletroeletrônicos			66
- Eletrodomésticos	4	60	
- Equipamentos para construção	4	72	
- Condutores elétricos	4	81	
- Computadores	2	64	
4. Borracha (pneus e artefatos)	4	75	75
5. Material de transporte	4	94	94
6. Mecânica			67
- Motores e implementos agrícolas	4	65	
- Máquinas operatrizes	4	68	
- Equipamentos pesados	4	69	
7. Metalurgia			72
- Aços planos	1	100	
- Aços não-planos e especiais	4	55	
- Metalurgia e não-ferrosos	4	58	
8. Química			49
- Petroquímica	4	43	
- Fertilizantes	4	48	
- Produtos de higiene e limpeza	4	71	
9. Papel e celulose	5	56	56
10. Têxtil			29
- Fiação e tecelagem	2	20	
- Confecções	2	46	
11. Minerais não-metálicos			73
- Cimento e cal	4	68	
- Vidro e cristal	4	76	
- Amianto e gesso	4	88	
12. Mineração	4	76	76
13. Construção civil			47
- Construção pesada	4	47	

Fonte: extraído de Marco Antonio Sandoval Vasconcellos e Manuel Enriquez Garcia (2008).

No Brasil a tarefa de tutelar a concorrência compete ao Conselho Administrativo de Direito Econômico (CADE), a quem cabe zelar pela concorrência e impedir a concentração dos mercados, seja por meio de regulação, seja aprovando fusões, aquisições ou qualquer outra forma de monopólio ou oligopólio. O importante, todavia, é notar que a importância da concorrência é tão grande que ela é tutelada sempre por órgãos exclusivos, seja no âmbito nacional, seja no internacional. É por isso que o direito, se quer ser anticíclico e evitar vários problemas que, no final, acabam afetando os direitos, deve prestigiar e fomentar a concorrência, sem a qual o sistema econômico capitalista se torna disfuncional, concentrador, injusto, ineficiente e tendente ao caos.

3.1.2 Direito do Desenvolvimento

Para que o direito possa aproveitar a força da economia e, com ela, produzir desenvolvimento, é necessário que o sistema jurídico seja pensado e projetado visando sempre o futuro, construindo os pressupostos e as bases para algo maior ou superior. Se certas metas são altas ou distantes demais e demandam certas condições que ainda não existem, é essa visão e planejamento de longo prazo que possibilitará primeiro a construção dessas condições e pressupostos e, depois, o atingimento das metas. Obviamente, apenas um ente cuja visão seja mais longa que o presente consegue pensar e planejar no longo prazo, este ente, na atualidade é o poder político internacional apresentado no capítulo anterior⁵²⁵. É atribuição do poder político planejar e projetar o desenvolvimento, pois ele depende de uma política pública que envolva todos os agentes e todos os setores da vida social em função de objetivos e metas⁵²⁶. O planejamento é central, pois ele consiste de um método racional de previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pelo qual são formuladas ações com seus objetivos e meios⁵²⁷.

Contudo, para planejar o desenvolvimento, é preciso saber exatamente o que ele é, sob pena de se traçar o trajeto para o ponto errado. O primeiro aspecto na determinação do que é desenvolvimento envolve colocar o homem no centro e entendê-lo como um ser complexo que não pode ser resumido ou reduzido a apenas um ponto, mas enxergá-lo de maneira holística (social, econômica, cultural, pessoal, física, sentimental, sexual, política, etc.). Portanto, o desenvolvimento não se restringe apenas a um único aspecto (o econômico, por exemplo), mas inclui tudo o que diz respeito ao humano. É por esse motivo que o direito, quase unanimemente, resume ou descreve o desenvolvimento com uma expressão que se repete na quase totalidade das definições: “aumento do bem-estar”⁵²⁸. Esse bem-estar quer significar um aumento na

⁵²⁵“O Estado Daseinvorsorge, por sua vez, é o Estado Providência, que age com prudência e planejamento, visando objetivos futuros. Estado, além de efetuar as tarefas previdenciárias, dita normas de conduta, impondo comportamentos privados por uma melhoria da vida em coletividade. Aqui se enquadram normas de meio ambiente, de ocupação urbana, de relacionamento capital-trabalho. Ademais, efetua também aquelas tarefas eminentemente privadas, como empreendedor, exercendo atividade lucrativa por razões de orientação político-econômica, cujo objetivo é atingir, em última análise, alguma vantagem pública” (DERANI, 2008, p. 186).

⁵²⁶“Nessas condições, é óbvio que a exigência preliminar de superação dos problemas políticos passa pelo estabelecimento de um processo de desenvolvimento, que implica a conjugação do crescimento econômico auto-sustentado com a progressiva eliminação das desigualdades sociais. Um processo dessa natureza não é natural, mas voluntário e programado. Ele somente se desencadeia com a instauração de uma política nacional a longo prazo, abrangendo todos os setores da vida social” (GRAU, 2005, p. 217).

⁵²⁷“Método mercê de cuja adoção ela se torna sistematizadamente racional. É forma de ação racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos” (GRAU, 2005, p. 309-310).

⁵²⁸“De outra parte, embora o dado econômico apareça como extremamente relevante em todos os conceitos de desenvolvimento, ainda assim é forçoso observar que o conceito de desenvolvimento não é apenas econômico. O processo de desenvolvimento – vimos já – implica mobilidade e mudança social; realiza-se em saltos de uma estrutura social para outra. Implicando dinâmica mobilidade social, é inerente à ideia de desenvolvimento a de

qualidade de vida das pessoas, que vai muito além do econômico, do valor dos salários, da capacidade de consumo ou do valor das coisas, esse conceito, em vista de sua amplitude, quer significar também maior segurança, maior estabilidade, mais saúde, mais oportunidades, mais mobilidade social, em uma expressão, mais dignidade. Qualquer forma de conceituação ou avaliação do desenvolvimento que não considere essa pluralidade de fatores é, provavelmente, incompleta.

Por isso, na definição de desenvolvimento é importante distingui-lo da ideia de crescimento, pois os dois não são sinônimos, já que desenvolvimento expressa um fator qualitativo enquanto o crescimento diz respeito ao fator quantitativo⁵²⁹. O crescimento econômico se refere, resumidamente, à renda nacional *per capita*, ou seja, a média do que é produzido e colocado à disposição das pessoas e que supera o crescimento populacional⁵³⁰. Trata-se, obviamente, de uma avaliação puramente quantitativa, pois soma tudo o que foi produzido por um país e divide pelo número de habitantes, informando abstrata e hipoteticamente quanto cada pessoa teria de bens e serviços à sua disposição. A renda nacional *per capita*, contudo, é apenas uma média e não reflete a realidade de todas as pessoas. É possível

mudança; no caso, não apenas mudança econômica, mas, amplamente, sobretudo mudança social. Assim, a noção de desenvolvimento envolve a necessária visualização de um devir a projetar, no futuro, determinados valores” (GRAU, 2005, p. 216).

“Tem-se identificado, pois, a aspiração pelo progresso, sentida de maneira vaga e genérica por quase todos os povos, com o desenvolvimento econômico ou, pelo menos, com o crescimento moderado. Nessas condições, a prioridade com o desenvolvimento econômico não tem desaparecido ou diminuído de intensidade, particularmente junto aos povos ainda não desenvolvidos, mas vem sendo ultimamente reinterpretada, ou melhor, redirecionada a fim de tornar-se mais abrangente, pela inclusão de outros elementos de aferição, basicamente aqueles vinculados à qualidade de vida, como se verá no capítulo próprio, sobre Desenvolvimento Econômico” (NUSDEO, 2008, p. 175-176).

⁵²⁹ “Crescimento e desenvolvimento econômico são dois conceitos diferentes. Crescimento econômico é o crescimento contínuo da renda per capita ao longo do tempo. O desenvolvimento econômico é um conceito mais qualitativo, incluindo as alterações da composição do produto e a alocação dos recursos pelos diferentes setores da economia, de forma a melhorar os indicadores de bem-estar econômico e social (pobreza, desemprego, desigualdade, condições de saúde, alimentação, educação e moradia)” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 255).

“Não me deterei, neste passo, em digressões cuja obviedade, inquestionada, pode ser sumariada na distinção entre o qualitativo – o desenvolvimento – e o quantitativo – o crescimento econômico. Importa incisivamente considerar que, como anotei em outra oportunidade, ‘a ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento” (GRAU, 2005, p. 216).

⁵³⁰ “Quando se fala em crescimento econômico, estamos nos referindo ao crescimento da renda nacional per capita, ou seja, em colocar à disposição da coletividade uma quantidade de mercadorias e serviços que supere o crescimento populacional. A renda per capita é considerada um razoável indicador – o mais operacional – para se aferir a melhoria do padrão de vida da população, embora apresente falhas (os países árabes têm as maiores rendas per capita no mundo, mas não o melhor padrão de vida em relação a outros países com renda per capita elevada)” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 111).

que um país registre grandes altas em sua renda nacional, contudo, ela pode não representar necessariamente a melhora na qualidade de vida das pessoas, pois o aumento da renda nacional pode ter ficado concentrado nas camadas mais abastadas da sociedade, aumentando assim a média, mas sem alterar a condição real das pessoas. Outro indicador do crescimento econômico é o Produto Interno Bruto (PIB) de um país, que consiste na soma de tudo o que foi produzido durante um ano pela economia nacional. Esse indicador de crescimento, além de compartilhar a limitação já apontada quanto à renda nacional *per capita*, ainda apresenta mais duas limitações que o tornam um indicador falho e insuficiente: primeiro, o PIB desconsidera toda a produção econômica informal (que tem aumentado conforme o desemprego se eleva); e, segundo, o PIB não considera em seus cálculos os custos sociais (desigualdade, marginalização, desemprego), ambientais (poluição, aumento da temperatura, catástrofes ambientais) e urbanos (congestionamentos, favelização) do crescimento econômico⁵³¹. Em vista das profundas diferenças entre o conceito de desenvolvimento (como aumento da qualidade de vida) e de crescimento (como aumento da renda nacional ou do PIB) fica claro que é um erro reduzir ou identificar desenvolvimento com PIB ou qualquer outro fator quantificador de riquezas⁵³². O Brasil é paradigmático nesse sentido, pois nos últimos anos houve uma visível melhora na qualidade geral de vida das pessoas (aumento da expectativa de vida, do consumo, do trânsito

⁵³¹“Muitos economistas argumentam que o PIB não mede adequadamente o bem-estar da coletividade, isto é, não reflete as condições econômicas e sociais de um país. Ou seja: a) não registra a economia informal, b) não considera os custos sociais derivados do crescimento econômico, tais como poluição, congestionamentos, piora do meio ambiente etc. e c) não considera diferenças na distribuição de renda entre os vários grupos da sociedade” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 141).

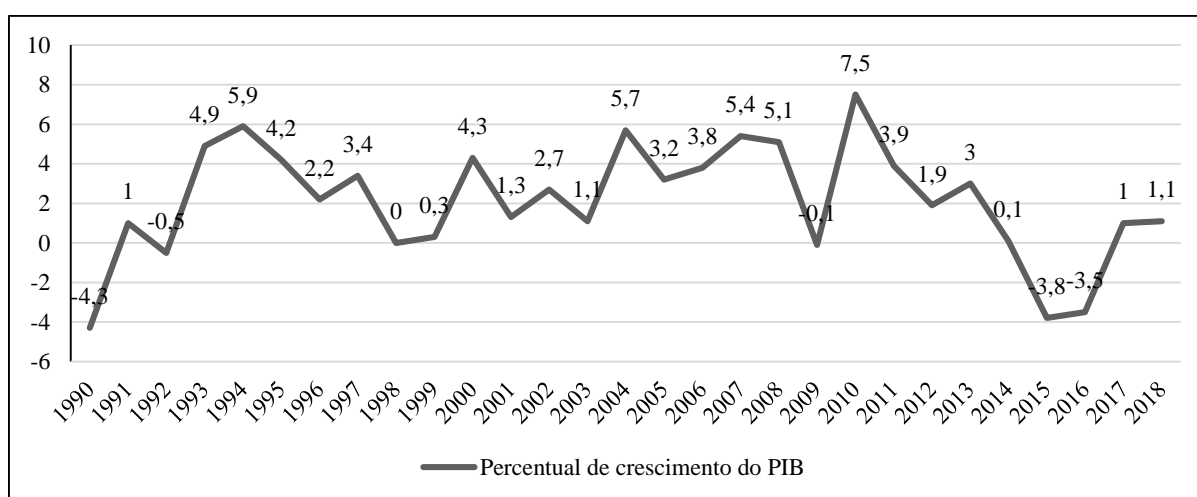
⁵³² El más ilustre teórico del neoliberalismo económico, Friedrich August von Hayek, ha llegado a considerar una ‘superstición’ la aspiración a la ‘justicia social’ y a juzgarla como carente de sentido, además de una ‘amenaza’ a los ‘valores de una civilización libre’ porque choca con el ‘proceso espontáneo’ e ‘impersonal’ del ‘orden del mercado’”.

“Detrás de esta tesis hay una concepción claramente ideológica de la riqueza y de su producción, medidas únicamente según el producto interior bruto, es decir, por el conjunto de los bienes producidos y vendidos en el mercado. En cambio, la riqueza, parece obvio repetirlo, incluye también, y sobre todo, el bienestar de las personas de carne y hueso, y por consiguiente debe ser calculada valorando en positivo la satisfacción de los derechos sociales —la subsistencia, la seguridad, la salud, la duración y la calidad de vida, la educación— y, en negativo, las destrucciones provocadas por un desarrollo desregulado e insostenible, como los daños irreversibles al medio ambiente, la desertización de territorios enteros, el crecimiento de las desigualdades, la reducción de los servicios sociales, el hambre, las enfermedades y el empobrecimiento de la mayor parte de los seres humanos. Bajo estos aspectos el producto interior bruto es bien poco significativo. Incluso en Estados Unidos el aumento de la riqueza producido durante estos años se ha dado casi enteramente en beneficio de una clase restringida de personas. Por otra parte, los efectos de los cambios climáticos gravan sobre todo a los países pobres. En los últimos treinta años, en la región del Sáhara se ha transformado en desierto un territorio con una superficie mayor que la mitad de Europa. En suma, el desarrollo económico promovido por la espontaneidad del libre mercado global ha provocado, junto a ingentes enriquecimientos, un ulterior empobrecimiento de las personas más pobres y, a la vez, daños irreversibles a los bienes de todos” (FERRAJOLI, 2013, p. 571-572).

“Tal contraste merece a atenção de quem continua a supor que o desenvolvimento seja diretamente proporcional ao aumento do PIB per capita, isso para nem mencionar a terrível crença de que desenvolvimento seja mero sinônimo de crescimento econômico. Se assim fosse, o desenvolvimento da sociedade brasileira; nos últimos três decênios, teria sido forçosamente pífilo” (VEIGA, 2010, p. 49).

social, etc.), enquanto que o índice e ritmo de crescimento do PIB nacional, especialmente dos últimos dez anos, não correspondem em termos proporcionais com o bem-estar gerado⁵³³ (vide gráfico 3.1). É claro que, em uma visão crítica e de longo prazo, se sabe, atualmente, que grande parte da melhora da qualidade de vida das pessoas foi fruto muito mais de um incentivo pouco duradouro e sustentável do consumo do que de um verdadeiro desenvolvimento, já que grande parte das conquistas realizadas das últimas duas ou três décadas estão estagnadas ou em risco de desaparecer. Apesar disso, a premissa de que o PIB ou outro indicador pura e simplesmente econômico é insuficiente para avaliar o desenvolvimento continua válido.

Gráfico 3.1
Crescimento percentual do PIB do Brasil (1990-2018)



Fonte: extraído de Marco Antonio Sandoval Vasconcellos e Manuel Enriquez Garcia (2008) e Fórum (2018).

Se o PIB ou a renda nacional *per capita* são indicadores falhos e pouco confiáveis na determinação do que é desenvolvimento, como ele pode ser minimamente avaliado? A ONU tradicionalmente tem usado como critério de avaliação dos países e de seu desenvolvimento – inclusive para fins de financiamento de projetos – o Índice de Desenvolvimento Humano

⁵³³“Mas, ao contrário, tal desenvolvimento foi muito mais intenso nos últimos trinta anos que em qualquer período anterior. E o inverso ocorreu com o crescimento de sua economia, medido pelo aumento do PIB per capita. Por mais de um século (1870-1980) essa economia foi campeã de crescimento entre as dez maiores do mundo. Ultimamente, só não partilhou a lanterna com a Rússia por causa da persistente estagnação japonesa. Ou seja, nos últimos trinta anos, houve muito mais desenvolvimento com muito menos crescimento”.

“Isso nada tem de paradoxal para quem sabe que o desenvolvimento de uma sociedade depende é da maneira como ela aproveita os benefícios de seu desempenho econômico para expandir e distribuir oportunidades de acesso a bens como liberdades cívicas, saúde, educação, emprego decente, etc. Ainda mais para quem já entendeu, também, que o desenvolvimento terá pernas curtas se a natureza for demasiadamente agredida pela expansão da economia, que é um subsistema altamente dependente da conservação da biosfera” (VEIGA, 2010, p. 49-50).

(IDH)⁵³⁴. Trata-se de um indicador que leva em conta três critérios: a) renda *per capita*, b) expectativa de vida ao nascer e c) escolaridade⁵³⁵. O IDH varia entre 0 a 1, sendo que quanto mais próximo de 1, mais desenvolvido o país é, e quanto mais próximo de 0, menos desenvolvido. O IDH é preferível ao PIB, pois avalia a economia e o país por inteiro, focando o homem, e não o mercado. A partir dos três critérios é possível ter um “raio x” das condições humanas do país em avaliação. O primeiro critério, a renda *per capita*, prestigia a variável econômica e sua influência na composição das condições de vida e bem-estar da população, demonstrando que parte do desenvolvimento depende, sim, da capacidade de crescimento que a economia pode oferecer. O segundo critério, expectativa de vida ao nascer, consegue captar vários dados sensíveis à vida humana, quais sejam, as condições da saúde oferecidas e seu acesso pela população, as condições sanitárias (saneamento básico, tratamento de água, etc.), condições de moradia, condições de trabalho, meio ambiente e segurança pública. O terceiro critério, a escolaridade, representa o percentual de analfabetismo, as condições da educação e o acesso ao ensino superior⁵³⁶. Prova de que o IDH parece ser um critério mais eficiente e preciso para determinar o desenvolvimento de um país está em sua quase completa dissonância com o PIB. Uma rápida comparação entre os 24 maiores IDHs do mundo (vide tabela 3.4) e os 24 maiores PIBs (vide tabela 1.1 no capítulo 1) mostra que menos da metade dos países mais ricos se encontra entre os com maior IDH, isto é, apenas 10 dos 24 países de maior PIB estão entre os maiores IDHs, o que quer dizer que a maioria dos países em melhores condições

⁵³⁴“Em busca da resolução daqueles problemas internacionais estampados no Preâmbulo de sua Carta, a ONU vem contribuindo também para criar índices, medidas, indicadores e parâmetros universais para aferir a situação socioeconômica dos países. Nesse campo, um poderoso instrumento de sua política direcionada ao desenvolvimento constitui o processo de avaliação e classificação pelo critério do desenvolvimento humano. O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a principal fonte de financiamento para o desenvolvimento sustentável administrada pelas Nações Unidas, adotou o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), com base nos estudos do economista Amartya Sen, Prêmio Nobel de Economia (1998), incluindo-o em seu relatório anual” (RODRIGUES, 2006, p. 202).

⁵³⁵“Elaborado pela composição de três fatores – renda per capita, esperança de vida ao nascer e escolaridade – o IDH tornou-se referência fundamental da ONU porque conferiu transparência à real posição dos países, substituindo o obsoleto e enganoso indicador de renda per capita. A partir de uma escala de 0 a 1, os países avaliados são classificados como sendo de desenvolvimento baixo, médio ou alto. Essas características fazem do IDH-PNUD um parâmetro global que pauta a avaliação e o direcionamento de políticas públicas nacionais no campo socioeconômico e serve de referência a agências de financiamento e a investidores internacionais, público e privados. Sua adoção e edição periódica é um fator novo e por vezes gerador de tensões e polêmicas nas relações entre a ONU (PNUD) e os países-membros” (RODRIGUES, 2006, p. 203).

⁵³⁶“Dentro da discussão da adequação (ou não) do PIB como medida de bem-estar, é interessante observar que as Nações Unidas calculam periodicamente um índice de desenvolvimento humano (IDH), que, além de um indicador econômico (PIB per capita), inclui dois indicadores sociais: um índice de expectativa de vida e um índice de educação. É uma média aritmética desses três indicadores, e varia de 0 a 1: quanto mais próximo de 1, maior o padrão de desenvolvimento humano do país”.

“O índice de expectativa de vida (anos de esperança de vida ao nascer) indicaria indiretamente as condições de saúde e saneamento do país. O índice de educação é uma média ponderada, composta pela taxa de alfabetização de adultos (dois terços do índice) e pela taxa de escolaridade bruta (um terço), que é a parcela da população em idade escolar que está estudando” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 141).

humanas não figuram entre os maiores PIBs. Além do descolamento entre PIB e IDH é interessante notar que não há correspondência entre maior PIB e melhor IDH nem mesmo entre os países que figuram em ambas as listas, a Austrália que é a 13ª economia, ocupa a 2ª posição no IDH, já os Estados Unidos que são a maior economia, estão na 8ª posição de desenvolvimento humano, e a China, que é a 2ª economia mundial, está na 90ª posição do IDH.

Tabela 3.4
Índices de Desenvolvimento Humano

Nº	País	IDH	Nº	País	IDH
1	Noruega	0,944	13	Liechtenstein	0,908
2	Austrália	0,935	14	Suécia	0,907
3	Suíça	0,930	14	Reino Unido	0,907
4	Dinamarca	0,923	16	Islândia	0,899
5	Países Baixos	0,922	17	Coreia do Sul	0,898
6	Alemanha	0,916	18	Israel	0,894
6	Irlanda	0,916	19	Luxemburgo	0,892
8	Estados Unidos	0,915	20	Japão	0,891
9	Canadá	0,913	21	Bélgica	0,890
9	Nova Zelândia	0,913	22	França	0,888
11	Singapura	0,912	23	Áustria	0,885
12	Hong Kong	0,910	24	Finlândia	0,883

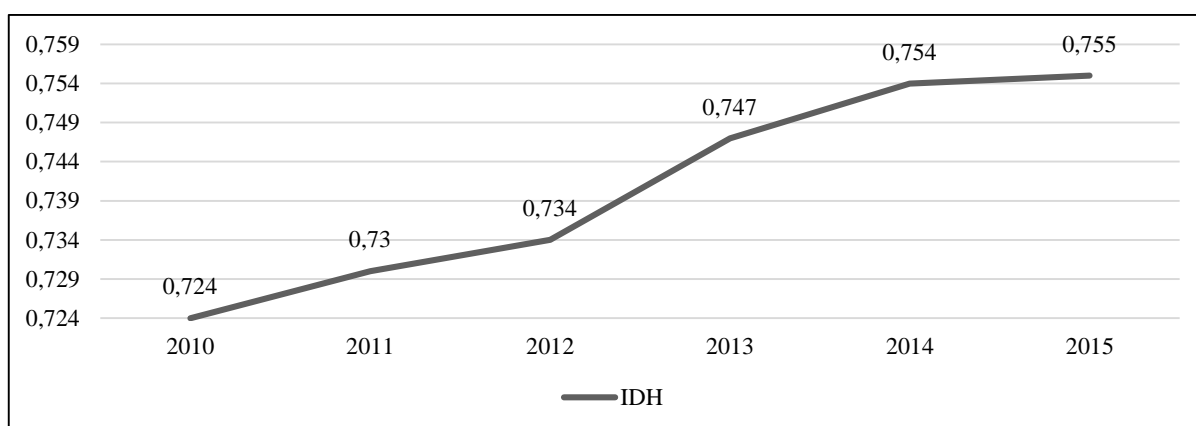
Fonte: Relatório de Desenvolvimento Humano do PNUD (2015).

Nessa relação entre PIB e IDH o Brasil é novamente paradigmático, pois o país é a 9ª economia do mundo, todavia ocupa a 75ª posição de desenvolvimento (0,755). Em comparação com outros países da América Latina, o descolamento entre as duas formas de avaliação fica muito evidente, pois a Argentina, que possui um PIB quatro vezes menor do que o brasileiro possui o 40º IDH, e o Chile, que sequer figura entre as trinta maiores economias do mundo, está na 42ª posição no desenvolvimento humano. A desconexão entre os dois índices é também comprovada quando se comparam as séries históricas do PIB brasileiro (vide gráfico 3.1) e do IDH (vide gráfico 3.2), pois desde 2010 o PIB registra uma desaceleração evidente de crescimento, enquanto que o índice de desenvolvimento no mesmo período registra uma constante alta. O ano de 2015 é o mais sintomático, pois foi o período em que o PIB teve seu pior desempenho (crescimento de -3,8), e o IDH atingiu seu patamar máximo de 0,755.

Essa diferença entre o Produto Interno Bruto e o Índice de desenvolvimento humano ensina muito não só sobre o que é desenvolvimento, mas, principalmente, como o “direito do desenvolvimento” deve ser e como deve avaliar seus resultados. Este direito deve trabalhar não mais de uma perspectiva unilateral econômica, que se pauta apenas pelo crescimento do PIB e se contenta em ampliar a renda *per capita*. O direito do desenvolvimento é aquele que consegue transcender os padrões, o modelo e a ideia de crescimento econômico forjados durante a

primeira revolução industrial e que buscavam o lucro e o crescimento independentemente das consequências e dos resultados que provocassem para a vida humana, para o meio ambiente e para a qualidade de vida e o bem-estar das pessoas, criando uma contradição e desequilíbrio entre progresso econômico e progresso social e humano⁵³⁷. Esse direito do desenvolvimento é voltado à pacificação e coesão social por meio da melhora das condições de vida de toda a população (de uma perspectiva real e não abstrata ou aritmética) e o bem-estar geral, por meio da manipulação do sistema econômico⁵³⁸, isto é, funcionalizando a economia em benefício do homem, pois o direito do desenvolvimento sabe que a concretização da qualidade de vida passa pela forma como a atividade econômica é desenvolvida⁵³⁹.

Gráfico 3.2
Índice de Desenvolvimento Humano do Brasil (2010-2015)



Fonte: extraído de Filipe Matoso (2017).

A teoria econômica busca descrever os passos ou fases do desenvolvimento, isto é, qual o caminho a ser trilhado para chegar a ele. Marco Antonio Sandoval Vasconcellos e Manuel Enriquez Garcia (2008, p. 260-261), citando o economista Walt Whitman Rostow, indicam cinco estágios para o desenvolvimento: a) sociedade tradicional, b) pré-requisitos para

⁵³⁷“Esta posição é ressaltada por Franco, quando trata do desenvolvimento econômico e de crise ambiental: ‘E é essa verificação de pontos negros, digamos assim, de equilíbrio entre a atividade econômica e a qualidade de vida e a ordenação natural que vem colocar em causa o conceito tradicional de crescimento que a revolução industrial implantou e que, de algum modo, inspirou a lógica dos sistemas capitalistas até o nosso século’” (LEITE; AYALA, 2011, p. 26).

⁵³⁸ “Se a finalidade do direito é a paz social, basicamente com a manutenção das estruturas do sistema produtivo com que se relaciona, é forçoso concluir que o direito deve fornecer as condições necessárias para o desenvolvimento. Assim, o direito econômico, ao visar à manutenção do sistema produtivo, trabalha necessariamente com institutos de implementação do desenvolvimento. O direito econômico é então o direito do desenvolvimento econômico” (DERANI, 2008, p. 47).

⁵³⁹“Quanto ao particular, é bastante apropriada a observação de Derani, para quem ‘a concretização de uma qualidade de vida satisfatória, está intrinsecamente relacionada ao modo de como esta sociedade dispõe da apreensão e transformação de seus recursos, ou seja, de como desenvolve sua atividade econômica’” (ANTUNES, 2002, p. 203).

a arrancada, c) arrancada, d) crescimento autossustentável (maturidade) e e) idade do consumo de massa. A primeira etapa da sociedade tradicional é caracterizada por ser predominantemente agrária, com renda *per capita* e tecnologia baixas. A segunda etapa é aquela em que se formam os pré-requisitos para a arrancada econômica, isto é, são criadas as condições para o crescimento a partir de mudanças profundas e importantes tanto na economia quanto fora dela. São quatro as mudanças principais dessa etapa: 1) taxa de crescimento do acúmulo de capital supera a taxa de crescimento demográfico, 2) melhora na qualificação da mão-de-obra preparada para produção especializada e em grande escala, 3) aumento da produtividade agrícola que cria excedentes que permitem o financiamento da expansão industrial e 4) grandes investimentos em infraestrutura (transporte, energia, comunicação, etc.). A terceira etapa, a arrancada, é a mais importante e decisiva ao desenvolvimento, pois nessa fase o processo de crescimento contínuo é institucionalizado e ocorrem três mudanças centrais que a definem: 1) a taxa de investimento de eleva de 5% para 10% da renda nacional, 2) surgimento de novos ramos industriais de produção de bens duráveis e 3) emergência de estrutura política social e institucional favorável e fomentadora do crescimento sustentado. Na quarta etapa, crescimento autossustentado ou maduro, a tecnologia, antes concentrada nos setores que encabeçaram a arrancada, se estende para outros setores da economia, demonstrando que ela possui capacidade técnica para produzir qualquer coisa que queira oferecer. Finalmente, a quinta e última fase do desenvolvimento é a do consumo de massa, em que os setores líderes da economia se voltam à produção de bens de consumo duráveis de alta tecnologia e serviços. A renda ascende e o perfil de consumo muda de forma que não se objetiva apenas o consumo do básico, mas também de outros bens. Nesta fase o processo político sinaliza o desejo de destinar parte de seus recursos para o bem-estar da população e para a seguridade social (vide tabela 3.5).

É interessante ressaltar que cada uma dessas fases pode durar vários anos, a terceira etapa, por exemplo, leva ao menos 20 anos, enquanto que a quarta pode durar até 40 anos, isso demonstra que o processo de desenvolvimento é gradual e de longo prazo, o que significa que o direito do desenvolvimento deve levar em conta essas fases e ser projetado para persistir por um longo período a despeito das mudanças políticas, econômicas e sociais que possam acontecer e independentemente do governo. Em síntese, é preciso que o direito do desenvolvimento esteja blindado e protegido de mudanças abruptas motivadas por visões ou interesses de curto prazo. Esta estabilidade do direito do desenvolvimento se conquista por meio de sua constitucionalização, seja no âmbito internacional com o “constitucionalismo internacional” (que já contempla o desenvolvimento em seus textos), seja nas constituições nacionais (a Constituição brasileira de 1988 é, neste sentido, um exemplo, já que apresenta em

sua “Ordem Econômica” exatamente esta característica de buscar o desenvolvimento econômico no longo prazo, prevendo, inclusive, no art. 174, o planejamento estatal do desenvolvimento nacional, e não da atividade econômica).

Tabela 3.5
Estágios do desenvolvimento econômico

	Fase	Características
<i>1º estágio</i>	Sociedade tradicional	<ul style="list-style-type: none"> – Economia agrícola – Pouca tecnologia – Baixa renda
<i>2º estágio</i>	Pré-requisitos para a arrancada	<ul style="list-style-type: none"> – Taxa de crescimento do acúmulo de capital supera a taxa de crescimento demográfico – Melhora na qualificação da mão-de-obra preparada para produção especializada e em grande escala – Aumento da produtividade agrícola que cria excedentes que permitem o financiamento da expansão industrial – Grandes investimentos em infraestrutura
<i>3º estágio</i>	Arrancada (<i>take-off</i>)	<ul style="list-style-type: none"> – A taxa de investimento de eleva de 5% para 10% da renda nacional – Surgimento de novos ramos industriais de produção de bens duráveis – Emergência de estrutura política, social e institucional favorável e fomentadora do crescimento sustentado
<i>4º estágio</i>	Crescimento autossustentado	<ul style="list-style-type: none"> – Extensão da tecnologia para todos os setores – Capacidade de produção ampliada
<i>5º estágio</i>	Consumo de massa	<ul style="list-style-type: none"> – Produção em massa – Aumento da demanda por produtos duráveis – Aumento da renda – Investimento público no bem-estar e seguridade social

Fonte: adaptado de Marco Antonio Sandoval Vasconcellos e Manuel Enriquez Garcia (2008).

Além de significar melhora na qualidade de vida e bem-estar, além de ser muito mais amplo e diferente do crescimento e para além de ser traduzido em etapas, o desenvolvimento, para ser completo e verdadeiro, deve ser também sustentável. A sustentabilidade é um termo ou expressão polissêmico e muito amplo, pois congrega em si aspectos econômicos, ambientais, sociais, culturais e políticos (Quaglia, 2012, p. 72). A despeito da amplitude e polissemia da sustentabilidade, a economia, segundo três vertentes ou correntes de pensamento, tenta defini-la de uma forma minimamente objetiva. Para a corrente da “sustentabilidade fraca”, uma geração deve legar à próxima a mesma soma de três tipos de capital que são intercambiáveis entre si (financeiro, natural e humano-social), para a corrente da “sustentabilidade forte”, há a obrigatoriedade de o capital natural ser sempre constante e não ser intercambiável com outros, e para a corrente da “sustentabilidade biofísica”, deve haver a minimização de fluxos de matéria

e energia pelo sistema⁵⁴⁰. Essas definições de sustentabilidade, por mais diferentes que possam ser entre si, dão, ainda que em níveis e intensidades diversas, uma característica fundamental ao desenvolvimento, qual seja, o equilíbrio entre as diversas áreas e elementos da vida para que ela seja, de fato ampla e plena, e para que o desenvolvimento verdadeiramente gere aumento da qualidade de vida e bem-estar em sua totalidade. Inexiste desenvolvimento quando não há harmonia entre crescimento econômico (fator financeiro) e a desigualdade social (fator social), ou quando não se combinam a melhora nas condições de distribuição de renda, moradia e emprego (fator social) com a melhora na preservação do meio ambiente (fator natural). Sem a harmonia entre estes elementos da vida e da existência humana não há desenvolvimento verdadeiro, pois, mais cedo ou mais tarde os custos do fator (ou dos fatores) negligenciado serão cobrados e todo o progresso conquistado estará em risco⁵⁴¹.

A negligência deste aspecto da harmonia no processo do desenvolvimento sustentável foi o que permitiu que, ao longo da história (inclusive recente), se produzissem “pseudodesenvolvimentos” às custas de destruição, morte, devastação ambiental, opressão, miséria, escravidão e exploração. Como se percebe esse tipo de modelo econômico gerou muitos problemas, e por isso, sequer merece ser reconhecido como desenvolvimento, pois ao mesmo tempo que conseguiu produzir níveis de riqueza e fartura nunca antes sequer imagináveis na história, igualmente nunca se viu tamanha miséria, violência e degradação humana, social e ambiental⁵⁴². A lição que deve ser aprendida é que o desenvolvimento sustentável é aquele que protege e preserva a sua base de sustentação, isto é, trata-se de um desenvolvimento que, por ser planejado e pensado, sabe qual é a sua origem e compreende que sem ela tende a se extinguir. Ora, se o desenvolvimento é algo completo que busca a melhora

⁵⁴⁰“Para começar, a colisão entre sustentabilidade ‘fraca’ e ‘forte’. A primeira é a que toma como condição necessária e suficiente a regrinha de que cada geração legue à seguinte a somatória de três tipos de capital, que considera inteiramente intercambiáveis ou intersubstituíveis: o propriamente dito, o natural-ecológico, e o humano-social. Na contramão, está a sustentabilidade ‘forte’, que destaca a obrigatoriedade de manter constantes, pelo menos, os serviços do ‘capital natural’”.

“Em tal visão [biofísica], só pode haver sustentabilidade com a minimização dos fluxos de energia e matéria que atravessam esse subsistema, e daí a decorrente necessidade de desvincular os avanços sociais qualitativos daqueles infundáveis aumentos quantitativos da produção e do consumo” (VEIGA, 2010, p. 18-19).

⁵⁴¹“É imperioso perceber que, mesmo com forte conteúdo econômico, não se pode entender claramente o direito ambiental como um tipo de relação jurídica que privilegie a atividade produtiva em detrimento dos valores propriamente humanos. A conservação e sustentabilidade dos recursos ambientais (recursos econômicos) é um instrumento para garantir um bom padrão de qualidade de vida para os indivíduos. O fator econômico deve ser compreendido como desenvolvimento, evolução, melhora contínua e não como simples crescimento ou acúmulo. O desenvolvimento se distingue do crescimento na medida em que pressupõe uma harmonia entre os diferentes elementos constitutivos” (ANTUNES, 2008, p. 16).

⁵⁴²“O atual modelo de crescimento econômico gerou enormes desequilíbrios. Se, por um lado, nunca houve tanta riqueza e fartura no mundo, por outro lado, a miséria, a degradação ambiental e a poluição aumentam dia a dia. Diante dessa constatação, surge a ideia de Desenvolvimento Sustentável (doravante DS), que busca conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental e, ainda, alcançar o fim da pobreza no mundo” (QUAGLIA, 2012, p. 82).

da qualidade de vida das pessoas, a base material da qual o desenvolvimento emerge é justamente o ambiente natural, social e econômico, pois são os “*locus*” onde as pessoas estão, vivem e se relacionam. Se no processo de desenvolvimento uma dessas bases materiais é desgastada ou devastada, o processo, que deveria ser contínuo e sustentado, se torna inviável e desarmonioso. Portanto, para construir uma economia que seja resistente e forte às crises é necessário preservar o ambiente natural, o ambiente econômico e o ambiente social, que representam a base material do desenvolvimento⁵⁴³. Face esta constatação, é necessária uma mudança verdadeira no sistema econômico e produtivo para que o crescimento se transforme em desenvolvimento, e que este desenvolvimento seja sustentável (CRUZ; BODNAR, 2016, p. 254).

Para que este desenvolvimento sustentável ocorra na prática é indispensável que se tenha “(...) um direito do desenvolvimento, uma política do desenvolvimento, uma programática da ação, com força impositiva sobre os fatos” (VILANOVA, 2003, p. 493), isto é, um direito que seja planejado para gerar o tipo de desenvolvimento que acaba de ser acima descrito, ou seja, um desenvolvimento planejado, de longo prazo, estruturado em etapas conectadas com a realidade e exequíveis e que seja sustentável em nível ambiental, social e econômico. A necessidade de um direito do desenvolvimento reside no fato de que não se faz desenvolvimento sem o direito, pois ele é o que rege a vida e controla os comportamentos. Se o desenvolvimento exige planejamento e longo prazo, então ele exige uma ação programática, direcionada a um fim determinado e que seja dotado de força impositiva para que possa resistir ao longo do tempo, isso quer dizem, em poucas palavras, que o desenvolvimento é fruto de uma política pública, e as políticas públicas são, em essência, uma escolha política que recebe força jurídica e normativa⁵⁴⁴. Por essa razão nenhum desenvolvimento se concretizou sem que se concebesse primeiramente um arcabouço jurídico que o tornasse possível, exequível e exigível. É claro que, embora o direito seja uma das causas do desenvolvimento, o direito também é

⁵⁴³“Não se pode pensar em desenvolvimento da atividade econômica sem o uso dos recursos naturais, posto que esta atividade é dependente do uso da natureza, para sintetizar de maneira mais elementar. Destarte, a elaboração de políticas visando ao desenvolvimento econômico sustentável, razoavelmente garantido das crises cíclicas, está diretamente relacionada à manutenção do fator natureza da produção (defesa do meio ambiente), na mesma razão da proteção do fator capital (ordem econômica fundada na livre iniciativa) e da manutenção do fator trabalho (ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano). A consideração conjunta destes três fatores garante a possibilidade de atingir os fins colimados pela ordem econômica constitucional: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (DERANI, 2008, p. 228).

⁵⁴⁴“Finalizando, satisfatório é sublinhar que o processo de desenvolvimento global, não só econômico, mas integral, abrangente de todas as faces da cultura e da sociedade, não se faz sem vias normativas, entre estas, as vias normativas do direito” (VILANOVA, 2003, p. 492).

transformado pelo desenvolvimento, isto é, a esfera jurídica não fica isenta dos efeitos do desenvolvimento⁵⁴⁵.

Face a estreita relação entre direito e desenvolvimento, a seguir serão apresentadas cinco ferramentas que o direito do desenvolvimento deve ter para, de fato, cumprir essa missão, levando em consideração tudo o que se disse sobre desenvolvimento até aqui. As cinco ferramentas ou mecanismos a seguir não buscam esgotar o tema e sequer se propõem as mais importantes, contudo, são as que mais possuem pertinência com a temática central desta pesquisa, ou seja, que meios o direito do desenvolvimento deve empregar para produzir um desenvolvimento social e econômico que coloque o homem no centro e proteja e mantenha os seus direitos mais fundamentais. As cinco ferramentas são: a) harmonização e potencialização entre meio ambiente e crescimento econômico, b) formação de um sistema financeiro seguro e focado no investimento produtivo, c) promoção da evolução tecnológica, d) participação do poder político e e) promoção da igualdade.

A primeira ferramenta – que consiste na busca de harmonia entre meio ambiente (no seu sentido mais amplo para abranger inclusive o meio ambiente rural, urbano, do trabalho, etc.) e desenvolvimento econômico e também o emprego do meio ambiente como base material para o progresso do bem-estar e qualidade de vida das pessoas – significa que o direito não deve colocar a proteção do meio ambiente e a promoção do desenvolvimento como movimentos necessariamente antagônicos ou contraditórios, pois o direito ambiental nada mais faz do que regular a forma pela qual a sociedade se apropria economicamente dos bens ambientais. Assim, a regulação que emana do direito deve harmonizar ambos os movimentos de tal forma que o ambiente seja protegido sem que se impeça o desenvolvimento econômico e, ao mesmo tempo, que o desenvolvimento econômico seja incentivado e produzido sem que isso implique na destruição dos bens ambientais fundamentais à sobrevivência das pessoas, à sua qualidade de vida e ao próprio desenvolvimento⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵“O direito tanto sofre a mudança, a passagem do subdesenvolvimento para o desenvolvimento, como por sua vez opera como fator, detendo ou promovendo a mudança. Não é passivo reflexo do que flui subjacente no interior do social. Faz as vezes de forma, de receptáculo dos fins novos, dos novos projetos que a sociedade adota, das novas atitudes e valorações” (VILANOVA, 2003, p. 475).

⁵⁴⁶“Economia e ecologia têm muita coisa em comum, pois têm origem na palavra *oikos*, casa. No entanto, tal relação óbvia não tem tido aceitação entre as partes envolvidas, existindo sempre a irreal dicotomia entre ‘desenvolvimento e meio ambiente’. Fato é que as relações entre economia e ecologia têm sido muito tensas e, especialmente no Direito Ambiental, elas não têm tido a atenção que merecem”.

“Entendo que o Direito Ambiental pode ser definido como um direito que tem por finalidade regular a apropriação econômica dos bens ambientais, de forma que ele se faça levando em consideração a sustentabilidade dos recursos. O desenvolvimento econômico e social, assegurando aos interessados a participação nas diretrizes a serem adotadas, bem como padrões adequados de saúde e renda. Ele se desdobra em três vertentes fundamentais, que são constituídas pelo (i) direito ao meio ambiente; (ii) direito sobre o meio ambiente; e (iii) direito do meio ambiente. Tais vertentes existem, na medida em que o direito ao meio ambiente é um direito humano fundamental que cumpre

O meio ambiente é, de fato, tão importante e estratégico para o desenvolvimento, que a doutrina chega a dizer que no atual contexto, não basta que um Estado tenha seus três elementos básicos e históricos – soberania, povo e território – para que sobreviva, é preciso um quarto elemento, um meio ambiente, que forma a sua base material de sustentação (KLOEPFER, 2010, p. 40). Uma análise ainda que superficial desse posicionamento mostra sua validade e até mesmo sua obviedade, já que um clima desregulado interfere negativamente na produção agrícola, a poluição de rios e mares afeta a produção pesqueira, a falta de conservação do ambiente urbano leva à enchentes e epidemias (que provocam tanto perdas materiais quanto perdas humanas), entre outros tantos exemplos.

Além desses bens ambientais de grande relevância, há outro, ainda, pouco discutido e lembrado, que embora não afete tão diretamente ou imediatamente a vida das pessoas, possui uma importância econômica cada vez mais central. Trata-se da biodiversidade, que é definida como uma forma de riqueza econômica, social, política, cultural, educacional e turística, pois por meio dela é possível desenvolver novos produtos, técnicas e tecnologias de grande valor agregado e alta competitividade (riqueza econômica), também porque a biodiversidade integra regiões distantes e constrói laços de interdependência além de proporcionar novas oportunidades econômicas para certos setores sociais marginalizados (riqueza social), ademais, a biodiversidade, dada sua importância no equilíbrio ecológico e suas potencialidades econômicas, confere uma posição política de destaque aos seus detentores (riqueza política), bem como a biodiversidade atrai diversas pessoas e grupos, seja pesquisadores (riqueza educacional), seja turistas ou curiosos (riqueza cultural e turística)⁵⁴⁷. A biodiversidade, portanto, abre uma série de oportunidade e possibilidade de caráter econômico, social, político e cultural que pode impulsionar o desenvolvimento. Esse é um exemplo claro de como a

a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais. Mais do que um ramo autônomo do Direito, o DA é uma concepção de aplicação da ordem jurídica que penetra, transversalmente, em todos os ramos do Direito. O DA tem uma dimensão humana, uma dimensão ecológica e uma dimensão econômica que devem ser compreendidas harmonicamente. Evidentemente que, a cada nova intervenção humana sobre o ambiente, o aplicador do DA deve ter a capacidade de captar os diferentes pontos de tensão entre as três dimensões e verificar, no caso concreto, qual delas é a que se destaca e que mais precisada de tutela em um dado momento” (ANTUNES, 2008, p. 11-12).

⁵⁴⁷“A relevância da biodiversidade está no fato de constituir-se fonte de grandes riquezas, não no sentido de matéria-prima passível de exploração econômica apenas, mas por albergar intrinsecamente conteúdo valorativo ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético. Os reais benefícios proporcionados por ela aos seres humanos, em termos econômicos, foram ainda pouco estudados. Mas já se sabe que biodiversidade é a base da atividade agrícola, pecuária, pesqueira e florestal, que oferece matéria-prima para o melhoramento genético de espécies úteis e para as biotecnologias. A diversidade natural dos ecossistemas, que garante a preservação das espécies, também provê outros importantes serviços, incluindo a manutenção de ciclos hidrológicos, regulação do clima, contribuição para o processo de formação e manutenção do solo, conservação e alternância de nutrientes essenciais, absorção e eliminação de poluentes, constituição de áreas voltadas ao turismo, lazer, pesquisa e educação” (KISHI, 2004, p. 314).

preservação ambiental (mais precisamente da biodiversidade) pode ser um fator promotor do desenvolvimento ao harmonizar meio ambiente e atividade econômica. Quando, porém, esses dois fatores são colocados como antagônicos perde-se uma riqueza inestimável ao se permitir a degradação ambiental e a perda da biodiversidade. A diversidade biológica, portanto, assim como as jazidas de ouro, diamante ou petróleo, deve ser vista como uma riqueza a ser explorada de forma inteligente e sustentável, pois, ao contrário do ouro ou do petróleo, se a biodiversidade for protegida e preservada, ela se torna uma fonte duradoura, renovável e com potenciais inesgotáveis.

O Brasil, mais uma vez, é paradigmático na relação entre desenvolvimento e biodiversidade, isso porque o país é o mais biodiverso do mundo, pois detém de 10% a 30% de todas as espécies vivas do planeta dentro de seu território⁵⁴⁸. Não é por outro motivo que o Brasil ostenta o título de “megadiverso” sendo reconhecido internacionalmente como uma potência ambiental e biológica⁵⁴⁹. Esta riqueza que o país detém pode significar o futuro para o seu desenvolvimento econômico, também pode ser um fator de projeção internacional, mas especialmente, implica em uma grande responsabilidade, pois a destruição dessa biodiversidade pode afetar direta ou indireta o ambiente do mundo todo, bem como as economias e expectativas de outros países e também empresas. Embora o Brasil tenha posição de destaque e uma riqueza muito superior à de outros países ou regiões, isso não significa que a biodiversidade seja importante apenas para este país. Assim, o direito do desenvolvimento deve, de uma perspectiva geral e global, preservar a biodiversidade e harmonizá-la com o crescimento.

A segunda ferramenta que o direito do desenvolvimento pode usar é a formação de um sistema financeiro seguro e focado no investimento produtivo, porquanto não há país

⁵⁴⁸“O Brasil é considerado um dos maiores em megadiversidade, em termos mundiais, tanto em diversidade de espécies quanto em níveis de endemismo (espécies presentes apenas ou quase somente em determinados locais). Dispomos da maior faixa contínua de florestas tropicais, que são consideradas os ecossistemas mais ricos em biodiversidade. A Amazônia, em particular, é detentora da maior diversidade biológica e da maior riqueza florestal do planeta”.

“O desconhecimento sobre a biodiversidade brasileira é entretanto muito grande. Estimativas apontam que o número de espécies de plantas, animais e microrganismos localizados em território brasileiro supera 2 milhões, correspondendo a cerca de 10 a 30% das espécies de seres vivos existentes no mundo, o que também indica a existência de uma rica diversidade genética. O Brasil ocupa o primeiro lugar mundial em diversidade de plantas superiores, países de água doce e mamíferos, sendo o segundo em diversidade de anfíbios, o terceiro em peixes e o quinto em répteis, conforme dados do Primeiro Relatório Nacional para a Convenção sobre Diversidade Biológica do Brasil (1998)” (ALBAGLI, 2006, p. 123-124).

⁵⁴⁹“Nosso país possui 3,57 milhões de km² de florestas tropicais, constituindo-se o país mais rico do mundo em biodiversidade. Tem 30% das florestas tropicais do mundo, três vezes mais do que a Indonésia, o segundo país *megadiverso*. No Brasil concentram-se de 10 a 20% de 1,5 milhão de espécies já catalogadas. Apenas no que se refere a sementes de plantas são 55 mil, que correspondem a aproximadamente 22% do total mundial, segundo dados do Instituto Socioambiental, Biodiversidade na Amazônia Brasileira. Costuma-se definir biodiversidade como sinônimo de ‘vida na terra’, sendo que as estimativas do número total de espécies existentes na Terra variam entre 5 a 100 milhões, e apenas 1,7 milhão de espécies já foram estudadas pela ciência” (KISHI, 2004, p. 313).

desenvolvido sem um bom sistema financeiro, e inexistente bom sistema financeiro sem um bom sistema jurídico que lhe dê segurança e certeza, já que as relações financeiras se baseiam na fideducía e nas relações de longo prazo⁵⁵⁰. O sistema financeiro é de fundamental importância, pois é por meio dele que o setor privado pode encontrar sua principal fonte de captação de investimento, suprimindo, assim, as insuficiências do investimento público que, por mais generoso que possa ser, não consegue atender todas as demandas e necessidades, e acaba focando suas energias e recursos naqueles investimentos mais necessários e urgentes. Contudo, o sistema financeiro só cumpre essa função, como se disse acima, quando o ambiente econômico e político é estável e seguro. Nenhum investidor sensato investe em país ou em empresas de um país que se encontra mergulhado em dúvidas, incertezas e instabilidades econômicas, jurídicas e políticas, pois as chances desses fatores inviabilizarem o bom desempenho do empreendimento são altas. Por isso a segurança jurídica e a estabilidade econômica são os pressupostos básicos sobre os quais o sistema financeiro será construído. Isso ocorre porque tanto o investimento quanto o desenvolvimento se dão no longo prazo, e para que alguém esteja disposto a investir hoje para colher frutos amanhã, ele deve ter certeza que não mudarão as regras do jogo durante e ele perderá tudo o que investiu.

Infelizmente, a discussão sobre o sistema financeiro e as formas de atração de investimentos costumam vir apenas até aqui, porém, há certas questões que precisam ser debatidas e que transcendem o senso comum ou óbvio, bem como esse receituário mínimo. Um dos pontos mais importantes a ser tratado e planejado dentro da perspectiva do desenvolvimento e da ferramenta do sistema financeiro é a qualidade ou o tipo de investimento que se quer atrair, e quais as decisões que precisam ser tomadas para atingir esse objetivo. Essa discussão é de extrema relevância porque muitos países abrem mão de seus objetivos sociais para atrair investimentos, todavia, é preciso entender que há investimentos produtivos e especulativos e cada um desses tipos de investimentos demandam decisões diferentes e geram resultados diferentes⁵⁵¹. São justamente os investimentos e investidores especulativos que exigem a

⁵⁵⁰ “Não há um país desenvolvido sem um bom Sistema Financeiro, o que implica que também não há país nessa situação sem um bom sistema legal e judicial, pois a intermediação financeira não pode se desenvolver sem uma base jurídica adequada. As transações realizadas no mercado financeiro são estruturadas contratualmente e têm nas suas duas pontas agentes que raramente se conhecem. Ao contrário da maioria das atividades comerciais, em que as duas partes cumprem suas obrigações (quase) simultaneamente, no mercado financeiro o descompasso temporal está na essência da transação: tomam-se recursos hoje para serem pagos no futuro. A fideducía é fundamental. E, na presença de oportunismo, muitas operações financeiras seriam inviáveis sem a sustentação de um bom aparato jurídico”(SADDI, 2015, p. 72).

⁵⁵¹ “Na verdade, os governos dos distintos países, sobretudo daqueles em desenvolvimento, tudo fazem para atrair e reter esses capitais internacionais, muitas vezes em detrimento de objetivos sociais mais imediatos. Ocorre, porém, que existem dois tipos de capital, o produtivo e o especulativo. O primeiro, investido diretamente em atividades produtivas, gera riquezas e cria empregos, resultando num aquecimento geral da economia. Já o

revogação dos padrões mínimos de garantias sociais, pois eles preferem investir em empresas que seguem o paradigma pós-fordista de produção e redução dos custos (principalmente fiscais e de mão-de-obra) para potencializar seus lucros. Ademais, esses mesmos investidores buscam no rentismo boa parte de seus rendimentos, que são obtidos às custas de juros altos que inviabilizam o investimento produtivo gerador de riquezas reais e de empregos⁵⁵². Portanto, esse receituário de desregulamentação e de destruição de direitos que promete atrair investimentos e iniciar um ciclo virtuoso, apenas privilegia uma parte pequena e já bastante privilegiada. É absolutamente ilusório achar que um sistema financeiro saudável e com possibilidade de financiar o crescimento real e o desenvolvimento de longo prazo virá de um grupo que, para investir, exige justamente o oposto do que o conceito de desenvolvimento requer (melhora da qualidade de vida e bem-estar da população no longo prazo). O tipo de política de atração de investimentos que se faz determina o tipo de investidor que se atrai, que, por sua vez, indica que tipo de crescimento se produz. O rentismo e a especulação nunca fizeram nenhum povo ou país grande, pelo contrário, em todos os lugares onde este tipo de investimento prevalece o resultado é, invariavelmente, mais cedo ou mais tarde, a crise e a destruição (as crises de 1929 e de 2008 são um exemplo eloquente disso). Além disso, sempre que um país ou uma economia se abre para a especulação, ela fica sujeita a ataques especulativos, que destroem investimentos reais, empregos e políticas⁵⁵³.

segundo, de caráter eminentemente volátil, é aplicado em bolsas de valores ou de mercadorias e futuros por investidores interessados em obter o maior lucro no menor espaço de tempo possível” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 70-71).

⁵⁵²“O problema é que, embora o valor total dos financiamentos internacionais líquidos (na forma de empréstimos e créditos bancários, emissões de ações, debêntures, papéis comerciais, títulos e bônus, operações de hedge e swaps, etc.) tenha passado de US\$ 5 trilhões para US\$ 35,5 trilhões, entre 1980 e 1995, e a movimentação dos derivativos financeiros tenha pulado de US\$ 123 trilhões para US\$ 328 trilhões, entre 1990 e 1995, segundo estimativas do Bank for International Settlements, o volume dos recursos destinados aos investimentos diretos ou produtivos continua a ser limitado. E, acima de tudo, altamente seletivo, pois os recursos disponíveis destinam-se prioritariamente aos países desenvolvidos e, principalmente, às aplicações mais lucrativas, proporcionadas pela diferença entre a produtividade e o custo da força de trabalho. Esses recursos tendem, ainda, a favorecer as corporações transacionais, mais preocupadas em promover fusões e incorporações do que em criar novas capacidades de produção, e as empresas capazes de gerar receita em moeda forte. O motivo dessa limitação na oferta de investimentos diretos é conhecido e está associado à capacidade do capital financeiro de se impor sobre o capital industrial, ou seja, de comandar a repartição e a destinação social das riquezas geradas pela produção. Como, no período histórico em análise, as taxas de juros reais foram superiores às taxas de crescimento da economia, levando os valores dos títulos, ações e demais papéis a superar os da riqueza produtiva e com isso induzindo os investidores institucionais e não-institucionais a exigir liquidez imediata para suas carteiras e disseminando entre eles uma verdadeira obsessão pela *rent seeking*, isto é, pela busca de rendas que não derivam do trabalho, a disponibilidade de capitais para investimentos geradores de capacidade produtiva acabou sendo drasticamente reduzida” (FARIA, 2004, p. 102-103).

⁵⁵³“O grande problema representando pela abertura dos mercados financeiros internos aos capitais internacionais é que ela atrai também o capital especulativo, o chamado ‘*hot money*’, de alta volatilidade, que não tem nenhum compromisso com as atividades produtivas ou os interesses dos países onde aporta. Tais recursos, via de regra aplicados a curtíssimo prazo, são prontamente resgatados ao menor sinal de crise política ou de instabilidade econômica. E o que é pior: quando os saques são efetuados por um grande número de investidores internacionais, ocorre uma fuga de divisas de tal ordem que provoca uma desvalorização da moeda local. Não raro, essa retirada

É importante que o sistema financeiro e o direito do desenvolvimento como um todo dê sinais e indicativos que atraiam os investidores e investimentos produtivos, e não os especuladores ou rentistas. Por isso, é preciso que o poder político molde a ordem econômica para atrair quem pode ajudar na construção do desenvolvimento sustentável de longo prazo (os investimentos produtivos), e não aqueles que buscam o lucro de curto prazo e a qualquer momento ou sinal de abalo fogem do barco (investimentos especulativos). Isso tudo quer dizer que o tipo de regulação que o poder político faz em torno do direito do desenvolvimento e do sistema financeiro determina o tipo de investidores que são atraídos.

Neste aspecto de indicação do tipo de investimento que se busca fomentar é que se demonstra a urgência de um poder político internacional e de uma ordem econômica global, pois, de todo o investimento internacional disponível, apenas 3% é produtivo, sendo que o restante é especulativo (FARIA, 2004, p. 104). Diariamente são transacionados US\$ 1,5 trilhão nos mercados financeiros do mundo, contudo, apenas 2% disso não é especulativo⁵⁵⁴. É preciso que a ordem internacional intervenha e dê o sinal correto para que a qualidade e a natureza dos investimentos e dos investidores sejam mudadas, sem o que as economias continuarão a disputar especuladores e não investidores e nunca conseguirão se desenvolver de fato. Um indicativo bastante sintomático disso está nos próprios resultados do Consenso de Washington que fez com que os países em desenvolvimento se abrissem para o investimento especulativo, o que resultou em queda do crescimento anual dessas economias, que entre os anos 1960-1980 era de 3%, e depois da abertura, entre os anos de 1980-2000, caiu para 1,5%⁵⁵⁵. Outro problema

maciça de capitais constitui um ataque especulativo, engendrado por determinados grupos financeiros para forçar alterações na taxa de câmbio ou nos preços das ações, propiciando-lhe lucros astronômicos” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 72).

⁵⁵⁴“Os números são, de fato, impressionantes. Segundo dados do *Bank of International Settlements* (BIS), atualmente mais ou menos US\$ 1,5 trilhões em média são transacionados em apenas um dia no mercado financeiro internacional, contra US\$ 18 bilhões negociados em 1977. Mas apenas cerca de 2% dessas operações correspondem a negócios que envolvem diretamente bens ou serviços, referindo-se o montante remanescente a transações financeiras com caráter meramente especulativo. Nesse sentido, Noam Chomsky observa que, até 1971, quando Nixon deu fim à paridade ouro-dólar, aproximadamente 90% das transações financeiras internacionais destinavam-se a investimentos e ao comércio, e apenas 10% à especulação; mas, por volta de 1990, houve uma inversão esses percentuais, estimando-se que os capitais de risco signifiquem hoje algo em torno de 95% do total” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 71-72).

⁵⁵⁵“Ha-Joon Chang, a propósito, observa que, especialmente nas últimas duas décadas do século XX, as pressões dos países ricos sobre os países pobres para que adotassem o livre comércio e procedessem a reformas estruturais acabaram resultando numa desaceleração no desenvolvimento desses últimos: o índice médio de crescimento anual de sua renda per capita caiu de 3%, no período de 1960 a 1980, para 1,5%, de 1980 a 2000, ou seja, diminuiu em 50%. Buscando uma outra explicação para o fenômeno, Paul Singer anota que um dos maiores problemas da globalização consiste no fato de que os investimentos estrangeiros diretos, ou seja, os produtivos, realizam-se entre países desenvolvidos, semelhantes em termos de produtividade e de custo. E, estudando a evolução do fenômeno nos vinte anos que se seguiram à intensificação do intercâmbio financeiro global, registra que, na década de 70, o investimento direto estrangeiro equivalia, em média, a US\$ 21 bilhões por ano, dos quais 76% eram voltados para países desenvolvidos, já no início dos anos 90, o fluxo médio era de US\$ 155 bilhões ao ano, sendo 83% destinados às economias mais avançadas” (LEWANDOWSKI, 2004, p. 93).

em centrar-se em investimentos especulativos ao invés dos produtivos está na relação entre dívida pública, juros e inflação. O Brasil é um exemplo paradigmático nesse sentido, pois há muitos outros países com dívidas públicas muito superiores às do Brasil em relação ao seu PIB, no entanto, esses outros países não possuem problemas com a inflação e não tratam com juros tão altos quanto os brasileiros. Isso ocorre porque esses países, apesar de bastante endividados, são economicamente mais seguros que o Brasil, porque os investimentos que eles atraem são investimentos produtivos de longo prazo⁵⁵⁶. Assim, esses países têm segurança para se endividar (para investir em suas economias) e, ao mesmo tempo, não sofrem problemas graves com inflação e não precisam aumentar seus juros, o que apenas atrairia especuladores de curto prazo. Com essa constatação reforça-se o argumento que um sistema financeiro é decisivo para o desenvolvimento, desde que o investimento que esse sistema seja capaz de captar seja produtivo e de longo prazo.

A terceira ferramenta para o desenvolvimento é a promoção da evolução tecnológica, pois, desde muito tempo, se sabe que um dos fatores mais importantes na competitividade econômica e no crescimento, bem como no aumento da qualidade de vida da população, é a tecnologia, que inclui, dentre outras tantas, a tecnologia da informação e as tecnologias biológicas (para lembrar o que já se disse mais acima sobre biodiversidade)⁵⁵⁷. Aliás, é importante resgatar a discussão sobre o sistema financeiro, pois sem um forte investimento é impossível produzir novas tecnologias, assim, a ferramenta anterior é pressuposto desta⁵⁵⁸. A

⁵⁵⁶“Cabe aqui uma digressão sobre a questão do déficit público e da inflação. Por que há países que possuem déficit público, em relação ao PIB, mais elevado que o Brasil, como é o caso da Itália, Estados Unidos, Espanha, entre outros, e têm taxas de inflação quase nulas?”

“Para responder a essa questão, devemos avaliar não o montante ou valor do déficit, mas sim seu horizonte de financiamento. As dívidas daqueles países de moeda forte estão distribuídas de maneira relativamente uniforme ao longo de um horizonte de tempo de 10, 15, 20, 30 anos, e, nesses prazos, investidores internacionais adquirem títulos públicos desses países. Contudo, não adquirem títulos de longo prazo do governo brasileiro. Na realidade, nem os investidores nacionais costumam comprar títulos públicos de longo prazo do governo brasileiro, preferindo os de curto prazo. É claro que o investidor, qualquer que seja sua nacionalidade, prefere investir em países que ofereçam menores riscos para suas aplicações, e essa é uma das razões pelas quais países em desenvolvimento acabam sendo impelidos a oferecer taxas de juros relativamente elevadas, visando atrair capitais externos” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 243-244).

⁵⁵⁷“Desde os anos 1970, as previsões econômicas estão considerando as tecnologias biológicas e as tecnologias da informação como elementos essenciais da competitividade das próximas décadas. Prioriza-se sempre o elemento da pesquisa e do desenvolvimento ou, para dizer melhor, da ciência e da técnica” (HERMITTE, 2004, p. 1).

⁵⁵⁸“É grande ilusão pensar que o Brasil tem condições de fundar sua independência tecnológica imediatamente. Em primeiro lugar, ciência e técnica, como forças produtivas em si mesmas, isto é, independentemente de onde atuam, são produtos da civilização. Em segundo lugar, a ciência e a técnica só frutificam como tecnologia de ponta onde exista um capitalismo financeiro estruturado ou o socialismo. Dado o caráter embrionário de nosso capitalismo financeiro, não podemos produzir tecnologia de ponta. Assim, antes de produzir tecnologia, devemos nos tornar importadores dessa mercadoria. Não apenas ‘importadores virtuais’ como sempre fomos – dado que a tecnologia engendrada pelos países de vanguarda é insumo obrigatório, ainda quando não explícito, dos produtos importados finais –, mas importadores de ‘tecnologia pura’”.

“Até hoje, ao importar indiretamente tecnologia na forma de equipamentos predeterminam-se as funções de produção, em razão de sua densidade tecnológica, e, a partir daí, condenamo-nos a importar também outros

tecnologia é tão importante e decisiva para o processo de desenvolvimento de qualquer economia, que algumas definições de subdesenvolvimento chegam a relacionar atraso no desenvolvimento com atraso tecnológico, indicando literalmente que existe um vínculo muito evidente entre tecnologia e desenvolvimento econômico (TOLMASQUIM, 1991, p. 30).

Ademais, se as previsões de Kondratieff, apresentadas no primeiro capítulo (item 1.2), estiverem corretas, a única forma de superar as fases depressivas dos ciclos econômicos é pelo domínio das tecnologias inovadoras que colocam em crise as técnicas antigas. Sem o processo de destruição criativa de que a superação de uma tecnologia por outra proporciona inexistiria progresso econômico. Assim, aquelas economias onde nascem essas novas técnicas costumam ser pioneiras e colher primeiro seus frutos garantindo uma passagem mais segura nesta transição tecnológica, que é geralmente bastante traumática para as economias que vêm a reboque das outras⁵⁵⁹. Todavia, é importante alertar que não basta que surja uma nova técnica para que o país se torne dominante. É preciso que tenha as condições materiais e humanas compatíveis com a nova técnica para que ocorra o processo de renovação⁵⁶⁰. Isso mostra que a evolução tecnológica em uma economia pressupõe (além de financiamento) uma evolução educacional, científica e humana. Além de financiar empresas é preciso que haja o financiamento de escolas e universidades que formarão a base humana para que essa nova tecnologia seja recebida e aproveitada por uma nova geração, com uma nova formação adaptada à nova realidade técnica existente.

A quarta ferramenta do desenvolvimento é a participação do poder político, pois o desenvolvimento não pode ser obtido apenas por meio do livre jogo do mercado⁵⁶¹, porque o mercado vê a curto prazo, e o desenvolvimento é do longo prazo; porque o mercado é individualista, e o desenvolvimento é uma ação coletiva; porque o mercado é quantitativo, e o desenvolvimento é qualitativo. Não basta apenas o mercado, é preciso um poder político

integrantes das funções de produção, de densidade tecnológica mais baixa, embora o seu suprimento interno já esteja ao nosso alcance” (TOLMASQUIM, 1991, p. 30-31).

⁵⁵⁹“A superação dos ciclos econômicos de longo prazo só seria possível pelo rigoroso planejamento da economia, que disciplinasse a introdução da ‘nova técnica’ de forma a que coexistissem unidades produtivas de diferentes idades, cristalizadoras de tecnologias de gerações diferentes, condicionado custos muito díspares. Isso permitiria a preservação de suficientes oportunidades de inversão que pudessem ser portadoras das ‘novíssimas tecnologias’” (TOLMASQUIM, 1991, p. 28).

⁵⁶⁰“Não basta que em algum lugar exista uma tecnologia mais sofisticada para que um país tenha seu domínio virtual. Para que a tecnologia se viabilize, são necessários recursos materiais e humanos com ela compatíveis e a competente motivação que desencadeie o processo de renovação” (TOLMASQUIM, 1991, p. 30).

⁵⁶¹“O desenvolvimento é um processo global, que mobiliza fatores diversos (educacional, econômico, tecnológico, científico, social) dentro de um quadro planejado com previsão normativa. O desenvolvimento requer planejamento, interligação das variáveis sociais (melhor, sociológicas), recursos financeiros e econômicos, investimentos que ultrapassam a capacidade econômica dos particulares, ação racionalizada (planejamento), direção do processo, em vez da espontaneidade do livre jogo dos fatores econômicos, e vontade ou decisão de mudança” (VILANOVA, 2003, p. 468).

disposto a investir capital humano, político e econômico no longo prazo, ordenando o coletivo para alcançar padrões qualitativos. Essa premissa se confirma quando se analisa os rumos e os destinos que os países latino americanos e os asiáticos tiveram após os anos 1980 e a onda liberalizante difundida pelo Consenso de Washington, em que os países asiáticos que se mantiveram fiéis ao seu modelo desenvolvimentista com forte atuação estatal, tiveram níveis de industrialização maiores que os latino-americanos, bem como um nível de bem-estar superior, já que a Coreia do Sul – principal expoente desse modelo asiático – é a 11ª economia do mundo e encontra-se na 17ª posição do IDH (vide tabelas 1.1 e 3.4). Em comparação, os países da América Latina sofreram profunda desindustrialização, uma contínua rotina de instabilidades e crises e resultados muito inferiores aos demais com relação à qualidade de vida de seus cidadãos⁵⁶². Inclusive – para retomar a ferramenta anterior da tecnologia e da educação –, esta divisão entre as políticas latino-americanas (especificamente brasileiras) e asiáticas (principalmente sul-coreanas) são reforçadas em vista do desempenho da educação dos dois países, em que na Coreia do Sul houve massivo investimento na área educacional, enquanto que o Brasil sempre negligenciou o plano da educação.

É em vista dessa necessidade da presença de um poder político para que o desenvolvimento possa se desenrolar, que se diz que não deve existir separação entre política e economia, pois a economia não pode ser guiada apenas pelas forças de mercado, mas deve ser regulada pelo poder político.⁵⁶³ Isso não quer dizer – é importante que se diga – que se advoga uma política econômica dirigista da economia, muito menos que se substitua o mercado pelo poder político na condução e planejamento da atividade econômica. O que se quer dizer é que não o planejamento da atividade econômica, mas sim que o planejamento da macroeconomia e do desenvolvimento devem ficar à cargo do poder político⁵⁶⁴. Há alguns que criticam essa posição dizendo que onde há instabilidade política o capitalismo não costuma florescer, pois o capitalista não investe onde não haja segurança política. O diagnóstico é verdadeiro, mas a crítica é falsa, pois a instabilidade política geralmente ocorre não onde é abundante e atuante o poder político, mas sim onde ele se omite, de tal maneira que, a instabilidade política que

⁵⁶²“A tentativa de dismantlar o Estado desenvolvimentista fracassou nos países do Leste e do Sudeste asiático, mas teve êxito na América Latina, que até adotou as reformas e políticas macroeconômicas neoliberais que os países desenvolvidos não haviam adotado, e esta é provavelmente uma razão básica de a região ter permanecido em nível inferior desde 1980” (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 83).

⁵⁶³“O desenvolvimento, por sua vez, só é pensado e praticado sem que haja uma separação institucional da sociedade em uma esfera política. Esta união é sublinhada por Assmann, quando afirma que o direito econômico é um instrumento da política econômica. ‘Deve ser observado como um novo tipo de direito, que serve de instrumental à efetivação de programas de ação política’” (DERANI, 2008, p. 48).

⁵⁶⁴“Planejamento a que respeita o § 1º do art. 174 é o planejamento do desenvolvimento nacional – não o planejamento da economia ou planejamento da atividade econômica, observe-se desde logo” (GRAU, 2005, p. 309).

atrapalha o capitalismo, não se resolve com menos poder político, mas com sua maior e melhor atuação⁵⁶⁵.

Finalmente, a quinta e última ferramenta do desenvolvimento é a promoção da igualdade, pois não é possível alcançar este objetivo sem quebrar o ciclo do subdesenvolvimento que é composto pela pobreza e desigualdade, que funcionam como causa e consequência uma da outra⁵⁶⁶. O item 1.3 do primeiro capítulo demonstrou o papel da desigualdade social no plano geral da crise dos direitos, da economia e do Estado nacional e como é fundamental quebrar esse ciclo para que os direitos sejam assegurados, isso porque a desigualdade gera, de um lado, pobreza, marginalização e morte, e, de outro, concentração de riqueza e poder, o que faz com que todas as relações (para retomar o que se disse no primeiro capítulo) passem a ser mediadas e avaliadas da perspectiva econômica, monetária ou pelo preço, transformando direitos em mercadorias, que são fruíveis apenas por aqueles que podem pagar por elas. Contudo, a ótica do novo direito – isto é, o direito do homem, para o homem e pelo homem, cujo centro e essência são as necessidades e expectativas humanas – e do direito do desenvolvimento – como aumento da qualidade de vida e elevação do bem-estar – demonstra que não é admissível que direitos básicos e vitais sejam patrimonializados⁵⁶⁷.

É por essa razão que o desenvolvimento pode ser descrito também como um crescimento em que haja melhora do nível de vida das pessoas por meio do equilíbrio entre distribuição de renda e condições de vida saudável, ou seja, não basta uma mera elevação do PIB ou da renda *per capita*, é preciso que esse crescimento seja equilibrado por meio da distribuição de renda e do acesso a condições de vida minimamente saudáveis. O mero crescimento do PIB sem esse equilíbrio é muito mais um efeito acentuador da desigualdade (pois afasta ainda mais ricos e pobres) do que um sinal de desenvolvimento⁵⁶⁸. Apesar de já se

⁵⁶⁵ “Los capitalistas lo saben y por eso tienden a no invertir allí donde el riesgo político es excesivo, como ocurre en algunas de las nuevas democracias de Europa oriental. Su problema no es el exceso de gobierno, sino la falta de éste. Cuando el gobierno es incoherente, incompetente e impredecible, los actores económicos no piensan en el futuro lejano. A falta de ley y orden lo que prospera no es la libre empresa sino el capitalismo de los ladrones, el dominio de los violentos y los inescrupulosos” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 94).

⁵⁶⁶ “Dir-se-á que a Constituição, aí, nada mais postula, no seu caráter de Constituição dirigente, senão rompimento de processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais, atuam em regime de causação circular acumulativa – são causas e efeitos de si próprias” (GRAU, 2005, p. 218).

⁵⁶⁷ “De modo diverso a lo que sucede con los bienes personalísimos y los bienes comunes, los sociales pueden ser también patrimoniales, pero sólo por la cantidad excedente del mínimo vital. Precisamente por su escasez, tienen carácter público y fundamental en la medida necesaria para satisfacer los derechos sociales de subsistencia; en cambio, tienen carácter privado y patrimonial en lo que exceda de aquélla” (FERRAJOLI, 2013, p. 575).

⁵⁶⁸ “Desenvolvimento econômico é garantia de um melhor nível de vida coordenada com equilíbrio na distribuição de renda e de condições de vida mais saudáveis. A medida de renda per capita não se mostra como o mais apropriado indicador do desenvolvimento econômico compreendido pela ordem econômica constitucional. O grau de desenvolvimento é aferido sobretudo pelas condições materiais de que dispõe uma população para o seu bem-estar” (DERANI, 2008, p. 226).

ter demonstrado exaustivamente, sob várias óticas, argumentos e bases doutrinárias, que não basta o crescimento, mesmo assim ainda há aqueles que defendem que, embora a distribuição de renda e a busca da superação dos níveis inaceitáveis de desigualdade seja importante, só é possível falar em redistribuição após certos níveis de crescimentos, ou seja, em uma frase, “para dividir é preciso crescer antes”. O argumento parece bastante lógico (óbvio até), já que para distribuir é preciso ter o que distribuir. Todavia, ele reduz a complexidade da questão e parece ignorar propositalmente o fato de que, embora o crescimento econômico seja relevante para a diminuição das desigualdades, ele não é suficiente (ROMEIRO, 2001, p. 8). Aliás, o argumento “crescer primeiro, dividir depois” possui alguns problemas graves. O primeiro deles é que um crescimento que se faz ignorando e tolerando conscientemente as desigualdades sociais redundando em exploração e degradação social, já que é a típica forma de pensamento que justifica a redução e destruição de certos marcos legais e direitos visando apenas o crescimento (como, por exemplo, a periclitada das condições de trabalho, a desregulação das relações econômicas e tantas outras já apontadas), portanto, ele nunca terá potencial de se transformar ou gerar desenvolvimento. O segundo problema é que essa prioridade no crescimento e postergação da redistribuição leva, inexoravelmente, à erosão do tecido social, pois, ao privilegiar unilateralmente o crescimento desequilibrado, a desigualdade apenas cresce, isto é, o abismo entre ricos e pobres aumenta de forma exponencial quebrando a coesão e unidade sociais, fragmentando o corpo social em várias partes desconectadas e, não raras vezes, conflitantes. Por fim, o terceiro problema é que aqueles que defendem que é preciso crescer para dividir nunca dizem o quanto é necessário crescer para começar a distribuir, quase sempre deixam essa “meta aberta” ou indefinida⁵⁶⁹.

A desigualdade é, portanto, um mal sério, que precisa ser resolvido, pois ela impede que qualquer crescimento que uma economia conquista se converta em desenvolvimento, já que todas as potencialidades de bem-estar e qualidade de vida que esse crescimento potencialmente pode fornecer fica restrito ou acumulado em apenas uma camada social. Todavia, não são apenas os benefícios do crescimento que são distribuídos de forma desigual, os prejuízos também, já que os problemas ambientais decorrentes da poluição, do uso predatório

⁵⁶⁹“Durante muito tempo no Brasil, fez fortuna a ideia de não ter sentido distribuir um bolo pequeno. Primeiro dever-se-ia fazer o bolo crescer para depois distribuir melhor as suas fatias. Este é um exemplo de proposição economicamente duvidosa – porque não há como garantir o crescimento do bolo – e politicamente inviável – por sinalizar a uma grande parcela da população que nada ou muito pouco será feito para a melhora de seu nível de vida por uma ou duas gerações –, levando seguramente à desagregação social, pois essa parcela saberá não ter como chegar aos objetivos de sua escolha. E, finalmente, quem decidirá quando o bolo já terá crescido o suficiente? A chamada ‘década perdida’ – dos anos 80 – mostrou a inconsistência de tal posição. No Brasil, o bolo não apenas diminuiu, mas foi tirado da mesa. Ademais, a justiça, no sentido de melhor distribuição de renda, conecta-se com a liberdade, como se verá logo abaixo” (NUSDEO, 2008, p. 178).

de agrotóxicos, do desmatamento irresponsável, da contaminação da água e do ar e tantos outros são desigualmente percebidos pelas diversas camadas da sociedade. Enquanto os rendimentos econômicos do crescimento se acumulam nos mais ricos, os danos ambientais, as enchentes e as doenças se acumulam justamente na camada mais pobre⁵⁷⁰. E, para completar esse ciclo de desigualdade, pobreza e subdesenvolvimento, as relações desiguais se estendem inclusive na forma como o orçamento público é gasto. Como se viu mais acima a carga tributária regressiva faz com que os mais pobres paguem mais impostos que os ricos, contudo, o investimento público tem como principais beneficiários os mais ricos, seja por meio de isenções fiscais, seja pelos financiamentos subsidiados para grandes empreendimentos e tantos outros exemplos.

Para combater essa desigualdade – que inviabiliza a transformação do crescimento em desenvolvimento, que perverte o investimento público e que joga parte da população em uma situação periclitante – é preciso resolver o aparente conflito entre crescimento e distribuição, que existe, em grande parte, em vista do fator educacional e da baixa qualificação da mão-de-obra. A falta de formação cria um contingente de pessoas que, aos olhos do atual sistema produtivo, são de pouco valor e substituíveis a qualquer momento, isso os coloca em uma situação de extrema inferioridade ficando impossibilitados de acessar melhores postos de trabalho e permanecendo em constante risco de desemprego⁵⁷¹. A solução, portanto, embora não se reduza a isso, pois o tema é complexo demais, está na elevação dos níveis educacionais, que começam já no ensino básico e vão até a formação superior especializada. Apenas uma política educacional, por meio de um investimento público massivo, é que será possível dar uma resposta e uma solução definitiva e de longo prazo à desigualdade (BOLLE, 2016, p. 217). Combater a desigualdade, portanto, é romper a barreira que separa uma economia do desenvolvimento.

⁵⁷⁰ “Qualquer análise que se faça do meio ambiente no Brasil – e, nisto, nada temos de diferente dos demais países do mundo – demonstrará que os principais problemas ambientais se encontram nas áreas mais pobres e que as grandes vítimas do descontrole ambiental são os mais desafortunados. De fato, há uma relação perversa entre condições ambientais e pobreza. Assim, parece óbvio que a qualidade ambiental somente poderá ser melhorada com mais adequada distribuição de renda entre membros de nossa sociedade. A propósito, o Brasil é signatário da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento que, no § 1º do art. 1º, dispõe: ‘O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados’. Tal disposição deve ser interpretada conjuntamente com o § 1º do art. 2º, que define: ‘A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento’”(ANTUNES, 2008, p. 25).

⁵⁷¹ “O crescimento econômico pode facilitar a solução de problemas relativos à pobreza, pois os conflitos sociais sobre a divisão do bolo produtivo podem ser abrandados quando ele aumenta. Nesse sentido, poder-se-ia aumentar a renda dos pobres sem diminuir a dos ricos”.

“Entretanto, no Brasil e em outros países em desenvolvimento, as metas de crescimento e equidade distributiva têm-se mostrado conflitantes, fundamentalmente devido ao fator educacional, com a maioria da mão-de-obra com baixa qualificação e, portanto, com baixos rendimentos” (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p. 111).

Se no capítulo anterior, quando foi apresentada a esfera pública internacional, objetivou-se apresentar uma solução para a crise do Estado nacional (um dos fatores para a morte dos direitos, já que ao Estado cabia a tarefa de reconhecer, tutelar e efetivar direitos), neste item, em que se apresentou os contornos para uma ordem jurídica econômica nova (ou pelo menos diferente e adaptada), se buscou desenvolver a solução para outro fator que – juntamente com a crise do Estado – leva à crise dos direitos, qual seja, a crise da economia capitalista.

A partir disso, o objetivo foi desenvolver uma ordenação jurídica que mantivesse padrões coerentes com a manutenção e tutela dos direitos postos em perigo por essa crise econômica. O cerne dessa ordenação jurídica é o homem. Esse direito enfrenta as influências econômicas que colocam em perigo os direitos em duas frentes. A primeira por meio de uma ordenação de caráter “negativo” para impor limites e regras à economia diminuindo sua força e influência sobre as demais formas de ordenação e, em especial, sobre os direitos. Trata-se do direito anticíclico que, como uma barreira, enfrenta as instabilidades econômicas e impede ou ameniza os seus impactos sobre os direitos. A segunda frente atua por meio de uma ordenação de caráter “positivo” no sentido de promover o desenvolvimento. Trata-se da criação do direito do desenvolvimento que objetiva usar a força econômica para construir a base material para a sustentação e fruição dos direitos. Com este duplo movimento a economia é novamente controlada e retirada de seu estado de crise cíclica, sendo eleito e forjado um novo tipo de capitalismo mais adaptado e compatível com os direitos (individuais, políticos e sociais).

Toda essa mudança e superação do quadro de crise econômica, entretanto, será inócua se não for acompanhada pela democratização do sistema econômico capitalista, que precisa ser mais aberto e acessível às pessoas – ou seja, é inútil construir uma ordem econômica desejável e justa, um capitalismo compatível com os direitos e uma economia estável se ela não pode ser acessada pela totalidade das pessoas. É igualmente desaconselhável fortalecer o capitalismo se prevalecer a tensão entre ele e a democracia, o que fará com que a força contra a democracia seja ainda maior e a crise sistêmica, ao invés de diminuir, se torne mais forte, afetando ainda mais negativamente os direitos. É necessário, portanto, tornar o mercado mais inclusivo e permeável à participação igualitária de todos, isto é, tornar os mercados mais democráticos e fazer cessar a tensão que existe entre a economia capitalista e a democracia.

3.2 A DEMOCRATIZAÇÃO DO CAPITALISMO

Face a invasão do capitalismo na política e a sua tendência antidemocrática de excluir mais pessoas que incluir em vista da desigualdade que acaba provocando, é necessário democratizar o capitalismo, no sentido de franquear a todas as pessoas acesso igual, afinal, se a economia e o mercado são o novo espaço onde as decisões são tomadas e interferem pesadamente na vida das pessoas, nada mais justo e desejável que todos tenham acesso e possibilidade de influir nas decisões ali tomadas, já que a seara política foi dominada pela economia. Ademais, se no atual contexto a economia é parte relevante na determinação de quem tem direitos, quais direitos devem ter e como fruir desses direitos, então a defesa dos direitos passa, necessariamente, por permitir que todas as pessoas que são titulares desses direitos possam fazer parte do espaço onde essas decisões são tomadas. É por esse motivo que, no atual contexto, democratizar o acesso ao mercado e ao capitalismo como um todo implica democratizar o poder, pois o poder, já desde muito tempo (e mais recentemente com maior intensidade) sempre esteve associado à capacidade econômica, à riqueza e, no caso do capitalismo, ao capital (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 69-70). Assim, se o centro decisório se tornou híbrido, pois composto de uma faceta política e de outra econômica, então a própria cidadania – como capacidade de acessar o centro decisório e dele participar ativamente – também ganha contornos híbridos, isto é, a cidadania além de política é, igualmente, econômica. Se a faceta da cidadania política implica acesso ao poder político, a faceta econômica da cidadania leva, necessariamente, ao acesso ao poder econômico (ou mais especificamente, ao sistema capitalista) (BRESSER-PEREIRA, 2009, p. 170). A democratização do capitalismo ou do espaço econômico significa, portanto, de forma bastante direta, repartir o poder econômico, assim como a democratização política implica a repartição do poder político. É fazer com que o acesso ao capitalismo e aos mercados não fique restrito a apenas um grupo minoritário, mas que seja franqueado a todos, pois os destinos de todos e os direitos de todos são decididos ali.

Se, então, o objetivo é democratizar o capitalismo, e, como se disse no primeiro capítulo, a democracia pressupõe igualdade, esta democratização implica promover a igualdade econômica. Aliás, alguns autores – como Hermann Heller – indicam que existe uma relação entre o grau e o tipo de igualdade que se promove na sociedade e tipo de democracia que dela decorre: “(...) a mais radical igualdade formal torna-se, sem uma correspondência material, a mais radical democracia formal acompanhada da mais radical desigualdade material, tornando-se a ditadura da classe dominante” (DERANI, 2008, p. 250). Ou seja, é necessário, para satisfazer a exigência democrática por igualdade no sistema econômico, que se transcenda a mera igualdade formal, pois esse tipo de igualdade, quando desacompanhada da igualdade

material, costuma ser produtora de mais desigualdade real degradando ainda mais as relações⁵⁷². Sobre as diferenças entre igualdade formal e material, Pietro Perlingieri afirma que a igualdade formal expressa a revolução realizada, em que todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção, enquanto que a igualdade substancial (também conhecida como material) é a revolução prometida em que se removem os obstáculos materiais (econômicos e sociais) para que a pessoa tenha liberdade e igualdade de fato⁵⁷³. Em razão da necessidade de igualdade substancial para que a democratização do capitalismo ocorra, defende-se a existência de políticas públicas de caráter redistributivo e de minimização das desigualdades sociais extremas (aquelas que excedem um mínimo socialmente tolerável) para promover a igualdade material, especialmente naqueles lugares em que – como no Brasil – a desigualdade é abissal (CARVALHO, 2002, p. 22). Estas políticas públicas de redução das desigualdades se manifestam principalmente (mas não exclusivamente) por meio dos direitos sociais e de bem-estar, sendo que, promovido um patamar mínimo de igualdade entre as pessoas, todos passam a se sentir parte da mesma comunidade e integrados entre si, o que aplaca as tensões entre as classes sociais permitindo maior cooperação entre elas e também maior legitimação dos governos. À medida que todas as pessoas vão sendo incluídas no sistema econômico de forma minimamente igualitária também são reduzidas as instabilidades sociais e a própria criminalidade, já que todos possuem uma mesma identificação, valores e possibilidades, criando um vínculo de pertencimento e de manutenção do sistema econômico existente⁵⁷⁴.

⁵⁷²“Podemos ver a igualdade e a indiferença que o mercado necessita e promove operando em uma ordem do tipo *Gesellschaft*. Ela destrói a velha sociedade feudal, atacando a noção de status e substituindo-o pela igualdade de todos perante a lei. Mas como essa igualdade funciona? Como podemos considerar as pessoas iguais quando elas são, por óbvio, profundamente diferentes? Acontece que as despimos de todas as coisas em que são diferentes umas das outras. Finalmente, então, chegamos a algo em que podemos dizer que elas são iguais e podem ser tratadas igualmente, mas, no entanto, isso não é concreto. Ao contrário, nos deparamos com o conceito abstrato de ser sujeito de Direito. É enquanto sujeitos de Direito, portadores abstratos de direitos e deveres perante o Direito, que tratamos pessoas concretas de maneira igual. Assim, a verdadeira pessoa humana torna-se uma abstração, um ponto em que é localizado um nexo de direitos e deveres. Outros fatos concretos sobre elas são irrelevantes para o Direito. Isso redundando no fato de o Direito considerar irrelevantes as circunstâncias e condições materiais do indivíduo em particular. Em tese, somos igualmente capazes de hospedarmo-nos no Ritz, mas apenas aqueles que possuem dinheiro suficiente podem fazê-lo. Todos somos igualmente capazes de dormir embaixo das pontes sobre o rio Sena. Tratar os desiguais de maneira igual apenas cria mais desigualdade” (BANKOWSKI, 2007, p. 101).

⁵⁷³“Afirma-se, comumente, que o art. 3º Const. enuncia no § 1º a igualdade formal e no § 2º aquela substancial; a primeira seria expressão de uma revolução praticamente realizada, a segunda, ao contrário, de uma revolução ‘prometida’. Pela primeira, os cidadãos têm ‘igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais’; pela segunda, é ‘tarefa da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País’” (PERLINGIERI, 1999, p. 44).

⁵⁷⁴“Institucionalizados en memoria de la última guerra y en parte como anticipación de la siguiente, los derechos de bienestar – transferencias de dinero, atención médica, alimentación, vivienda, empleos, capacitación laboral o una mezcla de todas estas cosas – son un medio entre muchos de hacer que los desposeídos sientan que ellos también participan en una empresa nacional común. Cuando todas las partes se benefician, la conjunción de derechos de propiedad y derechos de bienestar puede cumplirse y sostenerse en el tiempo”.

Frente tudo o que foi exposto até aqui, a pergunta que resta é: como realizar essa democratização? Qual o significado dessa igualdade material? Quais os instrumentos para alcançar esse objetivo? A resposta a essas questões é bem simples, basta saber identificar o significado de democracia e, dos elementos constitutivos do capitalismo, o que deve ser acessado de forma igual pelas pessoas para que a igualdade material se efetive. Para Norberto Bobbio a ampliação da democracia, ou seja, o processo de democratização, não se restringe a ampliar o número de “quem” vota, mas também e especialmente “onde” vota, isto é, em que contextos, locais e institucionalidades dá-se a oportunidade para que as pessoas escolham e decidam⁵⁷⁵. Assim, a democratização do capitalismo significa transformar o mercado em um lugar onde as pessoas possam “votar”, ou seja, decidir. Enquanto que na perspectiva política a democratização implica atribuir ao cidadão o direito ao voto (em eleições e também em consultas públicas), no âmbito econômico a capacidade de “votar” se caracteriza pela posição que uma pessoa possui na produção social, que é acessada por meio das trocas. Em termos mais diretos, o que deve ser democratizado é o próprio capital, pois é ele o substrato ou o elemento constituidor do capitalismo⁵⁷⁶. Apenas aqueles que possuem capital e conseguem produzir capital são relevantes para o capitalismo e participam dele. Por isso, democratizar o capitalismo envolve oportunizar o acesso igualitário ao capital e às possibilidades de sua produção. Mais especificamente, a democratização econômica consiste em integrar as pessoas por meio do acesso de todos seja como empregados, como consumidores ou como empresários⁵⁷⁷. Essa

“Para contar con el apoyo activo de los indigentes, y no con su mera aquiescencia inerte, los gobiernos deben hacer gestos palpables de inclusión. Lejos de ser protecciones negativas contra la interferencia gubernamental, los derechos civiles – como el derecho a votar, a tener un proceso justo y a la educación pública – atraen a los individuos excluidos al interior de la comunidad”.

“El empleo regular y la propiedad de viviendas reducen el nivel de inestabilidad social y los delitos violentos” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 218-219).

⁵⁷⁵“Após a conquista do sufrágio universal, se ainda é possível falar de uma extensão do processo de democratização, esta deveria revelar-se não tanto na passagem da democracia representativa para a democracia direta, como habitualmente se afirma, quando na passagem da democracia política para a democracia social – não tanto na resposta à pergunta ‘Quem vota?’, mas na resposta a esta outra pergunta: ‘Onde se vota?’ Em outros termos, quando se quer saber se houve um desenvolvimento da democracia num dado país o certo é procurar perceber se aumentou não o número dos que têm o direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito. Até que os dois grandes blocos de poder sitiados nas instâncias superiores das sociedades avançadas, a empresa e o aparato administrativo, não sejam dissolvidos pelo processo de democratização – deixando-se de lado a questão de saber se isto é não só possível mas sobretudo desejável –, o processo de democratização não pode ser dado por concluído” (BOBBIO, 2015, p. 50).

⁵⁷⁶“Essência do capitalismo não se encontra contida na consagração da propriedade privada dos bens de produção, porém na posição ocupada pelo indivíduo diante da produção social, mercê da qual o acesso a ela se dá através do intercâmbio (não, pois, em razão do caráter coletivo da produção)” (GRAU, 2005, p. 174).

⁵⁷⁷“Democratização da atividade econômica está voltada à maior participação da sociedade na produção e seus resultados. Isto significa a inserção do indivíduo no mercado com a realização dos princípios de pleno emprego, poder de consumo, acesso à atividade empresarial (combate a monopólio e oligopólio) e aos meios de produção, discussão das diretrizes de política econômica. Em suma, garantir materialmente o exercício da capacidade produtiva do indivíduo, não como máquina produtora de mercadoria, mas como um ser humano capaz de

necessidade de democratização do capital para que se possa ser recebido e integrado ao capitalismo não afeta apenas as pessoas, mas se estende também para os Estados, de tal forma que só se beneficiam do capitalismo aqueles que conseguem acumular capital, enquanto que os demais restam à margem do sistema⁵⁷⁸.

O primeiro mecanismo para a democratização do capital está na pulverização e facilitação da propriedade privada. O capitalismo, ao superar as premissas do feudalismo, realizou muitas mudanças na estrutura econômica e social, contudo, algo do feudalismo permaneceu: a base do poder econômico continuou fincado na propriedade⁵⁷⁹. Não é por outra razão que as duas premissas do capitalismo estão na propriedade dos bens de produção e na liberdade de contratar – muito embora a liberdade contratual seja apenas complemento ou extensão da propriedade⁵⁸⁰, afinal a liberdade de contratar é absolutamente irrelevante no ambiente do capitalismo quando não se tem a propriedade, já que para contratar é condição essencial ter o que contratar⁵⁸¹. A relação entre capitalismo e propriedade é tão forte e antiga que John Locke já dizia que ser proprietário era condição essencial de liberdade e de igualdade na sociedade capitalista (ANTUNES, 2002, p. 31). Enfim, a lógica capitalista entende que só é

comunicar sua humanidade, quando lhe são asseguradas bases dignas para o desenvolvimento de sua existência” (DERANI, 2008, p. 261).

⁵⁷⁸ “A articulação de todas essas características explica como e por que a ‘economia-mundo’ está dividida em algumas áreas fortemente beneficiadas pela concentração dos fluxos tecnológicos, pela rentabilidade dos capitais financeiros, produtivos e mercantis e pela captação dos investimentos diretos e outras permanentemente desfavorecidas. Ou seja: em áreas que, graças ao poder de seletividade e negociação proporcionado por seu produto interno e à capacidade de resposta de suas elites empresariais em ação conjunta com seus governos, revelaram-se capazes de promover sua integração ativa no mercado globalizado; e áreas que, pela debilidade estrutural de suas economias, pela concentração de renda limitando o acesso ao consumo, pela mão-de-obra bastante aviltada e muitas vezes desprovida de direitos e pelas viciadas relações corporativas entre suas forças empresariais e as instituições governamentais, foram levadas a uma integração passiva” (FARIA, 2004, p. 91-93).

⁵⁷⁹ “El problema es que en feudalismo el poder está fundado en la propiedad; y esa fundamentación no varía después, porque el propio interés y la utilidad vienen condicionados por los medios con los que cuenta cada individuo. A pesar de ello se potencia la libertad como primera premisa, cosa que corregirá posteriormente el socialismo” (LALAGUNA, 1992, p. 160).

⁵⁸⁰ “Tem-se afirmado, sistematicamente, que os dois valores fundamentais juridicamente protegidos nas economias do tipo capitalista são, simetricamente, o da propriedade dos bens de produção – leia-se propriedade privada dos bens de produção – e o da liberdade de contratar (ainda que se entenda que tais valores são preservados não em regime absoluto, mas relativo”.

“A verdade, no entanto, é que tais valores não estão dispostos em situação simétrica, sendo mais correto observar que a liberdade de contratar não é senão um corolário da propriedade privada dos bens de produção. Isso porque a liberdade de contratar tem o sentido precípua de viabilizar a realização dos efeitos e virtualidades da propriedade individual dos bens de produção. Em outros termos: o princípio da liberdade de contratar é instrumental do princípio da propriedade privada dos bens de produção. A atuação do Estado sobre o domínio econômico, por isso mesmo, impacta de modo extremamente sensível sobre o regime jurídico dos contratos” (GRAU, 2005, p. 94).

⁵⁸¹ “Habría que hacer no obstante una distinción, al referirnos al protagonismo de la libertad. Desde el punto de vista económico se potencia la libertad de comercio. Pero, sin olvidar que ésta no es posible sin el presupuesto de la libertad personal. El problema más importante es que la libertad de comercio sólo puede ejercitarla el que tiene bienes para intercambiar. Y en ese sentido se potencia también la desigualdad, sobre todo con respecto al que por no tener, no puede intercambiar. De hecho son numerosos los individuos obligados a vender su fuerza de trabajo por un salario, precisamente por estar desprovistos de medios de producción” (LALAGUNA, 1992, p. 162).

membro da sociedade e participante dela aqueles que têm condições de atuar economicamente, isto é, aqueles que são proprietários⁵⁸². Essa lógica fica muito clara e é aplicada na prática quando da elaboração da Constituição norte americana, quando Thomas Jefferson defendeu o regime democrático (contrário aos federalistas liderados por Hamilton e Jay) e, para consolidar o regime, realizou uma profunda disseminação da propriedade (GOODWIN, 2014, p. 56-57).

Hernando de Soto (2001) se espelha no exemplo norte americano de abertura de acesso à propriedade e defende que é justamente esse acesso facilitado à propriedade regular e legalizada que é a grande receita para a produção do capital. Ele observa que foi graças a isso que os Estados Unidos se tornaram a grande potência econômica que são hoje, e que todos os países que conquistaram uma posição privilegiada em suas economias fizeram o mesmo trajeto. O autor indica que o capital não está restrito aos ativos físicos ou ao dinheiro, o capital é, em realidade, produto das potencialidades econômicas fruto da relação que se estabelece entre estes ativos dentro de um sistema legal de propriedade formal. Em outras palavras, o que Hernando de Soto defende é que o capital transcende o dinheiro físico e a propriedade (móvel ou imóvel), pois o capital está em suas potencialidades, que não as físicas ou intrínsecas à coisa, mas atribuídas ou reconhecidas a elas pelo sistema legal de propriedade, ou seja, é a lei que cria o capital, mais especificamente, é o sistema legal formal de propriedade o responsável por estabelecer uma rede de ativos e atribuir a eles a capacidade de gerar capital⁵⁸³. Daí deriva a conclusão do autor de que só é possível criar capital dentro do sistema legal, pois qualquer ativo, por mais valioso que seja, que não esteja dentro do sistema formal e legal de propriedade está, automaticamente, impossibilitado de gerar capital⁵⁸⁴.

⁵⁸²“Quizá el problema más grave es la derivación de ello en una calificación económica de los ciudadanos. De acuerdo con ella no participan de la condición de miembros de la sociedad todos aquéllos que carecen de recursos o que no son capaces de producirlos. En ese contexto quedarían al margen no sólo los pobres sino también los que están en paro, los enfermos, los viejos, los que tienen alguna tara o defecto que impida su trabajo habitual... Y en esa línea de argumentación sería completamente difícil hablar del sentido de la justicia” (LALAGUNA, 1992, p. 169).

⁵⁸³“O que os países em desenvolvimento e os antigos países comunistas aprenderam com este livro é que o capital não é uma questão de possuir ativos; sequer é uma questão de dinheiro. Para De Soto, o importante não são os ativos *per se*, mas como eles se inter-relacionam. Mostra-nos que é o sistema de propriedade legal que possibilita uma rede efetiva de ativos e em seguida demonstra como esses vínculos criam capital” (SOTO, 2001, p. 13).

⁵⁸⁴“O mistério do capital nos ajuda a compreender que as leis, que são criadoras de capital, não se diferenciam muito do papel-moeda; as pessoas têm de acreditar nelas antes de acatar seu uso. Os sistemas sustentáveis de propriedade, da mesma forma que o dinheiro, são criação humana; dependem totalmente do consenso” (SOTO, 2001, p. 14).

“Muchos políticos conservadores, pero no sólo ellos, instan al gobierno a ‘salir del mercado’. Pero su parte, algunos liberales responden que es totalmente legítimo que el gobierno interfiera o ‘se meta’ en el mercado cada vez que algún ciudadano estadounidense desaventajado esté en peligro. Sin embargo, ese debate tan familiar es un castillo de arena. No es posible trazar una línea divisoria entre los mercados y el gobierno: separadas, esas dos entidades no tienen existencia. Los mercados no crean propiedad más allá del ‘perímetro protector’ de la ley: sólo funcionan bien con asistencia legislativa y judicial confiable” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 90).

O autor denuncia, então, a existência de uma massa gigantesca de ativos com valioso potencial de produzir capital, mas que são, propositadamente, excluídos do sistema legal, pelo simples fato de que o sistema legal de propriedade formal é completamente desconectado da realidade social das pessoas. Todos estes ativos excluídos do sistema legal e formal de propriedade são jogados na extralegalidade gerando o que Hernando de Soto chama de “capital morto” ou de “capital enterrado” (SOTO, 2001, p. 39). A consequência da exclusão desses ativos do sistema formal é a sua inviabilização para a geração de capital, pois estes ativos se tornam econômica, comercial e financeiramente invisíveis, pois não se sabe quem são seus proprietários, quais os atributos desses ativos, quem se responsabiliza por eles, etc. Como nenhuma dessas informações existe, ninguém se propõe a estabelecer relações com esses ativos de forma a gerar capital⁵⁸⁵.

Alguns exemplos podem apresentar de forma mais concreta o que se disse acima. Um imóvel é um ativo, que na maioria dos sistemas legais do mundo (incluído no Brasil) precisa ser registrado por um órgão específico (público ou privado) para ter sua propriedade atribuída formalmente a uma pessoa. Aqueles imóveis registrados são pormenorizadamente descritos e indicado o seu proprietário e responsável. Já aqueles imóveis sem registro encontram-se na extralegalidade e na clandestinidade, seus “proprietários” não são assim reconhecidos perante a lei, o Estado e o mercado, logo, estes ativos imobiliários não podem interagir entre si, já que estas relações se estabelecem dentro do ambiente legal, estatal ou do mercado. Mais diretamente, só é possível conseguir um empréstimo por meio de uma hipoteca se o bem dado em garantia estiver registrado (dentro do sistema formal de propriedade), só é possível conseguir um alvará de funcionamento para um estabelecimento comercial (como uma padaria, um restaurante, uma pequena fábrica de alimentos caseiros, etc.) se esse estabelecimento estiver registrado no sistema formal de propriedade. O mercado, os bancos, os investidores, os consumidores e o Estado operam apenas com os ativos que estão dentro do sistema formal de propriedade, todos aqueles que estão fora desse sistema não podem se relacionar para criar

⁵⁸⁵“O resultado é que os recursos de uma grande maioria são comercial e financeiramente invisíveis. Ninguém sabe na realidade quem tem o quê e onde, quem é o responsável pelas obrigações, quem responde por perdas e fraudes, e quais os mecanismos disponíveis para se fazer cumprir os pagamentos pelos serviços e as mercadorias entregues. Como consequência a maioria dos ativos em potencial desses países não foi identificada ou convertida em dinheiro; há pouco capital acessível, e a economia de troca é limitada e vagarosa”.

“Esse quadro do setor subcapitalizado é enfaticamente diferente do quadro de sabedoria convencional no mundo desenvolvido. Mas é nesse setor que a maioria vive. Um mundo onde é difícil comprovar e validar a posse dos ativos e que não é governado por nenhum conjunto de regras de fácil reconhecimento; onde os atributos econômicos potencialmente úteis dos ativos não foram descritos ou organizados; onde esses não podem ser usados na obtenção de valores excedentes por meio de múltiplas transações porque suas naturezas variáveis e suas indeterminações deixam margem ao mal-entendido, aos enganos de memória e à revogação de contrato. Resumindo, um mundo onde a maioria dos ativos é capital morto” (SOTO, 2001, p. 44-45).

capital, pois o capital é produto de um sistema complexo que se desenrola dentro do sistema legal de propriedade⁵⁸⁶. Assim, todos aqueles imóveis residenciais nas grandes favelas sem registro imobiliário, todos os pequenos comércios (mercadinhos, restaurantes, bares, bazares, etc.) que guarnecem essas áreas favelizadas ou de ocupações irregulares ou clandestinas, todos os imóveis rurais produtivos sem registro, entre tantos outros ativos (móveis e imóveis) ficam impossibilitados de gerar capital, pois esses imóveis não podem ser hipotecados, os comércios não podem ser registrados e receber autenticação e autorização para funcionamento não podendo receber o investimento do setor privado, os produtores rurais nessas condições de informalidade também ficam excluídos no mercado rural e de todas as políticas de incentivo do governo.

Os países desenvolvidos economicamente foram justamente aqueles que aprenderam a democratizar a propriedade, no sentido de facilitar o acesso às pessoas ao sistema formal de propriedade, pois assim esses ativos se tornam aptos a produzir capital e, produzindo capital, tornam seus proprietários membros do sistema econômico capitalista. Todavia, Hernando de Soto adverte que os países não-desenvolvidos e os países em desenvolvimento ainda não aprenderam esta importante lição e a maior parte dos ativos econômicos em seu território encontram-se enterrados na extralegalidade como capital morto em vista da sua exclusão do sistema formal de propriedade. O autor também indica que estes países possuem um volume tão grande de capital morto que ele supera em muito todo o investimento e as ajudas internacionais, de tal forma que a solução para o não desenvolvimento destes países não está fora, mas dentro de seus territórios, pois bastaria que esse capital morto fosse incluído no sistema formal de propriedade para que se tornassem grandes econômicas mundiais⁵⁸⁷. Alguns exemplos podem comprovar o que se disse acima. O Peru, segundo dados coletados em 2001, possuía cerca de 74,2 bilhões de dólares em capital imobiliário urbano e rural morto. Este valor é superior ao PIB do país no mesmo ano, que foi de 52,03 bilhões de dólares. Esse capital morto é, também, duas vezes maior que o valor total de mercado das empresas privadas registrada na bolsa de valores do país, duas vezes superior ao total de ativos das mil maiores empresas privadas formais, oito vezes maior que as aplicações e poupanças nos bancos comerciais do país, e onze vezes o valor do investimento internacional no Peru. O caso do Egito é ainda mais

⁵⁸⁶“O que gera capital no Ocidente, em outras palavras, é um processo implícito enterrado nas complexidades de seu sistema de propriedade formal” (SOTO, 2001, p. 59).

⁵⁸⁷“É proveitosa a mensagem de Conwell. Líderes do Terceiro Mundo e dos países antes comunistas não precisam errar por ministérios e instituições internacionais buscando suas fortunas. Em meio a seus bairros mais pobres e favelas existem – se não enormes extensões de diamantes – trilhões de dólares prontos a serem postos em uso, se apenas pudermos desvendar o mistério de como se transformam ativos em capital vivo” (SOTO, 2001, p. 50).

evidente, pois, no mesmo ano, o capital morto no país era de 241,4 bilhões de dólares, enquanto seu PIB em 2001 era de 97,6 bilhões de dólares. O valor de capital morto no Egito corresponde a seis vezes o total de poupanças e aplicações nos bancos comerciais do país, a trinta vezes o valor das empresas com cotação na bolsa de valores do Cairo, a cinquenta e cinco vezes o do investimento estrangeiro no país e cento e dezesseis vezes o valor conseguido com a privatização das 63 empresas públicas do Egito (SOTO, 2001, p. 269 e 271). O caso brasileiro não é muito diferente, a começar pelo que já ficou demonstrado no item 1.4 do primeiro capítulo quando se falou sobre o déficit habitacional do país. Segundo dados de 2002, 70% das construções na área urbana no Brasil eram irregulares ou clandestinas, ou seja, 70% do investimento imobiliário realizado no país ficou enterrado pela informalidade⁵⁸⁸. Para se ter uma ideia da proporção da exclusão, só em São Paulo são um milhão de famílias com moradias em situação irregular, isso equivale à população de Salvador, Belo Horizonte ou Brasília, cujos ativos são reduzidos a mero capital morto (NALINI, 2014, p. 3).

A exclusão do sistema formal de propriedade faz com que os ativos não tenham os seis atributos ou efeitos da propriedade que contribuem para a formação do capital: a) fixação do potencial econômico dos ativos, b) integração das informações em um único sistema, c) responsabilização das pessoas, d) transformação dos ativos em bens fungíveis, e) integração das pessoas e f) proteção das transações. O primeiro efeito permite a descrição do ativo em sua essência de maneira a ser exposto como capital e não apenas como ativo. O segundo efeito faz com que as informações essenciais para a produção do capital estejam disponíveis em um só lugar, em uma linguagem unificada atraindo aqueles que desejam estabelecer relações econômicas que fomentem a produção do capital. O terceiro efeito é a atribuição de responsabilidade, pois aqueles que possuem propriedade tendem a ser mais responsáveis buscando a sua manutenção, pois têm o que perder caso atuem de forma irresponsável. Ademais, a propriedade possibilita a responsabilização, já que é impossível responsabilizar economicamente alguém que nada tem. O quarto efeito consiste em fazer uma representação do ativo em sua potencialidade econômica. Essa representação dos ativos, ao contrário dos ativos físicos em si, pode ser moldada segundo interesses e necessidades. Com essa

⁵⁸⁸“O que se coloca claramente é que a escala do problema atualmente – lembrando-se que o Banco Mundial há pouco tempo acenou com o dado de que em 2002, no Brasil, foram construídas 1 milhão de moradias, 700 mil das quais ilegalmente – tem indicado a existência de cerca de 80% de informalidade urbana nas cidades brasileiras, não apenas nas grandes, mas cada vez mais nas de médio e pequeno porte. Hoje, cerca de 40% das cidades brasileiras com menos de 20 mil habitantes têm loteamentos clandestinos. Isso não é um mero sintoma de um modelo de desenvolvimento, mas o modelo ele mesmo, não estamos falando de uma exceção, mas de regra. A informalidade é estrutural e estruturante dos processos de produção de cidades e, como tal, não pode ser enfrentada apenas com políticas setoriais isoladas. Mas tem que ser trazida para o coração do planejamento urbano, das políticas habitacionais, urbanas e fundiárias” (FERNANDES, 2006a, p. 16).

representação da propriedade os atributos econômicos são descolados dos atributos físicos tornando os ativos fungíveis. O quinto efeito torna possível a transmissão e passagem de ativos entre pessoas. A propriedade melhora o fluxo de comunicação de ativos e enfatiza o status de proprietário como agente econômico transformador de ativos em capital. O sexto efeito é a proteção das transações, pois, embora a propriedade também tutele a posse, é a transação que transforma os ativos em capital. A ênfase da propriedade está na proteção das transações dando segurança, pois a confiabilidade das transações facilita que os ativos tenham uma existência paralela como capital. A segurança nas transações permite a movimentação de grandes quantidades de ativos com poucas transações (SOTO, 2001, p. 62-78).

A causa da exclusão das pessoas do sistema legal de propriedade e, conseqüentemente, do próprio sistema capitalista é a lei que torna o capitalismo um clube privado e fechado envolvido por uma “redoma de vidro” que deixa a maior parte das pessoas de fora oferecendo proteção apenas para um grupo muito pequeno e restrito. Esta redoma de vidro que exclui as pessoas e não permite que elas sejam integradas ao sistema (seja o sistema de propriedade formal seja o sistema capitalista como um todo) é o sistema legal⁵⁸⁹. A lei se torna fator de exclusão por que possui alguns vícios graves que, consciente ou inconscientemente, apresenta e reproduz. O primeiro vício do sistema legal que exclui as pessoas do sistema formal de propriedade é uma regulação voltada, pautada e subordinada aos interesses e valores dos mercados, desprezando por completo outros valores como a democratização econômica. Este vício faz com que a lei esteja a serviço do lucro a qualquer preço independentemente das conseqüências sociais ou econômicas que provoque. Quando o sistema legal é dominado por esse tipo de vício ele acaba se comportando de forma antissocial⁵⁹⁰. O segundo vício é a adoção de uma visão unicamente civilista e privatista de propriedade privada, que enxerga a propriedade como um direito sem limites e sem a atribuição de qualquer função social à propriedade. Portanto, boa parte da exclusão que o sistema legal provoca é fruto de uma

⁵⁸⁹“A redoma de vidro faz do capitalismo um clube privado, aberto somente a poucos privilegiados, e enfurece os bilhões que estão de pé, do lado de fora, olhando para dentro. Esse capitalismo de apartheid continuará inevitavelmente até todos nós chegarmos a um acordo sobre a perigosa deficiência do sistema legal e político de muitos países que impede a maioria de ingressar no sistema formal de propriedade” (SOTO, 2001, p. 84).

⁵⁹⁰“Trata-se, isto sim, de pensar um novo modelo de desenvolvimento urbano, baseado nos princípios da democratização dos territórios, no combate à segregação socioespacial, na defesa dos direitos de acesso aos serviços urbanos e na superação da desigualdade social manifesta também nas condições de exposição aos riscos urbanos. Esta é a perspectiva que aponta nos problemas urbanos contemporâneos a manifestação de uma crise social que ultrapassa e nega as possibilidades da modernização ecológica – uma crise que se localiza na cidade mas tem sua raiz além de suas fronteiras, que engloba os problemas da mobilidade intraurbana mas não encontra sua solução na simples configuração de cidades compactas, que requer a reconstrução do tecido social das cidades, sem que para tanto se afigurem inelutáveis as estratégias de envolvimento na competição interurbana. Trata-se aqui, ao contrário, de buscar subordinar a ‘economia do ambiente urbano’ aos princípios de uma justiça ambiental aplicada às cidades” (ACSELRAD, 2001, p. 23-24).

regulação individualista em uma perspectiva apenas civil e individual que tende ao elitismo⁵⁹¹. O terceiro vício do sistema legal está no descompasso entre a forma e regulação da propriedade e a realidade social, pois um sistema formal de propriedade que seja completamente diferente da realidade social e que não consiga reproduzir o pacto social vigente nas relações está destinado a frustrar expectativas legítimas, afastando as pessoas desse sistema, pois buscarão um sistema que atenda às suas demandas, ainda que isso represente uma fuga à extralegalidade⁵⁹². Finalmente, o quarto vício do sistema legal é fazer com que o custo da observância da lei, isto é, da legalidade seja muito maior que os benefícios que decorrem da legalidade em vista da burocracia que torna tudo mais caro, mais difícil e mais demorado⁵⁹³. Esses quatro vícios são a principal causa de exclusão das pessoas do sistema formal de propriedade e do sistema capitalista, são esses vícios que estão na base da “redoma de vidro” que exclui, segrega e marginaliza e que empurra a maioria das pessoas para a extralegalidade.

A solução para esses vícios está na mudança da lei, isto é, na mudança do sistema legal que constitui a redoma de vidro. Essa mudança consiste em criar leis que partam não do ponto de vista dos mercados (que já estão integrados e protegidos dentro da redoma de vidro), mas da perspectiva das pessoas do lado de fora do sistema formal de propriedade, afinal é impossível

⁵⁹¹“O direito de propriedade ilimitado não pode coexistir com a democracia” lembra Mcpherson no rosto deste apontamento. Se assim é, e parece que a história o confirma, impressiona o fato de parte da doutrina e da jurisprudência ainda continuarem na esperança de que a função social da terra possa obter algum grau de eficácia quando exigida dos latifundiários, sejam eles proprietários rurais ou urbanos” (ALFONSIN, 2006, p. 175).

“O papel da legislação nesse processo de produção da ilegalidade urbana e da segregação espacial merece destaque, especialmente no que toca, como tenho insistido, à visão individualista e excludente dos direitos de propriedade imobiliária que ainda vigora no país. Além disso, deve-se ressaltar o importante papel cumprido pelas leis elitistas e socialmente inadequadas, que historicamente desconsideram as realidades dos processos sócio-econômicos de produção da moradia, exigem padrões técnicos e urbanísticos inatingíveis, e acabam por reservar as áreas nobres e providas de infraestrutura para o mercado imobiliário destinado às classes médias e altas, ignorando assim as necessidades de moradia dos grupos menos favorecidos. Tal processo tem sido agravado pela falta de políticas urbanísticas e fiscais efetivas de combate à especulação imobiliária” (FERNANDES, 2006b, p. 61).

⁵⁹²“Descobrimos que por todo o Terceiro Mundo as atividades extralegais brotam sempre que o sistema legal impõe regras que frustram as expectativas daqueles a quem exclui” (SOTO, 2001, p. 100-101).

“Em grande medida, a informalidade urbana no Brasil, no tocante ao acesso à terra e à moradia decorre da tradição civilista e dos direitos individuais, bem como do caráter elitista das leis urbanísticas brasileira. Aqueles municípios que fazem algum esforço de planejamento urbano fizeram-no de forma a desconsiderar as realidades socioeconômicas das cidades, reservando para os pobres lugares fora das áreas do mercado, tais como áreas públicas ou ambientalmente inadequadas à presença humana. Outro problema é a total falta de compromisso da legislação urbanística brasileira – do código de obras à lei do zoneamento – com capacidade de gestão, monitoramento e fiscalização pelo poder público. São leis fadadas a não terem impacto na realidade, sendo que algumas práticas de ilegalidade são mais tolerantes e mais justificadas do que outras” (FERNANDES, 2006a p. 17).

⁵⁹³“Esse setor extralegal é uma área cinzenta com uma longa fronteira com o mundo legal, um lugar onde indivíduos se refugiam quando os custos da obediência à lei pesam mais do que os benefícios. Os migrantes tornam-se extralegais para sobreviver: pularam fora da lei porque não se lhes permitiu o ingresso. Para viver, comerciar, fabricar, transportar ou até consumir, os novos habitantes das cidades tiveram de fazê-lo extralegalmente” (SOTO, 2001, p. 106).

atribuir legitimidade e sentido a leis que excluem a maior parte da população⁵⁹⁴. Consiste, também, em regular a propriedade segundo critérios privados e individuais, mas também constitucionais e sociais. Envolve, igualmente, criar um sistema de propriedade que reproduza o modelo e o comportamento já existente na sociedade, especialmente na parcela excluída. E, finalmente, a mudança das leis de propriedade consiste em derrubar os obstáculos burocráticos que dificultam ou até impossibilitam a maior parte das pessoas de entrar no sistema legal de propriedade. De forma bem direta, Hernando de Soto (2001, p. 221) propõe três medidas chave para a realização da mudança nas leis: a) adotar o ponto de vista dos excluídos, b) integrar as elites na reforma para que não se oponham e c) lidar com a burocracia, que é a guardiã da “redoma de vidro”.

Por meio da pulverização da propriedade é possível democratizar o capital e franquear o acesso a todos ao sistema capitalista. A exclusão da propriedade é, conseqüentemente, a exclusão do próprio capitalismo. A manutenção do capitalismo exige que as pessoas o apoiem e o reconheçam como sistema legítimo, o que implica que essas pessoas estejam dentro do sistema, e não excluídas dele. Atualmente, contudo, em vista do sistema formal de propriedade eivado dos vários vícios acima descritos, a maior parte das pessoas não tem propriedade, não tem capital e, portanto, está excluída do capitalismo. Esse enorme contingente de excluídos é uma força que cotidianamente se joga contra a redoma de vidro na tentativa de entrar. É preciso quebrar a redoma de vidro antes que o próprio sistema capitalista seja quebrado juntamente com ela⁵⁹⁵.

Além da pulverização da propriedade há outros mecanismos para a democratização do capital e abertura do capitalismo para acesso de todos. O segundo deles é a democratização do próprio meio ambiente que, como se demonstrou no item anterior, é um dos instrumentos de desenvolvimento econômico e social. A concentração dos bens ambientais é reflexo de outras

⁵⁹⁴“Minha leitura, milhares de páginas depois, me levou à conclusão fundamental de que a transição para um sistema de propriedade legal integrado tem pouco a ver com a tecnologia. (Embora a tecnologia desempenhe um importante papel de apoio, como veremos no Capítulo 6). A mudança crucial tem a ver com a adaptação da lei às necessidades econômicas e sociais da maioria da população. Gradativamente, as nações ocidentais foram capazes de reconhecer que os contratos sociais nascidos fora da lei oficial eram uma fonte legítima de lei, e de encontrar meios de absorver esses contratos. Desta forma, obrigavam a lei a servir à formação do capital popular e ao crescimento econômico. É isso o que confere vitalidade às instituições de propriedade atuais do Ocidente. Além do mais, essa revolução na propriedade foi sempre uma vitória política. Em todos os países resultou da conclusão de poucos homens iluminados de que a lei oficial não fazia sentido se uma boa parte da população vivia fora dela” (SOTO, 2001, p. 126).

⁵⁹⁵“Em algum momento os que estão fora da redoma de vidro serão mobilizados contra o status quo por pessoas com programas políticos que se alimentam de descontentamento. ‘Se não inventarmos modos de tornar a globalização mais inclusiva’, afirma Klaus Schwab do Fórum Econômico Mundial, ‘teremos de enfrentar a possibilidade de uma ressurgência das agudas confrontações sociais do passado, ampliadas a nível internacional’” (SOTO, 2001, p. 248).

formas nocivas de concentração econômica e de distribuição desigual e injusta de ônus e bônus⁵⁹⁶. A abertura do acesso ao meio ambiente – de forma sustentável, prudente, responsável e igualitária – é também uma forma de abertura à produção do capital e, conseqüentemente, do ingresso e participação ativa no sistema capitalista. Se a economia precisa de uma base material que é o meio ambiente, obviamente a concentração dessa base material por alguns e a exclusão da maioria do acesso a essa base representa obrigatoriamente a exclusão da própria economia que tem sua base nesse meio ambiente, em termos mais simples, se uma pessoa é privada do acesso ao meio ambiente será também excluída da economia que se constrói sobre essa base material que não pode acessar⁵⁹⁷.

O terceiro mecanismo de democratização do capital é a abertura do mercado, pois esse é o *locus* onde se transformam ativos (propriedade, meio ambiente, etc.) em capital. O acesso à propriedade, ao meio ambiente ou a qualquer outro ativo se torna sem sentido e inútil para a democratização do capitalismo se o mercado estiver concentrado e for impermeável a novos atores ou agentes, pois apenas no mercado é possível produzir capital, e, com ele, ingressar e atuar no capitalismo. Por isso, a concentração dos mercados é um fenômeno altamente danoso à democratização da economia e do capitalismo⁵⁹⁸. Se a “redoma de vidro”, da qual se falou mais acima, é fruto de uma regulação pública defeituosa e injusta, a concentração econômica é um fenômeno eminentemente privado e resultado da autorregulação dos mercados (a mão invisível) que é, como já se provou em itens anteriores, intrinsecamente falha. A concentração dos mercados cria como que uma segunda redoma de vidro formada pela soma da regulação privada com a desregulação pública.

⁵⁹⁶ “A distribuição desigual de fatores ambientais positivos e negativos nas cidades latino-americanas reflete desigualdades econômicas mais amplas que têm muito a ver com a integração da região na economia global como com fatores estruturais internos a países específicos. Pelo fato de essas desigualdades econômicas serem tão frequentemente reforçadas por políticas internacionais de desenvolvimento, um esforço para alcançar justiça ambiental nas cidades latino-americanas vai exigir que os órgãos de desenvolvimento internacional redirecionem sua atenção ambiental para essas desigualdades e projetem políticas que contribuam para a sua redução. À medida que crescem as críticas a políticas comerciais globais, pode ser possível fazer isso”(LYNCH, 2001, p. 57-58).

⁵⁹⁷“Se, como Low e Gleeson sugerem (1998: 203), ‘a justiça ambiental diz respeito à distribuição do meio ambiente para os seres humanos’, ela pode ser concebida como a espacialização da justiça distributiva. Isso significa que as questões da propriedade e do acesso são fundamentais para as agendas de justiça ambiental. Um primeiro conjunto de perguntas tem a ver com a alocação de aspectos ambientais positivos e negativos: privatização dos lucros auferidos da degradação dos bens comuns, alocação transnacionais de males ambientais (incluindo o comércio transnacional de lixo tóxico e equipamento semi-usado e a criação de ‘paraísos de poluição’) e decisões de preservar paisagens de consumo ao mesmo tempo em que permite às cidades sobreviver e crescer. Como mostra Concepción (1995), as alocações transnacionais dos males ambientais estão intimamente associadas com as lutas anticoloniais” (LYNCH, 2001, p. 58-59).

⁵⁹⁸“Historicamente, a eficaz manutenção e promoção da defesa da concorrência significavam combater as restrições privadas abusivas à competição, como formas de se garantir o necessário pluralismo econômico, ou seja, buscar, tanto quanto possível, uma estrutura econômica difusa e descentralizada. Esse pluralismo reflete o reconhecimento de que a concentração do poder econômico é uma ameaça à desejável descentralização desse poder, o que é a base da democracia econômica” (BUCHAIN, 2015, p. 330).

O quarto mecanismo de democratização do capital está na regulação da força de trabalho. Já se disse que o capital é resultado de uma série de interações complexas em torno de ativos com potencial econômico. A mão-de-obra faz parte dessas interações de produção de capital e é a regulação de como se estabelece essa relação entre empresa e empregado que determina se o empregado será incluído ou excluído do sistema capitalista. Atualmente, os empregados têm sofrido enorme exclusão do sistema capitalista, pois a maior parte dos países (especialmente aqueles em desenvolvimento) encontraram no barateamento da mão-de-obra um fator de competitividade que não podem ter em outras áreas em vista de sua baixa poupança ou pouco desenvolvimento tecnológico (FARIA, 2004, p. 253-254). Aliado a isso, a dependência econômica dos empregados que não possuem propriedade dos meios de produção faz com que fiquem completamente dependentes de seus empregadores, tendo que escolher entre se submeter a condições injustas de trabalho ou o desemprego⁵⁹⁹. Essas condições injustas fazem com que os trabalhadores (parte relevante da produção do capital) fiquem com uma quantidade absolutamente inferior e desproporcional do capital que foi produzido como resultado da relação produtiva entre empresa e empregado. Essa divisão extremamente desigual dos resultados é que faz com que os empregados não consigam participar, de fato, do capitalismo, pois suas relações produtivas não lhes dão acesso suficiente ao capital que lhes franquearia ingresso no sistema econômico. O custo da mão-de-obra nos diversos países mostra isso com clareza (vide tabela 3.6).

Tabela 3.6
Custo horário da mão-de-obra

País	US\$	País	US\$
Alemanha	24,87	Cingapura	5,12
Noruega	21,90	Coreia do Sul	4,93
Suíça	21,64	Portugal	4,63
Bélgica	21,00	Hong Kong	4,21
Países Baixos	19,83	Brasil	2,68
Áustria	19,26	México	2,41
Dinamarca	19,21	Hungria	1,82
Suécia	18,30	Malásia	1,80
Japão	16,91	Polônia	1,40
Estados Unidos	16,40	Tchecoslováquia	1,14
França	16,26	Tailândia	0,71
Finlândia	15,38	Romênia	0,68
Itália	14,82	Filipinas	0,68
Austrália	12,91	Bulgária	0,63
Reino Unido	12,37	China	0,54

⁵⁹⁹“O primeiro e fundamental indício diz respeito à posição social do prestador de serviços. Cuida-se de averiguar a existência de propriedade associada ao trabalho, elemento definidor do trabalhador autônomo, o qual funciona, em termos jurídicos, como empresário ou mesmo, como empresa. Relembre-se: força de trabalho sem propriedade tende a se converter em simples venda de mão de obra, consoante estrutura capitalista do assalariamento” (OLIVEIRA, 2014, p. 246).

Irlanda	11,88	Rússia	0,54
Espanha	11,73	Iugoslávia	0,40
Nova Zelândia	8,19	Indonésia	0,28
Taiwan	5,46		

Fonte: extraído de José Eduardo Faria (2004).

A melhor forma de lidar com essa divisão desigual de capital entre aqueles envolvidos em sua produção é: primeiro, estabelecer o ambiente empresarial (mais especificamente a empresa) como um local de cooperação, coordenação e convergência de interesses em comum entre empregado e empregador por meio de incentivos internos⁶⁰⁰; e, segundo, reconhecer que a relação de trabalho é pautada por uma desigualdade intrínseca à relação devido à condição de dependência do empregado⁶⁰¹, por isso a necessidade de uma regulação jurídica que trate essa desigualdade de posição e de poder pela promoção da igualdade material⁶⁰², o que implica retirar alguns pontos da esfera da livre negociação e garantindo esses pontos como irrenunciáveis permitindo que a negociação que deve ocorrer entre empregado e empregador seja livre o suficiente para estabelecer uma relação mutuamente proveitosa sem ingressar no campo da opressão ou da exploração (COLNAGO, 2017, p. 71).

Finalmente, o quinto mecanismo de democratização do capitalismo é a abertura e facilitação do acesso ao investimento. A democratização do capitalismo anda *pari passu* e na mesma proporção que a democratização do investimento, do sistema financeiro e do crédito⁶⁰³. Muito já foi dito sobre a importância do mercado financeiro e, para evitar repetições, basta dizer que a democratização dos mercados de capitais requer um novo desenho institucional e

⁶⁰⁰“Inegavelmente, por meio de treinamentos e de aprendizagem metódica, torna-se possível ao trabalhador alterar suas atitudes e comportamentos, de forma a direcionar sua vida profissional a um processo mais produtivo e de satisfação pessoal. Nessa senda, a empresa bem exerce sua função social e protege seus empregados dos efeitos da automação, tal como vem previsto no inciso XXVII da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Por consequência, o antagonismo trabalhador-empregador, ao menos em parte, passa a ser substituído por uma visão da empresa como um local para onde afluem interesses comuns, não tão contrapostos e antagônicos, onde pessoas participam em comunhão de esforços para o aumento do produto social e em benefício de toda comunidade” (GOMES; VILLATORE, 2014, p. 232).

⁶⁰¹“A doutrina clássica do Direito do Trabalho parte do pressuposto de que o princípio da proteção é o fundamento e razão de ser do próprio Direito do Trabalho, pois diferente do Direito Civil em que as partes estão em posições equivalentes, na seara laboral o fundamento de toda normatividade é ampliar a posição do trabalhador, sendo esse o foco e objetivo desse ramo jurídico: nivelar as desigualdades” (COLNAGO, 2017, p. 67).

⁶⁰²“A competição, porém, não poderia funcionar da mesma forma nos dois campos do mercado de mão-de-obra. Com ou sem apoio de alguma teoria, os trabalhadores acabaram descobrindo esse fato e tentaram equilibrar as condições do jogo, organizando-se em sindicatos e lutando pela regulamentação dos contratos. Tratava-se de criar, por meio da lei, não a igualdade jurídica entre vendedores e compradores individuais, porque isso já estava dado, mas condições para compensar a desigualdade de fato entre duas categorias sociais” (KUNTZ, 2002, p. 29).

⁶⁰³“O outro desafio da reforma regulatória é universalizar os serviços financeiros. Milhões de brasileiros não possuem sequer conta corrente. Não se ignora, aqui, que essa universalização, por representar um aumento do acesso ao crédito, deve estar coordenada com as políticas econômicas e monetárias. O que se afirma é que, uma vez que se opte politicamente por ela, mediante, por exemplo, a criação de bancos populares (Bancos do Povo) ou cooperativas de crédito, o êxito da democratização dependerá da qualidade técnica e da independência de sua atividade de fiscalização” (ROCHA, 2002, p. 35).

normativo para o sistema financeiro⁶⁰⁴. Com o acesso facilitado ao crédito, ao investimento e ao financiamento as pessoas terão muito mais oportunidade de criar relações entre ativos para produzir capital. A universalização do financiamento é uma das várias formas de universalizar o capital e, assim, democratizar o capitalismo.

Essas cinco medidas, que são apenas exemplificativas, são cinco vias pelas quais a regulação e o poder público podem andar para chegar ao objetivo de inclusão no sistema econômico capitalista, condição essencial para a sua manutenção e bom funcionamento. Além disso, esse movimento de democratização econômica é um poderoso remédio para a crise da democracia (descrita no item 1.3.2), fazendo diminuir a tensão entre capitalismo e democracia e alinhando o sistema econômico com os valores dos direitos, pois o próprio processo de democratização envolve o reconhecimento e efetivação dos direitos no âmbito do capitalismo como forma de seu funcionamento. Se o capitalismo colonizou a democracia, impondo a ela a lógica da eficiência e mercantilização e a precipitando na crise, agora a democracia coloniza o capitalismo e, utilizando-o como nova esfera de atuação (ou ampliação de seu território de influência), se revitaliza, transnacionaliza e encontra as condições necessárias para executar seus valores de autonomia, igualdade, participação e direitos. Com isso, o capitalismo que outrora se contrapunha à democracia – após ser remodelado para um novo e melhor tipo de capitalismo pelo direito anticíclico e do desenvolvimento (item 3.1), se torna permeável à democracia – e se transforma no instrumento de libertação da democracia de sua claustrofóbica cela restrita à esfera pública do Estado-nação para ganhar não apenas a esfera pública internacional, mas também a esfera privada.

3.3 O NOVO DIREITO COMO EQUILÍBRIO ENTRE PISOS E TETOS

No transcorrer desses dois últimos capítulos, a pesquisa se propôs a apresentar soluções para os problemas ou crises que foram detectadas e analisadas no primeiro capítulo. Foi assim que, apontada a crise do Estado nacional, o segundo capítulo propôs a construção de uma esfera pública internacional que assumisse o papel antes desempenhado pelo Estado no

⁶⁰⁴“Em países como o Brasil, a esperança de maior desenvolvimento e democratização do mercado de capitais, de expansão do crédito, da produção e do consumo, de universalização dos serviços bancários e de redução das taxas de juros, entre outros objetivos, deve vir acompanhada de uma maior reflexão sobre o desenho institucional do sistema financeiro como um todo. A rigor, uma concepção institucionalista do desenvolvimento exigiria a análise de um rol bem mais amplo de instituições (estrutura logística, remuneração, preparo técnico e poderes de investigação e intervenção do Poder Judiciário e do Ministério Público etc.), e não só daqueles específicos do sistema financeiro” (ROCHA, 2002, p. 32).

reconhecimento e tutela dos direitos. Neste terceiro capítulo iniciou-se já no primeiro item indicando uma dupla solução para a crise econômica que consistia na formação de um direito que fosse, ao mesmo tempo, anticíclico e desenvolvimentista. No segundo item foi apresentada como forma de solução para a crise democrática, a democratização do capitalismo como um dos ambientes e esferas de decisão. Portanto, indicados os remédios para a crise econômica, para a crise do Estado e para a crise democrática, resta uma solução final para a crise dos direitos. Essa crise dos direitos consiste no que se chamou durante esse trabalho de morte dos direitos, ou seja, a derrogação, formal ou informal, de direitos individuais, políticos e sociais de maneira sistêmica em razão da crise sistêmica que afeta a economia, o Estado e a democracia que lhes dão sustentação.

Parte da solução para a crise dos direitos já está dada, pois o controle e o fim das demais crises – que são o pressuposto para a crise dos direitos – compreendem parte do processo. Para indicar a solução para a crise dos direitos é necessário, antes, dizer que a realidade social, econômica e política é de conflito e de divergências. Aliás, quanto maior for a abertura democrática à participação, maior é o antagonismo e a diversidade. Como se viu anteriormente, a economia e os mercados, quando se globalizaram, tornaram-se mais fortes e passaram a buscar a supremacia de sua lógica operacional não apenas no campo econômico, mas também nos campos político e social. A forma de regulação econômica parte do princípio da acumulação e da maior rentabilidade do capital. A partir desses valores, a lógica econômica, agora fortalecida em vista da sua transnacionalidade, passa, nas palavras de Max Weber, a “colonizar” todas as outras áreas da vida humana, desta maneira a ordenação pautada pelas relações de troca e pela lucratividade se estende do mundo econômico para o campo pessoal, religioso, político, cultural, jurídico e social⁶⁰⁵. Essa invasão, no entanto, causa, obviamente, um conflito de ideias, valores e interesses. Esse é um conflito estrutural mais amplo e profundo que permeia a essência

⁶⁰⁵“Partindo da acumulação e da maximização da rentabilidade do capital como seu princípio constitutivo e organizador fundamental, a ‘economia-mundo’ forja suas estruturas institucionais, políticas e jurídicas, estabelece limites para os agentes e grupos que a integram e cria suas próprias regras de legitimação. Este é o motivo pelo qual o Estado, nesta perspectiva, seria antes consequência e não causa do capitalismo. E em seu interior diferentes grupos lutam entre si pelo acesso ao poder e pelo controle da máquina estatal, com o objetivo de utilizá-la, direta e indiretamente, nas operações do mercado interno e externo”.

“Ele foi originalmente detectado tanto em seu alcance quanto em suas implicações pelos estudos pioneiros de Max Weber, mostrando como o avanço da racionalização produz a inexorável subordinação do indivíduo à ‘jaula de ferro da servidão burocrática’, ou sejam como a sociedade moderna, dominada pela lógica mercantil e pela mecanização tecno-industrial, torna os sujeitos objeto de rotinas carentes de espontaneidade, abre caminho para uma individualidade desprovida de espírito crítico e conduz à alienação, à tecnificação, à ‘juridificação’ e à burocratização da vida social. E foi analisado em perspectiva paradigmática pelas sucessivas gerações da ‘Escola de Frankfurt’, de Adorno e Horkheimer a Marcuse, e deste a Habermas, revelando como as relações sociais baseadas na afeição e na solidariedade vieram sendo ‘colonizadas’ e substituídas por relações baseadas no dinheiro e no intercâmbio de mercadorias” (FARIA, 2004, p. 89 e 168).

e a natureza do próprio sistema econômico e político atual, que Wolfgang Streeck chama de “capitalismo democrático” (não confundir com o capitalismo democratizado do item anterior) e que é concebido e formado por dois regimes que são conflitantes, um baseado nas leis do mercado (capitalismo) e o outro nos direitos sociais (socialdemocracia)⁶⁰⁶.

É importante que se diga que o conflito intrínseco ao sistema do capitalismo democrático não o desabilita nem o desabona por si mesmo, apenas demonstra que, mesmo em situações de equilíbrio e “calmaria” econômica e política, há uma tensão natural dentro desse sistema, que se torna avassaladora e destrutiva em momentos de conturbação social e econômica, como se demonstrou no primeiro capítulo quando se falou sobre as crises econômica, do Estado nacional, da democracia e dos direitos. Por isso, há que se reconhecer que sempre houve e que sempre haverá uma tensão entre a lógica dos mercados e da economia capitalista e a lógica dos direitos (individuais, políticos e, especialmente, sociais). Embora o antagonismo entre essas duas lógicas seja natural e parte do próprio sistema, há que se reconhecer também que ele é tolerável até certos limites, pois, quando o conflito se torna “belicista” e se converte em uma guerra, o sistema do “capitalismo democrático” que é um movimento dialético, se torna um sistema em autodestruição, lançando-o na crise sistêmica. É o que se tem presenciado na atualidade, quando uma das lógicas tem tentado se impor sobre a outra por meio da total destruição da posição oposta. Norberto Bobbio (2006, p. 37-38) alerta que quando se chega a uma situação limite como esta, em que um dos polos ou grupos de interesse tenta dominar e se colocar em uma posição imperialista e absolutista sobre os outros, surge ao menos duas soluções possíveis: a primeira é uma solução autoritária e ditatorial, em que uma autoridade (quase sempre o Estado ou um poder político) se apropria das pautas e dos interesses de uma das partes e faz cessar o confronto eliminando a outra parte, ou seja, o conflito acaba porque os discordantes são eliminados; a segunda é uma solução legal ou jurídica em que o ordenamento jurídico é formatado para lidar com essas situações de conflito permitindo a composição e a pacificação por meio da regulação. A preservação e manutenção dos direitos, isto é, a solução para a crise dos direitos está justamente no abandono da primeira solução, que tem permitido que a lógica econômica prevaleça de forma autoritária sobre os direitos, eliminando-os, e na adesão à segunda solução, que busca a composição, harmonização e equilíbrio entre as duas lógicas.

⁶⁰⁶“Para os presentes fins, vou caracterizar o capitalismo democrático como uma economia pautada por dois princípios ou regimes conflitantes de alocação de recursos: o primeiro opera de acordo com a produtividade marginal, ou com aquilo que é exposto como uma vantagem por um “livre jogo das forças de mercado”, e o outro se baseia em necessidades ou direitos sociais, tal como estabelecidos por escolhas coletivas em contextos democráticos” (STREECK, 2012, p. 37).

Essa segunda solução, isto é, o caminho da ordenação jurídica dos conflitos só é possível se implementada por meio de um poder político, que consiga estabelecer uma ordem jurídica que esteja fora do negociável, porque de natureza pública, estabelecendo, assim, os padrões mínimos de convívio entre os grupos de interesse e a forma como vão se relacionar⁶⁰⁷. Cabe ao poder político esta tarefa porque apenas ele consegue criar um ambiente decisório de caráter público, que permita e franqueie a participação igualitária de todos na definição dessa normatização e mediação dos conflitos⁶⁰⁸. Fabio Nusdeo, aderindo à saída jurídica de regulação dos conflitos por meio de uma normatização pública, indica que o núcleo ou base dessa regulação jurídica é a Constituição, pois ela é a síntese e o amálgama dos vários grupos e dos diversos interesses que formam a sociedade que essa constituição ordena estabelecendo um equilíbrio entre eles de tal maneira que possam conviver minimamente de forma harmônica e estabelecendo como lidar com as divergências, ele chega a dizer que a constituição é um armistício ou um tratado de paz entre estes grupos e interesses em conflito⁶⁰⁹. Não foi por outra razão que no segundo capítulo desta pesquisa se atribuiu à esfera pública internacional, por meio de uma Constituição global, a regulação e manutenção dos direitos, pois atualmente, os grupos e interesses em conflito não mais estão restritos aos territórios nacionais podendo ser regulados por Constituições nacionais, pelo contrário, os grupos são transnacionais e os interesses são internacionais, demandando, assim, uma esfera decisória pública e uma Constituição de âmbito internacional.

⁶⁰⁷“Vale dizer, como detentor da soberania, o Estado Democrático de Direito reúne condições para coordenar a ordem econômica e social, promovendo, assim, a participação ativa da sociedade civil, cada vez mais pluralista e, de certa forma, individualista. Ao arrecadar tributos, adquire as condições necessárias para propiciar, como meta primeira, o desenvolvimento eficaz do sistema educacional, dos programas de saúde pública e da seguridade social. De toda essa interação, certamente, poderá advir maior efetividade dos direitos individuais e coletivos, calcados no postulado da dignidade da pessoa humana, princípio supremo e fundamento de ordem constitucional” (GOMES, 2014, p. 174).

⁶⁰⁸“Para tanto, parece-nos que a tendência será, dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, dotar a sociedade dos meios de participação plena no processo decisório e permitir que a aferição do interesse público possa ser fruto de um processo contínuo de cotejamento dos valores ou princípios que se embatem na situação concreta e no qual o Estado seja, a um só tempo, mediador de interesses sociais relevantes e colidentes mas também exerça um papel de implementador de interesses meta-individuais hipossuficientes no jogo social” (MARQUES NETO, 2002, p. 147).

⁶⁰⁹“Como se vê, encontravam-se latentes, desde os albores do constitucionalismo, forças de tendências opostas quanto à explicitação de fins ou programas para o Estado e à previsão de um papel para este último no contexto da vida social. E tais tendências, ao longo do tempo, ora apenas se manifestam, ora ficam letárgicas e, às vezes, passam a predominar. Essa alternância revela que as constituições nunca ou quase nunca foram elaboradas e promulgadas ao abrigo dos embates doutrinários, mas representam, frequentemente, a vitória, ainda que precária e parcial, de uma facção sobre outras ou, quando menos, um armistício resultante de penosas concessões e transações entre grupos com concepções ideológicas antagônicas, para não se falar nos interesses abertamente conflitantes, na linha interpretativa de Georges Ripert, para quem grande parte das leis teria a feição de verdadeiros tratados de paz entre grupos de interesses rivais” (NUSDEO, 2015, p. 29).

Todos esses valores, interesses e conceitos, contraditórios e conflitantes entre si, precisam ser organizados de tal forma que, ao mesmo tempo em que se preserva a essência de cada um, permite, também, que os agentes, em sua atuação, tenham maior liberdade para compor suas relações, pois um dos fatores que colocaram o direito positivo em crise foi o seu engessamento e distanciamento da realidade, o que levou aqueles agentes com maior flexibilidade e fluidez aderirem a outras formas privadas e contratuais de ordenação de suas relações. É preciso, portanto, que esta ordenação jurídica pública, ao mesmo tempo que preserva e garante direitos, também permita a maior liberdade e adaptabilidade possível. Neste sentido, José Eduardo Faria (2017, p. 132-133) propõe que o poder político, ao regular esses conflitos pelo ordenamento jurídico intervenha normativamente tanto sobre a economia quanto sobre a sociedade em duas linhas distintas e complementares atendendo os dois “polos” da organização social e econômica do “capitalismo democrático”. A primeira linha de intervenção consiste em permitir e assegurar o pleno funcionamento da economia segundo as regras de mercado por meio da garantia da concorrência. A segunda linha de intervenção é no sentido da execução de políticas públicas focalizadas para os mais pobres garantindo um patamar mínimo de segurança social. Essas duas linhas de regulação – a econômica e a social – atendem às expectativas e necessidades tanto do sistema econômico capitalista, quanto do regime político democrático, pois a primeira linha de intervenção forma um teto econômico de liberdade na atuação dos agentes de mercados e a segunda linha de intervenção forma um piso de garantias e de direitos (individuais, políticos e, principalmente, sociais) que fogem da possibilidade de renúncia ou negociação. O piso e o teto formam as balizas normativas e regulatórias dentro das quais a atuação dos agentes econômicos, sociais e políticos pode acontecer com ampla liberdade, compondo, assim, os limites e marcos do domínio econômico. Dentro desses padrões, a economia – ou se se preferir, os negócios jurídicos (para retomar novamente o item 1.1 do primeiro capítulo) – pode se desenvolver com liberdade, vedado, contudo, o extravasamento seja para cima do teto da liberdade econômico, seja para baixo do piso social mínimo⁶¹⁰. Portanto, qualquer ato (negocial, político ou jurídico) que desrespeite essas balizas não será reconhecido pelo ordenamento jurídico.

⁶¹⁰“Uma vez definidas essas duas linhas de intervenção normativa, formando uma espécie de um piso social e de um teto econômico, tudo o que estiver entre elas tende a ser passível de livre negociação e autocomposição de interesses – o que leva a uma regulação mais plástica, pluralista e multidimensional, refletida nas diferentes ordens normativas produzidas dentro de setores específicos da economia e da sociedade, com base em procedimentos e mecanismos autorregulados, como se viu no capítulo anterior. Neste desenho jurídico-institucional, o Estado recorre ao direito positivo – e, por tabela, ao seu aparato de normas secundárias, ou seja, de reconhecimento, mudança e adjudicação – para impor, normativamente, dois limites ou marcos regulatórios. Dentro dessas normas e marcos, os atores econômicos, sociais e políticos gozariam de uma ‘hiper-responsabilidade’, ou seja, teriam liberdade para desenvolver as mais variadas e criativas formatações contratuais, conforme seus respectivos espaços

A partir disso, cabe ao poder político posicionar o piso e o teto de tal forma que aqueles objetivos descritos nos itens anteriores desse capítulo possam ser alcançados, ou seja, os pisos e tetos devem estar regulados para que haja liberdade suficiente para que o desenvolvimento econômico e social ocorra, mas sem abrir mão da segurança de um direito anticíclico que evite crises, o sistema também deve ser organizado para que o domínio econômico seja o mais democrático possível possibilitando que todos participem dele, mas sem possibilitar que uns dominem ou explorem os outros. Essa calibragem acontece pelo distanciamento ou pela aproximação entre o piso e o teto regulatórios. É importante dizer que esses dois marcos se comportam de maneiras um pouco diferentes um do outro, pois o teto, por ter o mercado e suas variações e expectativas como referencial, tende a ser mais adaptável ou mutável tendo um deslocamento mais fácil e mais frequente, já que dele depende o movimento regulatório anticíclico e do crescimento. Já o piso, que se refere ao mínimo de garantias individuais e sociais que se reconhece às pessoas, deve ter como medida o ser humano – por isso, ter-se dito no item 3.1 desse capítulo que o direito deve ter como medida e valor do homem –, e, por isso, seu deslocamento é bem mais lento e menor, já que as necessidades humanas não costumam mudar com tanta frequência como mudam os ventos econômicos, ademais, o deslocamento do piso social não pode admitir retrocessos de garantias, mas apenas conquistas emancipatórias, ou seja, enquanto o teto regulatório pode ser calibrado para cima ou para baixo dependendo do contexto econômico e das necessidades dos mercados, o piso social se desloca apenas para cima, nunca para baixo, sob pena de se admitir a institucionalização da retirada ou mitigação dos direitos, o que, claramente, se quer evitar. O que determinará essa fina adaptação e regulagem é um trinômio apresentado por Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 49-50) composto pela proporção entre: a) mínimo existencial, b) reserva do possível e c) razoabilidade.

O piso de garantias e direitos, portanto, faz com que a regulação se volte ao homem como centro do sistema normativo, econômico e social, assumindo como seu maior e principal valor e objetivo a dignidade humana. Isso implica dizer que esse piso social faz com que a economia e as relações econômicas (leia-se os próprios negócios jurídicos) atuem e sejam consideradas legítimas e legais nessa atuação se, e somente se, respeitarem a dignidade humana (GRAU, 2005, p. 196). Essa baliza mínima de garantias faz com que o homem seja a finalidade da economia, e não o contrário, e que a ética da atividade econômica e das relações negociais como um todo esteja na dignidade humana, que seja respeitada e buscada em qualquer relação

e contextos de atuação. Também poderiam optar pelos regimes normativos mais adequados às suas expectativas, interesses, objetivos e preferências – o que confere maior flexibilidade para a resolução de problemas complexos” (FARIA, 2017, p. 136-137).

econômica, seja nas relações trabalhistas, do consumidor, com o meio ambiente, e tantas outras⁶¹¹. O piso social, portanto, compreende os próprios direitos que geram um bem-estar mínimo para as pessoas em suas diversas relações. Ao teto econômico de liberdades e concorrência, deve corresponder um piso de direitos que equilibre a balança das relações produtivas e econômicas, em que ao mesmo tempo que se defere liberdade econômica para uns, também se estendem garantias que impeçam que haja exploração por meio do abuso no exercício dessas liberdades⁶¹².

Assim, no contexto das relações econômicas trabalhistas, ou seja, nos negócios jurídicos pertinentes à contratação e regulação de mão-de-obra (contrato de trabalho), o sistema de pisos e tetos atribui liberdades ao ente empregador, na mesma proporção em que reserva e retira da alçada de negociação e disposição um núcleo de garantias e direitos que compõem o mínimo de proteção evitando que a liberdade contratual se degenere em exploração⁶¹³. Por meio desse tipo de regulação o sistema legal busca e permite a composição entre as partes e os vários interesses que elas representam conciliando os dois “extremos” de uma relação histórica e naturalmente conflituosa que é a relação capital-trabalho (GRAU, 2005, p. 198-199). Obviamente que essa forma de regulação não se restringe aos negócios entre trabalhadores e empregadores, ela é aplicável a toda e qualquer relação econômica, seja entre uma empresa e outra empresa nas questões pertinentes à concorrência e à competição pelo mercado consumidor⁶¹⁴, seja nos efeitos sociais e ambientais que decorrem da atuação econômica que, é

⁶¹¹“O homem situa-se no início e fim de toda atividade econômica. É sua razão de ser, seja pelas vantagens que adquire diretamente do empreendimento na forma de lucro ou salário, seja pelos benefícios trazidos por uma estrutura social, forjada a partir de uma acumulação social de riqueza, que reverte ao seu aprimoramento. Sobre o bem-estar do homem como indivíduo e membro participante de uma sociedade, funda-se uma ética da atividade econômica. Expresso de outro modo, é pelo respeito à dignidade humana que deve mover-se toda ordem econômica. Esta afirmação traz reflexos diretos na relação trabalhista, no relacionamento com o consumidor, no tratamento com o meio ambiente” (DERANI, 2008, p. 241).

⁶¹² “Desde esta perspectiva esos derechos representan una política de inclusión que no tiene nada de sentimental; que mitiga ligeramente, sin eliminarla, las disparidades de riqueza inherentes a una economía liberal. Incluso podría decirse que los programas de bienestar social crean una versión moderna del antiguo ‘régimen mixto’, un sistema en el que estaban representados tanto los pobres como los ricos. Sin embargo, el régimen mixto moderno no está inscripto en la organización de los poderes (como lo estaba en Roma, donde el Senado representaba a los patricios y los Tribunos a la plebe) sino en la lista ampliada de derechos básicos. El pacto de clases moderno se refleja en la combinación entre derechos de propiedad y derechos de bienestar, que hoy caracteriza no sólo a Estados Unidos sino a todos los regímenes liberal-democráticos. Esos derechos pueden estar consagrados en la Constitución, como ocurre en la mayoría de los países europeos, o quedar a merced de la política como en Estados Unidos, pero eso no tiene particular importancia para el valor percibido y el efecto estabilizador del moderno intercambio de derechos de propiedad por derechos de bienestar social” (HOLMES; SUNSTEIN, 2012, p. 230).

⁶¹³“Após essa análise, buscou-se revisitar os princípios da proteção, matriz do Direito do Trabalho, e da indisponibilidade, distinguindo, ainda que brevemente a renúncia da transação, para finalmente avaliar qual seria o conteúdo mínimo trabalhista infenso à negociação coletiva ou à alteração legislativa, pois esse conteúdo tem influência em todas as produções de fontes no Direito do Trabalho e constituiria o chamado núcleo duro desse ramo jurídico” (COLNAGO, 2014, p. 64).

⁶¹⁴“É preciso que o Estado conforme o mercado, a fim de permitir o maior grau de isonomia possível na concorrência. As restrições à liberdade de iniciativa econômica visam ampliar a livre-concorrência, de tal modo

importante que se diga, não podem ficar restritas aos agentes ou partes imediatos e diretos do negócio, mas se estende a todos que são direta e indiretamente afetados⁶¹⁵. Esses exemplos, que representam apenas as situações mais corriqueiras e visíveis de aplicação desse sistema, apenas demonstram que os pisos e tetos objetivam a promoção do equilíbrio entre as necessidades e expectativas dos mercados (que são legítimas) e o bem-estar da coletividade (DERANI, 2008, p. 178). Por meio desse sistema o direito é habilitado e programado para fazer com que os diferentes entes econômicos convivam sem que um deles tenham uma posição imperialista sobre os demais⁶¹⁶.

O funcionamento desse mecanismo é relativamente simples, pois indicados previamente pelo poder político quais são as balizas regulatórias (os pisos e os tetos) confere-se aos agentes que atuam na ordem econômica ampla autonomia e liberdade para, dentro desse campo que existe entre os marcos regulatórios, negociarem e autorregular suas relações. O papel mais importante do poder político, portanto, é o de determinar os pisos e tetos, mantê-los sempre atualizados e calibrados e punir toda e qualquer forma de atuação que desrespeite esses padrões⁶¹⁷. Essa forma de funcionamento consegue conferir ao sistema equilíbrio, pois permite ao poder político impor limites factíveis e efetivos (isto é, com força coercitiva), sem, porém, se descolar da realidade altamente mutável do mundo concreto, permitindo que, dentro dos padrões estabelecidos, os agentes possam se autorregular e estabelecer suas relações segundo

que os mais fortes não possam destruir os mais fracos. O estabelecimento de pisos a partir do qual todos devem concorrer é uma forma de restrição às liberdades em prol da igualdade” (SCAFF, 2015, p. 304).

⁶¹⁵ “A ‘eficiência social’ de uma transação comercial diz respeito a todos os afetados por ela, e não apenas a suas partes. Um bom sistema jurídico mantém a lucratividade das empresas e o bem-estar do povo alinhados, de modo que as pessoas que buscam lucros também beneficiam o público” (COOTER; ULEN, 2010, p. 26).

⁶¹⁶ “O que é preciso é um direito capaz de assegurar um mínimo de governabilidade, por parte do Estado, e de neutralizar a natural propensão das organizações empresariais, sindicais e cooperativas situadas nos setores estratégicos da economia de agir de modo “imperialista” sobre os demais; um direito reformulado na sua concepção arquitetônica e nos seus procedimentos e cujas regras, à semelhança das normas e quase-normas utilizadas pelo Direito Internacional com vistas à coexistência e cooperação entre as nações, sejam capazes de servir como técnicas de gestão e neutralização das tensões, incertezas, contingências e indeterminações sempre presentes em todo processo social, econômico e político; um direito que é cada vez menos um ato unilateral a transmitir de modo imperativo a autoridade do Estado aos particulares, aproximando-se cada vez mais do “contrato”, ou seja, de um ato multilateral, cujo conteúdo exprime uma vontade concordante; um direito resultante de um longo e intrincado processo de consultas e acordos, que se inicia antes de sua propositura parlamentar e, muitas vezes, apenas culmina no momento de sua aplicação; em suma, um direito em condições de promover o ajuste ou acoplamento estrutural (structural coupling) da pluralidade de sistemas jurídicos diferenciados e de seus respectivos “espaços sócio-legais”, com seu impacto social, cultural e institucional altamente diversificado em termos setoriais locais, regionais e setoriais” (FARIA, 1995, p. 264).

⁶¹⁷ “Na forma de organização e modo de funcionamento do arranjo jurídico-institucional aqui discutido, que promove uma sobreposição funcional e estabilizada de diferentes regimes e campos normativos semiautônomos, a máxima é outra: em princípio, segundo ela, tudo seria automaticamente autorizado ou permitido – com a única condição de não se ultrapassar os marcos regulatórios. Dito de outro modo, é proibido somente ultrapassar o piso social e o teto econômico. E, para evitar que isso ocorra, o que implica a aplicação de punições exemplares para os eventuais transgressores, o direito positivo vem passando por um amplo processo de ‘endurecimento’ ou reforço de suas sanções punitivo-repressivas, especialmente nos campos penal e administrativo” (FARIA, 2017, p. 138).

seus próprios padrões, valores e interesses tornando a regulação pública muito mais abrangente mesmo com o crescimento cada vez mais acentuado da diversidade. Com esse sistema regulatório, o poder político fomenta decisões de caráter negociado, ou seja, a regulação, embora imponha limites e parâmetros pré-definidos, é predominantemente fruto de um acordo entre as partes diretamente afetadas pela relação e a mediação e fiscalização do poder político⁶¹⁸, o que, além da já citada maior flexibilidade, atualidade e adaptabilidade da regulação, também lhe confere maior legitimidade.

* * *

Em conclusão, a defesa, tutela e manutenção dos direitos depende da superação de quatro crises interligadas e interdependentes, sendo que todas elas estão ligadas por um fator comum, que é o negócio jurídico (o principal elemento da economia). Foi a desregulação e o abandono dos padrões éticos e sociais do negócio jurídico que desencadeou a sequência das crises que levou à morte dos direitos. Por isso, se propôs uma estrutura internacional que tenha força e autoridade suficientes para regular os negócios jurídicos, que cada vez mais escapam do controle nacional, igualmente, por essa razão foi proposto um direito anticíclico e do desenvolvimento, para que os negócios jurídicos não mais causem instabilidades, sendo enquadrados em certos limites, e para que esses negócios sejam funcionalizados na direção do maior bem-estar das pessoas, e, finalmente, por esse motivo se defendeu a democratização da participação das pessoas no mundo negocial de forma igualitária e democrática. A proposta quanto aos pisos e tetos que foi acima apresentada representa o último reparo que deve ser feito no sistema para restaurar a regulação e a funcionalização dos negócios jurídicos segundo bases éticas, sociais e constitucionais, transmutando os negócios jurídicos sem controle que se tornaram destruidores de direitos em mecanismos de exercício e respeito a esses direitos. É por meio dessa regulação de pisos e tetos que se conseguirá estabelecer um equilíbrio entre os vários interesses da sociedade em suas relações negociais (ou econômicas, em sentido mais amplo). Contudo, o estabelecimento (ou restauração) desses critérios de avaliação dos negócios jurídicos segundo uma regulação de pisos sociais e tetos econômicos só será eficiente, transformador e gerará efeitos práticos para a proteção dos direitos se a trajetória de solução das demais crises tiver sido realizada, pois ela é o pressuposto para a eficácia dessa regulação. De nada adianta dizer que os negócios jurídicos devem estar conformados entre certos pisos e

⁶¹⁸“Deve o Estado lançar mão, neste intento, também do procedimento de regulação negociada, de concertação econômica e social. Trata-se, em sentido amplo, de processo – institucionalizado ou não – de definição ou execução de orientações de medidas de política econômica e social, mediante a negociação entre o Estado (nos seus diversos níveis) e os representantes dos interesses afetados pelas medidas regulação” (COSTA, 2015, p. 186).

tetos legal ou constitucionalmente estabelecidos se a economia capitalista não tiver sido democratizada e as pessoas não a puderem acessar, igualmente, esta regulação é nula se a economia não tiver sido controlada segundo padrões anticíclicos e de promoção do desenvolvimento econômico e social, e, por fim, todos esses planos e mudanças são inócuos se não houver, antes, uma estrutura que seja suficientemente forte para regular e impor sua regulação. Em síntese, embora o estabelecimento dos pisos e tetos seja o ponto fundamental da solução para a crise dos direitos, ela é utópica, irreal e impensável sem essa trajetória e sem a construção desses pressupostos.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve o objetivo de apontar meios e mecanismos de proteger e manter os direitos em meio à crise do sistema social do qual os direitos dependem. Essa crise sistêmica consiste no colapso de seus quatro elementos: o direito, a economia, o Estado nacional e a democracia. Sem essa base de sustentação, os direitos perdem seus mecanismos de reconhecimento, efetivação e legitimação, o que leva à sua revogação, mitigação ou inefetividade, com a aquiescência de seus próprios titulares, que renuncia a eles na perspectiva de sanar a crise sistêmica e fazer cessar as graves consequências da mesma.

Como resposta a essa situação fática, em que os direitos são “sacrificados” em nome da recuperação econômica ou da incapacidade do Estado, propôs-se um redirecionamento do direito para que reformule o sistema social em crise de forma a sanar a crise em cada um de seus elementos (crise jurídica, econômica, estatal e democrática) e adaptá-los à nova agenda e nova realidade que surgem com o século XXI. Porquanto, se a origem da crise sistêmica está no descompasso ou incapacidade desse sistema em se adaptar à realidade (pois pensado e estruturado sob uma outra realidade econômica, social, política, jurídica e cultural), cabe modificá-lo para que reflita a nova conjuntura.

A partir dessas premissas conclui-se, inicialmente, que a crise sistêmica é resultado do descolamento do sistema social da realidade em vista da abrupta mudança ocorrida na passagem do século XX para o século XXI. Essa crise sistêmica corresponde à desorganização simultânea dos quatro elementos que a compõem: jurídico, econômico, estatal e democrático.

A crise jurídica consiste na incapacidade do direito de regular as práticas econômicas (negócios jurídicos) que deixam de refletir os valores, princípios e objetivos acolhidos pela ordem jurídica. A independência dessas práticas econômica da regulação faz com que o próprio sistema econômico colapse. A crise econômica é fruto da incapacidade jurídica de impor limites às práticas econômicas e de lidar com a natureza instável e cíclica da economia capitalista que tende ao desajuste. Por ser a base material da vida social, a economia em crise afeta direta e indiretamente o Estado e a democracia, que são, igualmente, colapsados. A crise do Estado-nação é resultado da combinação de vários fatores potencializados e agravados pelo contexto de crise econômica. A globalização, a emergência de poderes econômicos inalcançáveis pela regulação estatal e a crise fiscal minam a base estruturante do Estado tornando-o ineficaz e incapaz de exercer o papel para o qual foi projetado. A crise democrática, como decorrência

natural da crise do Estado (que lhe dá a sustentação), é resultado da desigualdade crescente e da queda da dicotomia público-privado agravados pela crise econômica que os causa.

Em colapso, o sistema começa a gerar problemas sociais graves que torna a vida social mais difícil, desesperadora e, em alguns casos, impossível. Tal ambiente de crise torna as pessoas mais sensíveis e predispostas a renunciar a direitos e garantias em busca da estabilização do sistema. Dessa maneira renunciam voluntariamente aos direitos dos quais são titulares com tal expectativa. A esse fenômeno a presente pesquisa deu o nome de “morte dos direitos” ou “crise dos direitos”.

A partir dessa constatação e descrição das causas e da origem da crise dos direitos, concluiu-se que a forma de lidar com ela é agindo sobre o sistema social que lhe dá sustentação, de maneira a restaurá-lo e, assim, garantir os direitos. A reabilitação do sistema implica a superação das crises dos seus quatro elementos (crise econômica, crise estatal, crise democrática e crise jurídica). Além disso, o sistema deveria ser reestruturado de forma a melhor atender à agenda do século XXI.

A crise estatal deve ser enfrentada por meio da internacionalização, ou seja, pela criação de uma esfera pública internacional que absorva as funções e competências dos Estados nacionais em crise, permitindo uma regulação de natureza pública em nível global, recompondo o equilíbrio entre ente regulador e ente regulado, tendo em vista que, com a globalização, os mercados se internacionalizaram enquanto que os Estados nacionais permaneceram limitados em seus territórios.

A crise econômica é controlada pelo estabelecimento de uma regulação que, ao mesmo tempo em que lida com a tendência cíclica da economia, também a instrumentalize e dirija na construção do desenvolvimento. Essa regulação será elaborada e executada por meio da ordem econômica global dirigida pela esfera pública internacional que, com essa regulação, efetivará os valores humanos dispostos na constituição internacional que rege essa esfera pública internacional.

A crise democrática será resolvida com o término da tensão entre capitalismo e democracia por meio da democratização do próprio capitalismo, que se tornará mais permeável à participação de todos com a pulverização e distribuição do capital e das potencialidade e oportunidade de produção de capital.

Finalmente, a crise jurídica será enfrentada com a construção de marcos civilizatórios que permitirão a conformação dos negócios jurídicos (e da economia) dentro de valores e objetivos que protejam, mantenham e efetivem os direitos em crise. Essas balizas jurídicas

compõem pisos mínimos de direitos que devem ser respeitados e que não podem ser renunciados, bem como tetos de liberdade que não podem ser ultrapassados.

Assim, a solução de uma crise é pressuposto para solução da outra iniciando com a construção da esfera pública internacional, que será a nova estrutura onde será formulada a ordem econômica internacional que regulará a economia, que promoverá sua democratização e que estabelecerá os pisos e tetos de direitos. Esse novo sistema terá como centro de valoração o homem, entendido em sua complexidade e completude.

Conclui-se, portanto, que com a reestruturação do sistema social, pela superação da crise sistêmica de seus elementos, será possível proteger e tutelar os direitos que atualmente se encontram imersos em crise.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ACSELRAD, Henri. Sentidos da Sustentabilidade Urbana. In: ACSELRAD, Henri (org.). **A Duração das Cidades: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas**. Rio de Janeiro: DP&A, 2001, p. 21-55.

ADAMS, Abi; FREEDLAND, Mark; PRASSL, Jeremias. The ‘Zero-Hours Contract’: Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?. **Legal Research Paper Series**, University of Oxford, n. 11, p. 1-21, February. 2015.

ALBAGLI, Sarita. Convenção sobre Diversidade Biológica: uma visão a partir do Brasil. In: GARAY, Irene; BECKER, Bertha K. **Dimensões Humanas da Biodiversidade: o desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2006, p. 113-133.

ALFONSIN, Jacques Távora. Do “Diga que eu não estou aqui” à Relação entre Pobreza e Função Social da Terra no Brasil. ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (orgs.). **Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALMEIDA, Emanuel Dhayan Bezerra de. A influência do paradigma científico racional no sistema jurídico. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 37-52, outubro/2009.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental: uma abordagem conceitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Direito Ambiental**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger de. Conhecimento Tradicional Associado e Aplicação do Protocolo de Nagoya nos Estados Plurinacionais Latino-Americanos do Século XXI. In: PLATIAU, Ana Paula Barros; VARELLA, Marcelo Dias (orgs.). **Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 1-28.

ARENDT, Hannah. **O que é Política?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo Plenamente a Lei**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BARBIERI, José Carlos. **Responsabilidade social e empresa sustentável: da teoria à prática**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BBC. **Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades**. 2018. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>>. Acessado em: 30/03/2019, às 22:15.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Campinas-SP: LZN Editora, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Red Livros, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Icone, 2006.

_____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri-SP: Manole, 2007.

_____. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 2016.

BOLLE, Monica Baumgarten de. **Como Matar a Borboleta-Azul: uma crônica da era Dilma**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

BRENE, Tiago. O Judiciário entre a interação e a fragmentação da tripartição do poder: análise da dupla dimensão de validade do direito sob a perspectiva das competências típicas e atípicas. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (org.). **Direito & Teoria Crítica: reflexões contemporâneas**. Birigui-SP: Boreal, 2015, p. 65-93.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Lucro, Acumulação e Crise: a tendência declinante da taxa de lucro reexaminada**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

_____. **Construindo o Estado Republicano: democracia e reforma de gestão**. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

BUCHAIN, Luiz Carlos. Os Objetivos do Direito da Concorrência em Face da Ordem Econômica Nacional. In: NUSDEO, Fábio (coord.). **O Direito Econômico na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 321-345.

CALDEIRA, Túlio Santos. A influência do poder econômico sobre a tripartição dos poderes no Estado contemporâneo. In: MARIANO, Kátia Lopes (org.). **Fenômenos sociais e direito**. Ponta Grossa-PR: Atena, 2017, p. 58-73.

_____; CENCI, Elve Miguel. O embate entre mercado e Estado em tempos de crise orçamentária e as consequências para a democracia. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 26, 2017, São Luís-MA. **Anais do XXVI Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: CONPEDI, 2017, p. 199-218.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. A influência do pensamento de Hegel na configuração do Estado de Direito contemporâneo. In: FACHIN, Zulmar; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (orgs.). **Direito e Filosofia: diálogos**. Campinas-SP: Millennium, 2012, p. 1-16.

CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação de Serviços Públicos e Intervenção Estatal na Economia. In: FARIA, José Eduardo. **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 13-25.

CATALÁ, Raquel Poquet. Zonas Grises del Contrato Fijo Discontinuo. **IUSLabor**, Barcelona, n. 3, p. 1-23, 2016.

CENCI, Elve Miguel; HAMEL, Marcio Renan. A Democracia na Crise do Estado de Bem-Estar Social. In: SOARES, Marcos Antônio Striquer; ARAUJO JÚNIOR, Miguel Etinger; AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos (orgs.). **Estudos em Direito Negocial e Democracia**. Birigui-SP: Boreal, 2016.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. São Paulo: RidendoCastigat Mores, 2005.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Indisponibilidade e proteção de direitos a partir da perspectiva do núcleo duro da normatividade trabalhista: bioética e sustentabilidade humana como limites à negociação coletiva. **Revista Eletrônica: Negociado x Legislado II – Reforma Trabalhista**, Curitiba, v. 6, n. 58, p. 63-79, mar./abr. 2017.

CONSTANT, Benjamin. Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos. In: MONTEIRO, João Paulo; MORAES, Joao Quartim; SCHARF, Kurt; FORTES, Luiz Robertp Salinas; ABENSOUR, Miguel; ARANTES, Paulo Eduardo; RIBEIRO, Renato Janine. **Filosofia política 2**. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 9-25.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Mário Luiz Oliveira da. Regulação e Autorregulação. In: NUSDEO, Fábio (coord.). **O Direito Econômico na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 169-190.

COUTINHO, Diogo R. Privatização, Regulação e o Desafio da Universalização do Serviço Público no Brasil. In: FARIA, José Eduardo. **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 67-94.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Cosmopolitismo e Governança Transnacional Ambiental: uma agenda para o desenvolvimento. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí-RS, v. 4, n. 7, p. 239-257, jan./jun. 2016.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUTRA, Renata Queiroz. Entre a normatização estatal e a negociação coletiva: os desafios da proteção social ao trabalho. **Revista Eletrônica: Negociado x Legislado II – Reforma Trabalhista**, Curitiba, v. 6, n. 58, p. 100-123, mar./abr. 2017.

FARIA, José Eduardo. Reforma Constitucional em Período de Globalização Econômica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 90, n. 1995, p. 252-265, abr. 1995.

_____. Estado, Sociedade e Direito. In: FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o Futuro dos Direito? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista**. São Paulo: Max Limonad, 2002a, p. 59-130.

_____. Introdução. In: FARIA, José Eduardo. **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002b, p. 7-11.

_____. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **O Estado e o Direito Depois da Crise**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; KUNTZ, Rolf. **Qual o Futuro dos Direito? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FERNANDES, Edésio. A Nova Ordem Jurídico-Urbanística no Brasil. ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (orgs.). **Direito Urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006a.

FERNANDES, Edésio. **Questões Anteriores ao Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006b.

FERRAJOLI, Luigi. Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 9, p. 173-184, out. 1998.

_____. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 109-133.

_____. **Principia Iuris: teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **World Economic Outlook Database 2015**. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2016/01/weodata/weorept.aspx?sy=1980&ey=2015>. Acessado em: 26 de abr. de 2019, às 13:45.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

GARCÍA-MARZÁ. **Ética empresarial: do diálogo à confiança na empresa**. Pelotas-RS: Unisinos, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Economia de mercado e a promoção do bem de todos no Estado democrático de direito. **Revista Trabalhista: direito e processo**, São Paulo, n. 49, p. 167-185, nov. 2014.

_____; VILLATORE, Marco Antônio César. Desenvolvimento econômico e igual liberdade de trabalho no contexto dos direitos humanos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 217-240, jul. 2014.

GOODWIN, Michael. **Economix: como funciona (e não funciona) a economia em palavras e imagens**. Madrid: Planeta, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **Ensaio sobre a Processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HAYEK, Friedrich A. **Os Fundamentos da Liberdade**. São Paulo: Visão, 2014.

HERMITTE, Marie-Angèle. O Acesso aos Recursos Biológicos: panorama geral. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Orgs.). **Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 1-28.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HOBBSAWM, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. **A Era das Revoluções (1789-1848)**. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

_____. **A Era dos Impérios (1875-1914)**. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El Costo de los Derechos: por qué la libertad depende de los impuestos**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012.

JHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Nilobook, 2013.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua: um projeto filosófico**. Covilhã: LusoSofia press, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Principiologia do Acesso ao Patrimônio Genético e ao Conhecimento Tradicional Associado**. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Orgs.). *Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 309-340.

KLOEPFER, Michael. A Caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal de Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 39-72.

KONDRATIEFF, Nikolai Dimitrievich. The Long Waves in Economic Life. **The Review of Economic Statistics**, v. 17, n. 6, p. 105-115, nov. 1935.

KRASNER, Stephen D. Causas Estruturais e Consequências dos Regimes Internacionais: regimes como variáveis intervenientes. In: **Revista Sociologia Política**, Curitiba, v. 28, n. 42, p. 93-110, jun. 2012.

KUNTZ, Rolf. Estado, Mercado e Direitos. In: FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o Futuro dos Direito? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 9-57.

LALAGUNA, Paloma Durán y. **Una Aproximación al Análisis Económico del Derecho**. Granada: COMARES, 1992.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. São Paulo: Nilobook, 2013.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, Regionalização e Soberania**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. Dos Contratos em Geral. In: FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno. **Comentários ao Código Civil artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 604-638.

LYNCH, Barbara Deutsch. Instituições Internacionais para Proteção Ambiental: suas implicações para a justiça ambiental em cidades latino-americanas. In: ACSELRAD, Henri (Org.). **A Duração das Cidades: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas**. Rio de Janeiro: DP&A, 2001, p. 57-82.

MACHADO, André Luiz. O Princípio da Progressividade e a Proibição de Retrocesso Social. In: RAMOS FILHO, Wilson (coord.). **Trabalho e Regulação no Estado Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 43-62.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Econômico Internacional: tendências e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2006.

MAMIGONIAN, Armen. Kondratieff, Ciclos Médios e Organização do Espaço. **Geosul**, Florianópolis, v. 14, n. 28, p. 152-157, jul./dez. 1999.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, André Almeida. O trabalho intermitente como instrumento de flexibilização da relação laboral: o regime do Código de Trabalho de 2009. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS JURÍDICO-EMPRESARIAIS, 1, 2012, Leira. **Anais do I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais**, Leira: Instituto Politécnico de Leira, 2012. p. 66-97.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MATOSO, Filipe. Em 79º lugar, Brasil estaciona no ranking de desenvolvimento humano da ONU. **G1**. 21 mar. 2017. Mundo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/em-79-lugar-brasil-estaciona-no-ranking-de-desenvolvimento-humano-da-onu.ghtml>>. Acessado em: 06 jun. 2019.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação Econômica e Democracia: contexto e perspectiva na compreensão das agências de regulação no Brasil. In: FARIA, José Eduardo. **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 43-66.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barão de. **Do Espírito das Leis: volume 1**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MÜLLER, Cristiano. Os Conflitos Fundiários Urbanos no Brasil desde uma Perspectiva Crítica dos Direitos Humanos. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coords.). **Direito à Moradia Adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 161-182.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NALINI, José Renato. Perspectivas da Regularização Fundiária. In: NALINI, José Renato; LEVY, Wilson Levi. **Regularização Fundiária**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 3-10.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. A Ordem Econômica Constitucional: algumas reflexões. In: NUSDEO, Fábio (coord.). **O Direito Econômico na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 25-45.

_____. **O Direito Econômico na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

O GLOBO. Putin diz que o mundo subestima a possibilidade de uma guerra nuclear. **O Globo**, 20 dez. 2018. Mundo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/putin-diz-que-mundo-subestima-possibilidade-de-uma-guerra-nuclear-23319079>>. Acessado em: 17 de abril de 2019.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **Relação de emprego, dependência econômica & subordinação jurídica: revisando conceitos – critérios de identificação do vínculo empregatício**. Curitiba: Juruá, 2014.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho: una reconstrucción teórica**. España: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PELLET, Alain; QUOC, Dinh Nguyen; DAILLIER, Patrick. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.

PERELMEN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

QUAGLIA, Maria de Lourdes Albertini. **A Efetividade dos Julgados da OMC em Matéria Ambiental: uma análise à luz da teoria construtivista**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

RAMOS, Cesar Augusto. A cidadania como intitulação de direitos ou atribuição de virtudes cívicas: liberalismo ou republicanismo?. **Síntese – Revista de Filosofia**. Belo Horizonte, v. 33, n. 105, p. 77-115, 2006.

_____. O Modelo Liberal e Republicano de Liberdade: uma escolha disjuntiva?. **Trans/Form/Ação**. Marília. v. 34, n. 1, p. 43-66, 2011.

- RACIÈRE, Jacques. **O Ódio à Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2014.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- REIS, Rossana Rocha. Os Direitos Humanos e a Política Internacional. In: **Revista Sociologia Política**, Curitiba, 27, p. 33-42, nov. 2006.
- ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Regulação Financeira, Direito e Democracia. In: FARIA, José Eduardo. **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 27-42.
- RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. A Organização das Nações Unidas e as políticas públicas nacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 193-216.
- ROESSING NETO, Ernesto. Meios alternativos para a efetivação do direito internacional: os mecanismos de compliance em tratados multilaterais ambientais. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17, n. 111, p. 37-61, fev./maio 2015.
- ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Economia ou Economia Política da Sustentabilidade. **Texto para discussão**, IE/UNICAMP, n. 102, set. 2001.
- ROUANET, Sergio Paulo. Democracia Mundial. In: NOVAES, Adauto. **O Averso da Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 237-248.
- SADDI, Jairo. Crise e Regulação, Inovação Financeira e Algoritmos. In: NUSDEO, Fábio (coord.). **O Direito Econômico na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 71-81.
- SALOMÃO, Karin. As 25 maiores empresas do mundo, segundo a Fortune. **Exame**. 20 jul. 2018. Negócio. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/as-20-maiores-empresas-do-mundo-segundo-a-fortune/>. Acessado em: 26 de abr. de 2019.
- SANDEL, Michael J. **O que o Dinheiro não Compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- _____. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- SANDOVAL, L. R. El Pensamiento Económico de N. D. Kondratiev. **La Nueva Economía**, v. 3, n. 3, p. 51-76 1990.
- SCAFF, Fernando Facury. Tributação, Livre-Concorrência e Incentivos Fiscais. In: NUSDEO, Fábio (coord.). **O Direito Econômico na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 302-320.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOTO, Hernando de. **O Mistério do Capital: por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

STREECK, Wolfgang. As Crises do Capitalismo Democrático. **Novos Estudos – CEBRAP**, n. 92, p. 35-56, mar. 2012.

TAKADA, Thalles Alexandre. Análise Econômica do Direito e a Teoria Crítica. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. **Direito & Teoria Crítica: reflexões contemporâneas**. Birigui-SP: Boreal, 2015, p. 37-49.

TOLMASQUIM, Maurício Tiommo. O Brasil e o Ciclo de Kondratieff e Juglar Segundo a Obra de Ignácio Rangel. **Revista de Economia Política**, v. 11, n. 4 (44), p. 27-38, out./dez. 1991.

TOSTES, Ana Paula. Um Casamento Feliz: Direito Internacional e sociedade civil global na formação dos regimes internacionais. In: **Revista Sociologia Política**, Curitiba, 27, p. 65-76, nov. 2006.

TST. **Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos**. Disponível em: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/24724445. Acessado em: 10 de abr. às 23:50.

VARELA, Raquel; SANTA, Roberto della. Estado Social e Precariedade Laboral no Portugal Pós-revolução (1974-2015). In: NAVARRO, Vera Lucia; LOURENÇO, Edvânia Ângela de Souza (Org.). **O Averso do Trabalho IV: terceirização, precarização e adoecimento no mundo do trabalho**. São Paulo: Outras Expressões, 2017, p. 21-58.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval; GARCIA, Manuel Enrique. **Fundamentos de Economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VEIGA, José Eli. **Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor**. São Paulo: Senac São Paulo, 2010.

VIEIRA, José Luiz Conrado. Investimentos Internacionais no Brasil: transição e dualidade no regimento. In: NUSDEO, Fábio (coord.). **O Direito Econômico na Atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 83-168.

VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi e IBET, 2003.

ZYLBERSTAJN, Decio; SZFAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.