

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

Alexandre Morais da Rosa²

Julio Cesar Marcellino Jr.³

Resumo

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

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

Abstract

This article treats about the basic rights and its hermeneutic framing in the native interpretative field, considering the increasing trend of proeminence of economic sciences on the right. The consequences of the sprouting of the Constitution of the Republic of 1988 in way to the hegemony are evaluated it

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

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

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

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

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

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

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

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

Sem qualquer sombra de dúvida os Direitos Fundamentais inscritos na Constituição brasileira bem retratam a inserção tardia do Brasil na ordem compromissária constitucional deflagrada a partir do segundo pós-guerra, ainda que decorrência de uma contingência (PILATTI, 2008). A premência de um Estado

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

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

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

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

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

⁶ Sabe-se, pois, que o universalismo eurocêntrico intrínseco à ordem fundamental de direitos proclamada em 1948 pela Organização das Nações Unidas – ONU (instituição pensada a partir da Conferência de Hampshire, Breton Woods), constitui, também, importante instrumental propagandístico a respaldar o projeto de via única hegemônica-global e encobridora da alteridade do capitalismo neoliberal.

Milton Friedman, e Von Mises. O objetivo de Hayek, em verdade, era combater o keynesianismo e o trabalhismo inglês que se encontrava em fase de franca ascensão – especialmente após a tomada do poder pelo Partido Trabalhista em 1945 – e que ameaçava o *establishment* elitista na Inglaterra e na Europa.

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

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

Ao longo dos anos o neoliberalismo consegue cooptar mais e mais países, crescendo, como modelo político-econômico, vertiginosamente. Mas a efetiva consolidação do neoliberalismo se dá em dois momentos marcantes. Primeiro a vitória política de Ronald Reagan e Margaret Thatcher, respectivamente em 1979 e 1980, que implantam nos Estados Unidos da América e na Grã-Bretanha políticas monetaristas rígidas – servindo de paradigma para todos os demais países do ocidente. Nesta fase, os ensinamentos de Hayek, e também de seu discípulo Friedman (FRIEDMAN, 1984), são ‘pregados’ e aplicados como dogmas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A Análise Econômica do Direito procura analisar estes campos desde duas miradas: a) positiva: impacto das normas jurídicas no comportamento dos agentes

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

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

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

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

O estabelecimento de um critério, no caso, a *eficiência*, entendida como a melhor alocação de recursos, na perspectiva do mercado (ordem espontânea), no território da AED, implica na avaliação das Instituições por suas consequências (custo/benefício). No âmbito do sistema judiciário, este cotejo acontece no registro (i) Macro: da organização e administração da Justiça, especificamente no plano Legislativo e Organizacional do Ordenamento Jurídico (pluralista); e (ii) Micro: da

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

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

4 GARANTISMO JURÍDICO COMO POSSÍVEL BLINDAGEM DE CONTEÚDO MÍNIMO

Diante desse desolador quadro de ataque interpretativo aos Direitos Fundamentais, rebaixando-os, a partir da lógica custo-benefício, à condição de direitos patrimoniais, a teoria do *garantismo jurídico* apresenta-se como uma possível possibilidade de blindagem e proteção, no sentido de efetivá-los na perspectiva compromissória. Importante, pois, conhecê-la.

A teoria geral do garantismo jurídico foi desenvolvida na Itália, por Luigi Ferrajoli (1995; 2001), e pensada inicialmente no âmbito da matriz penalística.

Posteriormente, tal teoria evoluiu alcançando a condição de teoria geral do Direito, com enorme potencial explicativo e propositivo. Epistemologicamente, pode-se dizer que a teoria garantista tem por base o pressuposto de vertente liberal da *centralidade da pessoa*, considerando que o poder não somente se constitui a partir do indivíduo, como também visa servi-lo. É fiel ao preceito iluminista-ilustrativo, referida teoria considera o Estado de Direito como criação racional da sociedade, que figura como ente prévio e superior ao poder político (CADEMARTORI, 1994, p. 72).

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

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

Tocante ao seu significado de teoria jurídica da 'validade' e da 'efetividade', cumpre registrar que Ferrajoli realiza uma importante releitura dos atributos tradicionais da norma jurídica provocando um verdadeiro giro teórico a partir da proposta positivista de Kelsen. Ferrajoli rompe com a perspectiva clássica que

sobrepõe forma ao conteúdo e que entende ‘direito válido’ como ‘direito positivado’, redefinindo as categorias da norma de modo a estabelecer clara diferença entre vigência, validade e eficácia. Explica que uma norma tem vigência quando se submete a todo trâmite do processo legislativo previsto na Constituição.

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

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

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

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

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

E nem uma crise financeira global como a que se vive, sintoma do ápice de exaustão do neoliberalismo no mundo, é capaz de conter a racionalidade do esquema *custo-benefício*¹⁷, mas serve justamente para realimentar o Sistema, dada a construção imaginária de ausência de outra via, ou seja, a via única do mercado. Basta-se notar que o Estado, mais sócio do capital do que nunca, direciona seus recursos para o *way-busyness* salvando banqueiros e mega empresários, sem qualquer pudor, em detrimento de garantias fundamentais sociais das verdadeiras *vítimas* do Sistema. E é através do Direito que se dá

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

concretude e dimensão à vil manobra dissimulada de tornar a sociedade refém desta lógica¹⁸.

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

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

6 REFERÊNCIAS

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

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

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

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995;

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Trad. Perfecto Andrés Ibanez. Madrid: Trotta, 2001.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. Trad. Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

FURTADO, Celso. **Raízes do Subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

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



GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HAYEK, Friedrich August Von. **Direito, Legislação e Liberdade:** uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – Normas e Ordem. Trad. Ana Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Vol I. São Paulo: Visão, 1985.

_____. **O Caminho da Servidão.** Trad. e revis. Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, e Liane de Morais Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

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

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um problema às reformas processuais. *In: JURISPOIESIS – Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá.* Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, p. 31-36, 2002.

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

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia.** Trad. Ruy Julgmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o Governo:** como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Trad. Sérgio Fernando Guarisch Bath e Ewandro Magalhães Jr. 10. ed. Brasília: MH Comunicação, 1998.

PILATTI, Adriano. **Constituinte de 1987-1988. Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law.** 6th.ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

_____. **How Judges Think.** Harvard University Press, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOROS, George. **O novo paradigma para os mercados financeiros:** a crise de crédito de 2008 e as suas implicações. Trad. Sofia Querido e Sofia Morais. Coimbra: Almedina, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.